Seminari sobre relacions col·lectives

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

2019
Barcelona

creative commons

Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:

copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:

Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el llicenciador (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).

No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.

Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

· Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
· Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
· No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Edita
Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a.
08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació
www.lacuinagràfica.com

Sumari

1a sessió
22/10/19

2a sessió
19/11/19

3a sessió
17/12/19

Introducció

Un curs més, la Federació de Municipis de Catalunya organitza un nou Seminari de Relacions Col·lectives que manté la seva estructura tradicional de tres sessions, amb sengles intervencions per cada sessió, i que se celebrarà un dimarts dels mesos d'octubre, novembre i desembre d'aquest any. La primera sessió, prevista per al dia 22 d'octubre, té com a protagonista la precarietat, que s'està convertint en un mal endèmic de l'ocupació pública que les polítiques d'estabilització no poden controlar i que acaba trobant una diversitat de solucions en el Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Per tractar aquesta qüestió hem convocant la professora Roqueta Buj, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València, que abordarà els processos de selecció que procuren l'estabilització del personal interí i temporal. En aquest mateix acte participarà el professor Beltran de Heredia, agregat de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la UOC, que tractarà de les possibilitats de transformació "automàtica" d'una relació laboral no permanent en una de permanent, a la vista de la doctrina del TJUE sobre aquesta matèria; una intervenció que serà completada pel professor Fuentetaja Pastor, catedràtic de Dret administratiu de la UNED, amb l'anàlisi de les possibilitats de transformació "automàtica" d'una relació de funció pública interina en una de funció pública de carrera, a la vista, també, dels pronunciaments del TJUE.

La sessió del dia 19 de novembre la dedicarem a resoldre els dilemes i dubtes a què ha donat lloc en les nostres administracions locals l'aprovació del Reial Decret-llei 6/2019, de mesures urgents per a la garantia de la igualtat de tracte i oportunitats entre dones i homes en la feina i l'ocupació, de la mà de Gala Duran, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona. També hem demanat a la professora titular de Dret Administratiu de la Universitat de Castella-La Manxa, Cantero Martínez, que procuri establir algun criteri o pauta sobre la jurisprudència dels nostres tribunals envers el nomenament d'interins per a la cobertura de funcions reservades a funcionaris de carrera, que té a dia d'avui una especial incidència sobre els membres dels cossos de policia local. Clourem aquesta sessió amb una posada al dia sobre els incessants canvis que s'estan produint ens processos de subrogació de personal procedents d'un operador privat induïts per les decisions de remunicipalització de serveis, anàlisi que conduirà el professor Castillo-Blanco, catedràtic de Dret administratiu de la Universitat de Granada. L'última sessió té com a primera intervenció la de la senyora Pérez Pablo, cap de l'Àrea de Legislació i Assumptes Jurídics de l'Oficina Antifrau de Catalunya, a qui hem demanant que ens posi al corrent de la nova legislació que, tenint

en compte la proposta de Directiva Europea relativa a la protecció de les persones que informen sobre infraccions del Dret de la Unió, s'està tramitant en el Parlament de Catalunya com a proposició de llei de protecció integral dels alertadors. En aquesta mateixa sessió hem convidat el professor Arroyo Yanes, catedràtic de Dret administratiu de la Universitat Pablo de Olavide de Sevilla, perquè ens informi de la jurisprudència més recent sobre la consolidació del grau personal del funcionaris de carrera i interins.

Finalment, tancarà l'acte el senyor Fondevila Antolín, cap de l'Assessoria Jurídica de la Conselleria de Presidència, Interior, Justícia i Acció Exterior del Govern de Cantàbria, que ens plantejarà les últimes disfuncions existents entre la doctrina del tribunals laborals i dels tribunals administratius centrades en temes d'accés i en la controvertida figura del personal laboral indefinit no fix de plantilla. Esperem que aquesta selecció de temes i ponents sigui del vostre interès i ens torneu a fer confiança i acompanyar en la que ja serà la 21a edició del nostre –v

Joan Mauri i Majós
Director del Seminari
Professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona

Ponències

1a sessió
22/10/19

Les bases de les convocatòries d'estabilització. Sistemes selectius, mèrits, proves i notes de tall. Límits i possibilitats.
Remedios Roqueta Buj, catedràtica del Dret del Treball i de la Seguretat Social en la Universitat de València.

La transformació "automàtica" del personal laboral temporal/interí en personal fix com a conseqüència d'una utilització abusiva de les relacions de treball per temps determinat en el sector públic: una perspectiva des de l'ordenament jurídic laboral.
Ignasi Beltran de Heredia, professor agregat de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC).

La transformació "automàtica" del personal funcionari interí en personal de carrera com a conseqüència d'una utilització abusiva de les relacions de treball per temps determinat en el sector públic: una perspectiva des de l'ordenament jurídic de la funció pública.
Jesús A. Fuentetaja Pastor, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Nacional de Educació a Distancia (UNED).

Seminari
sobre relacions
col·lectives

Federació de Municipis de Catalunya

LAS BASES DE LAS CONVOCATORIAS DE ESTABILIZACIÓN. SISTEMAS SELECTIVOS, MÉRITOS, PRUEBAS Y NOTAS DE CORTE. LÍMITES Y POSIBILIDADES

Remedios Roqueta Buj
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

I. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y MODALIDADES 3

II. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DE LAS PLAZAS OCUPADAS DE FORMA TEMPORAL E ININTERRUMPIDAMENTE AL MENOS EN LOS TRES AÑOS ANTERIORES AL 31 DE DICIEMBRE DE 2016 O AL 31 DE DICIEMBRE DE 2017 8

1. Los procesos de selección: Régimen jurídico aplicable 8

2. Los sistemas selectivos 10

2.1. Los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera 10

2.2. Los sistemas selectivos del personal laboral fijo 11

2.3. La preminencia del concurso-oposición en los procesos de estabilización de empleo temporal 11

3. Los principios informadores de los sistemas de selección 13

3.1. Carácter abierto de los procesos de selección 13

3.2. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar 17

3.3. Valoración de la experiencia profesional 18

III. LOS PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN DE LAS PLAZAS DESEMPEÑADAS INTERINA O TEMPORALMENTE CON ANTERIORIDAD AL 1 DE ENERO DE 2005 35

1. Los requisitos de los procesos de consolidación de empleo temporal ..36

2. El carácter potestativo de los procesos de consolidación de empleo temporal 37

3. El procedimiento de los procesos de consolidación de empleo temporal44

4. Los procesos de selección 46

I. Los procesos de estabilización de empleo temporal: Régimen jurídico y modalidades

La finalidad de consolidar el empleo público temporal *«no puede considerarse «a priori» constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado»*[1]. De este modo, la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa *«no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública»*. Además, la alta tasa de temporalidad es un lastre para el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas[2].

Por ello, y a la vista de las ingentes bolsas de personal interino o temporal creadas como consecuencia de la restricción de las tasas de reposición de efectivos durante la crisis económica, los arts. 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, ponen en marcha un macro proceso de estabilización de empleo temporal[3].

---

[1] STC 107/2003, de 2 de junio.

[2] Cfr. el Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social sobre «La temporalidad en el empleo en el sector público».

[3] Cfr. la Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE 26 de marzo de 2018).

Sobre los procesos de consolidación o estabilización de empleo temporal véanse, entre otros, NAVARRO NIETO, F., «Los planes de estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 103, 2010; BOLTAINA BOSCH, X., «Las políticas selectivas en la

El régimen jurídico de este proceso en la Ley 3/2017 viene a ser el siguiente[4]:

1.º) Las Administraciones Públicas podrán disponer en determinados sectores de una tasa adicional para estabilización de empleo temporal que incluirá hasta el 90 por ciento de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016, esto es, como mínimo durante los años 2014, 2015 y 2016. El legislador no se refiere a personal temporal o interino que tenga tres o más años de vínculo a fecha de 31 de diciembre de 2016, sino a «plazas» que hayan estado ocupadas de forma temporal durante estos años, como mínimo, por lo que, en principio, es indiferente que las plazas hayan estado cubiertas por una o más personas consecutivas[5].

2.º) Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2017 a 2019 y serán coordinados por los Departamentos ministeriales competentes[6]. Del tenor literal de la norma parece deducirse la posibilidad de aprobar una oferta

---

administración y sector público local para el 2016», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 2, 2016, págs. 49-62; FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Acceso al empleo público: igualdad e integridad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 46, 2017; RIVERA SÁNCHEZ, J.R., «La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, núm. 3, 2017, págs. 77-102; CUENCA CERVERA, J.J., «La temporalidad en el empleo público local: estrategias para su reducción tras el Acuerdo para la Mejora del Empleo Público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 12, 2017, págs. 54-67; BOLTAINA BOSCH, X., «Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, págs. 140-155; PEÑA MOLINA, M., «La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 y la estabilización del empleo público temporal. Soluciones para el sector local», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018; y COMELLAS BATET, E., «La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en el dimensionamiento de las plantillas locales. Tasas de reposición y procesos de estabilización», *VI Seminario de actualización jurídica y Derecho Local*, Girona, 29 de junio de 2018.

[4] El régimen jurídico de los procesos de consolidación de empleo temporal previsto en la Ley 3/2017 tiene su origen en el «*Acuerdo para la mejora del empleo público*» de 29 de marzo de 2017. Véanse también los «*Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017*» de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018.

[5] BOLTAINA BOSCH, X., «Los procesos selectivos «blandos» é », cit., pág. 152.

[6] No se fijó como preciso la convocatoria de todas las plazas en el año 2017, sino que es posible hacerlo también en el 2018 y 2019, paulatinamente [BOLTAINA BOSCH, X., «Los procesos selectivos «blandos» é », cit., pág. 152].

específica, diferenciada de la general, para articular estos procesos de estabilización[7]. De este modo, la oferta de empleo público en la que se autorice la convocatoria de estos procesos de estabilización podrá determinar que las plazas correspondientes a los mismos se acumulen a los procesos selectivos ordinarios de reposición de personal de los mismos cuerpos o categorías profesionales, pudiendo por ello existir una misma convocatoria con unos mismos ejercicios y méritos a valorar, o por el contrario que la plazas del proceso de estabilización y las de reposición de efectivos se articulen de forma separada o independiente, con diferentes sistemas de valoración, si bien en ambos casos deben ser procesos de libre concurrencia[8]. Las convocatorias de los procesos selectivos deberán producirse en el plazo de tres años establecido en el art. 70.1 del EBEP para la ejecución de las ofertas de empleo público, computados desde que se publica la oferta de empleo público en la que se incluyen las plazas de referencia[9]. Al igual que en cualquier otro proceso selectivo, la convocatoria puede identificar las plazas concretas con su código correspondiente o hacer referencia solo al acceso a un cuerpo funcionarial o categoría laboral, quedando para un momento posterior a su finalización el ofrecimiento de las plazas concretas. No obstante, en la convocatoria debe hacerse referencia a que la misma corresponde al proceso de

[7] BOLTAINA BOSCH, X., «Los procesos selectivos «blandos» é », cit., pág. 153.

[8] Cfr. los *«Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017»* de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018.

[9] No obstante, según la STSJ de Madrid (Social) de 23 de febrero de 2018 (Rec. 1133/2017), hay que destacar que lo que se regula en el art. 70.1 del EBEP son las formas de provisión para incorporación de personal de nuevo ingreso en las Administraciones Públicas (oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión), dejando al margen otros sistemas de cobertura de vacantes como, por ejemplo, un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal o interino. Por tanto, el marco temporal de tres años para el desarrollo de esos procesos de selección de personal de los que habla el art. 70.1 EBEP no es aplicable a los procesos especiales de consolidación de empleo temporal. Estos procesos extraordinarios de consolidación de empleo vienen regulados en normas específicas y, por lo general, se desarrollan en varias fases sucesivas (concurso de traslados, promoción profesional y concurso oposición), lo cual, correlativamente, afecta a la duración del plazo de provisión de las vacantes vinculadas a los mismos, sin que tengan preestablecida una duración predeterminada en el EBEP. En el mismo sentido, las SSTSJ de Andalucía (Social) de 1 de marzo de 2018 (Rec. 1884/2017) y de Madrid (Social) de 8 de marzo de 2018 (Rec. 1020/2017) y 11 de abril de 2018 (Rec. 1191/2017).

estabilización previsto en las leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2017 o 2018 o en la DT 4ª del EBEP[10].

3.º) La tasa de cobertura temporal en cada ámbito deberá situarse al final del período por debajo del 8 por ciento.

4.º) La articulación de estos procesos selectivos, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Dicha articulación podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos.

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

Además, el art. 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en determinados sectores y colectivos (personal de los servicios de administración y servicios generales, de investigación, de salud pública e inspección médica así como otros servicios públicos y personal de administración y servicios de las Universidades Públicas)[11]. Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos Diarios Oficiales en los ejercicios 2018 a 2020 en los mismos términos señalados por la Ley 3/2017.

---

[10] Cfr. los *«Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017»* de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018.

[11] El régimen jurídico de los procesos de consolidación de empleo temporal previsto en la Ley 6/2018 tiene su origen en el *«II Acuerdo Gobierno- Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo»* de 9 de marzo de 2018.

A mayor abundamiento, y de conformidad con lo previsto en el último párrafo del art. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, las Administraciones Públicas podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la DT 4.ª del EBEP, estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal. A estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria.

La DT 4ª del EBEP contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan efectuar convocatorias de consolidación de empleo temporal en los siguientes términos:

«1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.»

Los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 aluden a los procesos de estabilización de empleo temporal y no a los procesos de consolidación de empleo temporal dando a entender que pretenden garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, con independencia de que se hayan prestado o no servicios efectivos en la Administración convocante.

Con todo, el legislador prevé dos modalidades de consolidación de empleo temporal en función de las fechas en que se haya accedido al empleo público temporal, a saber:

a) Los procesos de estabilización de las plazas ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2016 o al 31 de diciembre de 2017, tramitados en los términos previstos en los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018.

b) Los procesos de estabilización de las plazas desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005, tramitados conforme a lo dispuesto en el párrafo séptimo del art. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y en la DT 4ª del EBEP.

Pues bien, la DT 4ª del EBEP fija unas reglas particulares en relación con los procesos selectivos que favorecen la posición de los empleados temporales. En cambio, en los procesos de consolidación de empleo temporal articulados al amparo de los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 han de seguirse las reglas generales que rigen el acceso al empleo público.

Esta diferencia de régimen jurídico no vulnera los principios de igualdad y no discriminación pues tiene apoyo normativo con rango legal y obedece a supuestos fácticos y jurídicos que justifican la distinción que se efectúa por cuanto que la situación de precariedad del personal que accedió al empleo público temporal con anterioridad al 1 de enero de 2005 se ha prolongado ya más de una década.

II. Los procesos de estabilización de las plazas ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2016 o al 31 de diciembre de 2017

1. Los procesos de selección: Régimen jurídico aplicable

Los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 se limitan a señalar que «*la articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y*

publicidad». De este modo, las bases de las convocatorias de consolidación de empleo temporal que se dicten al amparo de las LPGE para los años 2017 y 2018 deben ajustarse a las reglas generales que rigen el acceso al empleo público en régimen funcionarial y laboral[12].

Y, en este sentido, conviene recordar que el principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas reconocido en el art. 23.2 de la Constitución Española, al igual que el principio general de igualdad, actúa en dos planos distintos[13]: Como igualdad ante la Ley o en la aplicación de la Ley, de una parte, y de la otra, como igualdad en la Ley. En este segundo aspecto –y esto es lo que explica la especificación en este caso del principio general de igualdad–, la igualdad en la Ley «*implica para el legislador no sólo la prohibición de establecer diferencias que carezcan de una fundamentación razonable y objetiva, sino más precisamente aún y en conexión con el art. 103.3 C.E. la prohibición de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad*». De este límite deriva la necesidad no sólo de que la Ley no limite el acceso a personas determinadas, sino de que «*la capacidad, y especialmente los méritos a tener en cuenta han de estar también en relación con la función a desempeñar y no se describan o establezcan en términos tales que puedan considerarse fijados en atención a personas determinadas*»[14]. Por ello, las convocatorias de estos procesos de consolidación de empleo temporal no pueden «*perseguir la cobertura «ad hoc» por determinadas personas que las venían ocupando previamente, por mucho que la vinculación temporal de quienes se hallaban en ellas se haya dilatado en demasía, pues ello vulneraría los principios de igualdad, mérito y capacidad, que han de regir en todos los procesos selectivos de acceso a la función pública, con arreglo a los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución*»[15].

---

[12] Por todos, ROQUETA BUJ, R., *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

[13] STC 27/1991, de 14 de febrero.

[14] STC 27/1991, de 14 de febrero.

[15] Cfr. la STSJ de Galicia (CA) de 17 de febrero de 2010 (Rec. 237/2009).

2. Los sistemas selectivos

Los sistemas selectivos son los procedimientos a través de los cuales se verifican la capacidad y los méritos de los aspirantes.

De conformidad con el EBEP, hay que distinguir según se trate de seleccionar al personal funcionario de carrera o al personal laboral fijo o al personal laboral temporal.

2.1. Los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera

Según el art. 61.6 del EBEP, los sistemas selectivos de funcionarios de carrera *«serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación»* y *«sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos»*.

Mientras que el RD 896/1991, de 7 de junio, sobre reglas básicas y programas mínimos para el procedimiento de selección de funcionarios de la Administración Local, dictado en cumplimiento del mandato del art. 100 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, entre cuyas normas revisten el carácter básico las que definen reglas esenciales y programas mínimos como así expresa su Preámbulo y la DF 1ª, a efectos de lo previsto en el art. 149.1.18 de la Constitución Española, dispone en su art. 2 que *«el ingreso en la Función Pública Local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso»*. Por lo tanto, el sistema ordinario para el ingreso en la función pública local es el de oposición, mientras que los de concurso-oposición y concurso deben considerarse excepcionales, en la medida en que sólo están previstos para los casos en que su utilización sea más adecuada *«por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar»*, limitando con ello la discrecionalidad de la Administración en orden a escoger los sistemas selectivos para cubrir las plazas vacantes, dado que tiene que justificar las razones que le conducen a apartarse del sistema ordinario en las convocatorias, cuando la opción por el sistema de concurso o de concurso-oposición en vez de utilizar la vía de la oposición, no cabe

inferirla de la propia naturaleza de la plaza aludida ni de las funciones que le son inherentes[16]. Pues bien, el concurso-oposición puede estar justificado en los procesos de consolidación de empleo temporal[17].

2.2. Los sistemas selectivos del personal laboral fijo

El art. 61.7 del EBEP establece que «*los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos*». De este modo, el EBEP mantiene los sistemas selectivos tradicionales (la oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos). Pero, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios de carrera, no se establece ningún orden o prelación entre los sistemas selectivos clásicos. De esta manera, para el personal laboral se prevé un régimen más flexible, ya que se permite utilizar indistintamente cualquiera de los tres sistemas reseñados[18].

2.3. La preminencia del concurso-oposición en los procesos de estabilización de empleo temporal

Aunque las Administraciones Públicas, en principio, podrían escoger el sistema de oposición para los procedimientos de consolidación de empleo temporal previstos en las LPGE para los años 2017 y 2018, resulta lógico y razonable que los servicios prestados como funcionarios interinos o contratados laborales se ponderen positivamente, ya que dicha experiencia denota un conocimiento de las tareas y funciones asignadas al cuerpo/escala o categoría/grupo profesional al que se pretende acceder. De este modo, el sistema selectivo del concurso-oposición está justificado por desarrollarse en el marco de una consolidación de empleo y reducción

[16] SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 8 de febrero de 2003 (Rec. 248/1999) y de Asturias (CA) de 11 de noviembre de 2004 (Rec. 2000/2002).

[17] STSJ de Asturias (CA) de 11 de noviembre de 2004 (Rec. 2000/2002).

[18] FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, pág. 103. Sobre los sistemas selectivos del personal laboral fijo en las diferentes Administraciones Públicas, véase, por todos, ROQUETA BUJ, R., *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

del empleo temporal[19]. Tratándose de procesos de estabilización de plazas de carácter laboral, las Administraciones Públicas podrían, incluso, optar por el concurso de méritos, excluyendo el sistema de oposición o el mixto de concurso-oposición, pero tal opción entraña un riesgo en la medida en que los concursos que otorgan una sustancial puntuación por los servicios prestados pueden derivar muy fácilmente en proceso restringidos.

El concurso-oposición consiste en la sucesiva celebración de los sistemas anteriores (art. 4.2 RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado). De esta forma, a través de este sistema se pueden medir y valorar tanto la capacidad como los méritos de los aspirantes, lo que redunda en una mayor garantía de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público.

En cuanto al orden de las fases de oposición y concurso, habrá que estar a la normativa aplicable en la Administración Pública de que se trate. Así, por ejemplo, el art. 4.c) del RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, determina que *«en las pruebas selectivas que se realicen por el sistema de concurso-oposición, la fase de concurso, que será previa a la de oposición, no tendrá carácter eliminatorio ni podrá tenerse en cuenta para superar las pruebas de la fase de oposición»* –que sí tienen carácter eliminatorio–. En este contexto, en la fase de concurso han de ser valorados todos los candidatos, cuando muchos de ellos pueden desistir luego de la fase de la oposición o no superarla, lo que se traduce en la realización de un enorme trabajo en balde. En cualquier caso, la celebración previa de la fase de oposición no altera los principios de igualdad, mérito y capacidad en los procesos de consolidación de empleo temporal[20]. Ciertamente, tratándose de

[19] STSJ de Castilla y León (CA) de 13 de julio de 2009 (Rec. 567/2006).

[20] STS (CA) de 31 de marzo de 2008 (Rec. 7038/2003).

una convocatoria que no es restringida a quienes se hallen ocupando las plazas convocadas, sino abierta a todos los que posean los requisitos exigidos en la convocatoria correspondiente, el orden de estas fases no altera el resultado del respeto a las previsiones de los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, así como a las del EBEP y del RD 364/1995.

Por último, tal y como destacan los «*Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017*» de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018, el número de aprobados en la fase de oposición será el de las personas que hayan superado la misma, aun cuando esta cifra exceda del número total de plazas a cubrir. Y en la fase de concurso deberán valorarse no sólo los servicios prestados a la Administración, sino también otro tipo de méritos académicos o profesionales, como las titulaciones académicas y los cursos de formación o perfeccionamiento.

3. Los principios informadores de los sistemas de selección

Los principios informadores de los sistemas de selección que requieren de alguna puntualización en los procesos de consolidación tramitados conforme a los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018 son los siguientes:

1.º Carácter abierto de los procesos de selección.

2.º Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.

3.º Valoración de la experiencia profesional.

3.1. Carácter abierto de los procesos de selección

El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación fundamental a la práctica de las pruebas restringidas para el acceso a la función pública las cuales en general han de considerarse proscritas por los arts. 23.2 y 14 de la Constitución Española. En efecto, como pone de relieve la STC 60/1994, de 28 de

febrero, «*la exigencia de la necesidad de un período previo de servicios administrativos para participar en el concurso convocado ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad, en la medida que impide concurrir al mismo a los aspirantes que no cumplen este presupuesto por una razón no justificada suficientemente, ni razonable, que implica una discriminación y que veda toda oportunidad de concurrir a los aspirantes en igualdad de condiciones*»[21]. Y, aunque «*no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública*»[22], lo cierto es que las aspiraciones del personal temporal a la estabilidad en sus puestos en modo alguno justifican la convocatoria de concursos restringidos, debiendo concurrir los interinos o contratados temporales con quienes no tienen relación con la Administración en los procesos selectivos que se convoquen si desean obtener un puesto de carácter permanente[23].

En línea con la doctrina constitucional referenciada, los arts. 19.Uno.6 Ley 3/2017 y 19.Uno.9 Ley 6/2018 disponen que la articulación de los procesos de consolidación de empleo temporal, en todo caso, garantizará «*el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad*», por lo que no caben en ningún caso los procesos cerrados o restringidos que impidan el acceso a los mismos a quienes no ocupen interinamente o temporalmente las plazas ofertadas.

Por consiguiente, las convocatorias restringidas carecen de cobertura legal aun cuando se convoquen para consolidar empleo temporal y vengan avaladas por las

[21] Cfr. la STSJ de Madrid (CA) de 22 de noviembre de 2007 (Rec. 837/2004).

[22] Por todas, las SSTC 27/1991, de 14 de febrero; y 16/1998, de 26 de enero.

[23] STSJ de las Islas Canarias (CA) de 13 de diciembre de 2000 (Rec. 267/1998).

disposiciones del convenio colectivo[24]. En este sentido, la STS de 13 de noviembre de 2007 (Rec. 3/2007), argumenta que lo cierto es que *«doscientos diecinueve trabajadores temporales adquirieron la condición de fijos mediante un concurso del que fueron totalmente excluidos quienes tenían un contrato temporal de menos de seis meses de duración, quienes nunca habían trabajado para las demandadas y quienes, aunque hubiesen trabajado para ellas anteriormente, no prestasen sus servicios al tiempo de la convocatoria»* y *«con ello, ese colectivo fue discriminado sin justa causa y se dio un trato de favor a quienes tenían un contrato temporal en vigor con más de seis meses de duración»*. Tal trato favorable *«no lo justifica la conversión de puestos de trabajo temporales (o de contratos temporales) en fijos, pues el acceso a un empleo público debe hacerse con base en los principios de igualdad, mérito y capacidad, sin perjuicio de que los contratos temporales se vayan extinguiendo conforme se cubre reglamentariamente la plaza, conforme viene señalando con reiteración esta Sala desde su sentencia de 20 de enero de 1998 (Rec. 317/97)»*[25]. Tampoco la mayor o menor antigüedad en la prestación de servicios temporales puede fundamentar ese desigual trato, porque *«la mayor o menor experiencia puede ser objeto de valoración en el concurso, pero no la única causa de la contratación».*

En fin, el argumento de que la convocatoria es válida porque se ajustó a lo dispuesto con carácter obligatorio por el convenio colectivo aplicable, cuya validez no se ha impugnado, no es acogible, ya que, como subraya la STS de 13 de noviembre de 2007 (Rec. 3/2007), tratándose de una convocatoria de consolidación de empleo temporal en una entidad pública empresarial o sociedad mercantil pública, la impugnación de la convocatoria del concurso lleva implícita la del convenio colectivo que la ampara, cuestión que puede plantearse en el proceso para tutela de derechos fundamentales que regulan los arts. 177 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), cuando tal violación se haya producido en la negociación de un convenio colectivo. Por otro lado, debe tenerse

[24] STSJ de Castilla y León (CA) de 27 de junio de 2012 (Rec. 1046/2010).

[25] En el mismo sentido, la STSJ de la Islas Canarias de 13 de diciembre de 2000 (Rec. 267/1998).

presente que, conforme a los arts. 85.1 y 3, números 1 y 3, del Estatuto de los Trabajadores y 1.271 y 1.300 del Código Civil, entre otros, son nulos los pactos sobre objeto prohibido por las leyes y aquellos que se celebran con el fin de evitar su aplicación. En el presente caso, como se trataba de eludir las normas legales que regulan el acceso al empleo con base en los principios de igualdad, mérito y capacidad, es claro que «*la convocatoria es nula, al igual que la norma convencional que le da cobertura*». La alegación de que «*las normas del Convenio Colectivo persiguen la estabilidad en el empleo mediante la conversión de contratos temporales en indefinidos, con lo que se estaría actuando al amparo del artículo 15-7 del Estatuto de los Trabajadores no es aceptable tampoco*». Porque, aparte que esa norma no estaba en vigor cuando se publicó la convocatoria impugnada, resulta que el logro de ese objetivo no podía fundar la inaplicación del principio de igualdad que nos ocupa. La conversión de empleo temporal en fijo «*se podía conseguir sin violar los preceptos constitucionales y legales citados, mediante una convocatoria pública, libre y abierta para cubrir con trabajadores fijos esos puestos de trabajo, aunque en esas pruebas se puntuase la mayor o menor antigüedad en la prestación de servicios a las demandadas*». Al darse preferencia únicamente «*al hecho de estar ya al servicio de las demandadas, se violaron los principios de igualdad, mérito y capacidad antes citados, lo que justifica la anulación de una convocatoria que, so pretexto de la promoción interna, buscaba eludir la aplicación de los mismos*».

Por último, de conformidad con lo previsto en el art. 61.1 del EBEP, los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia sin perjuicio de «*las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto*». En este sentido, el art. 59 del EBEP obliga a las Administraciones Públicas a reservar un cupo no inferior al 7% de las vacantes incluidas en las ofertas de empleo público para ser cubiertas entre personas con discapacidad –norma imperativa para la autonomía colectiva[26]–. Pues bien, dicho precepto establece la reserva sobre el conjunto de la oferta de empleo

[26] Cfr. los arts. 482.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 30.6 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso, pues el término «*ofertas de empleo público*» comprende no sólo la parte de la oferta que corresponde a las plazas de nuevo ingreso, a las que se refiere el 70.1 del EBEP, sino también las plazas de promoción interna[27] y de consolidación de empleo temporal[28]. En definitiva, para calcular el 7% de reserva de cupo de la oferta de empleo público se deben computar las plazas de turno libre, de promoción interna y de consolidación de empleo temporal.

3.2. Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar

Las Administraciones Públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garantice la «*adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar*» [art. 55.2.e) EBEP][29]. Idea en la que insiste el art. 61.2 del mismo texto legal, a cuyo tenor «*los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la*

[27] STS de 5 de octubre de 2009 (Rec. 82/2008). Así lo confirma en el ámbito estatal el art. 5 del RD 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad relativo a la «*Reserva de plazas en promoción interna*». En efecto, a tenor de este precepto «*las convocatorias de pruebas selectivas para acceso por promoción interna a cuerpos, escalas o categorías de la Administración General del Estado que se encuentren previstas en el real decreto por el que se aprueba la oferta de empleo público deberán incluir la reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento*».

[28] Cfr. la STS (CA) de 14 de septiembre de 2007 (RJ/6940); y la SAN (CA) de 15 de marzo de 2001 (Rec. 673/1999). En cambio, la SAN (CA) de 15 de marzo de 2011 (Rec. 31/2010) considera que, como las ofertas de empleo público contienen las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, en sede judicial se considera que no se puede computar para calcular el 7% de reserva de cupo de la oferta de empleo público los efectivos de personal existentes, que es lo que sucede cuando al objeto de reducir la temporalidad en el empleo público se procede a la «sustitución» del empleo temporal por empleo fijo sin incrementar la plantilla. A mayor abundamiento, se arguye que las plazas incluidas en los procesos de consolidación o sustitución del empleo temporal no están incorporadas a las plazas de las ofertas de empleo público. En definitiva, tratándose de una convocatoria de consolidación o sustitución de empleo temporal, no es necesario reservar un cupo de plazas para las personas con discapacidad. En parecidos términos se expresa la STSJ de Madrid (CA) de 18 de julio de 2002 (Rec. 958/2000).

[29] Por todos, GORRITI BONTIGUI, M., «Innovar en selección desde la evidencia empírica y las nuevas competencias», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, págs. 66-85; NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., «Acceso a la función pública: atraer talento y cambiar el modelo», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, págs. 86-97; y FONDEVILA ANTOLÍN, J., «Repensar el diseño de los procesos selectivos en el empleo público: respuestas ágiles frente a las necesidades inmediatas y fortalecimiento de la especialización de los órganos de selección», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. Extra 2, 2018, págs. 98-111.

adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas».

Por consiguiente, los procesos selectivos, así como las pruebas y méritos en que se concretan los procesos extraordinarios de estabilización de empleo temporal articulados al amparo de los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, deberán guardar la conexión no ya con los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar (tal y como establecía el art. 19.1 de la LMRFP) sino con «*las funciones o tareas a desarrollar*», esto es, con las funciones o tareas del conjunto de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por los funcionarios de cada cuerpo o escala o, en su caso, por los trabajadores de cada categoría o grupo profesional[30].

Ahora bien, no se puede exigir que exista una «directa» relación entre los cursos de formación y perfeccionamiento y las plazas a que se opta en los procesos de consolidación de empleo temporal, ya que es muy difícil, si no imposible, que se hayan podido realizar sin estar vinculado con la Administración convocante[31]. Y, por la misma razón, tampoco es de recibo valorar únicamente los cursos de formación y perfeccionamiento que hayan sido convocados, organizados u homologados por Institutos o Escuelas Oficiales de Formación de Funcionarios, con exclusión de las Universidades Públicas y los Centros que imparten Formación Profesional[32].

3.3. Valoración de la experiencia profesional

Como señalan las SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, y 27/2012, de 1 de marzo, la valoración como mérito de la experiencia profesional es perfectamente válida desde el punto de vista constitucional. Ciertamente, «*la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo*

[30] Cfr. FUENTAJA PASTOR, J.A., «Selección del personal al servicio de las Administraciones públicas: perspectivas de una reforma», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 16, 2000, págs. 187-188.

[31] SSTS (CA) de 8 de junio de 2005 (Rec. 2295/2002) y 8 de abril de 2011 (Rec. 5423/2009); y SSTSJ de Castilla y León (CA) de 13 de julio de 2009 (Rec. 567/2006) y 16 de octubre de 2009 (Rec. 565/2006).

[32] Cfr. la STSJ de Murcia (CA) de 20 de diciembre de 2018 (Rec. 663/2017).

público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados»[33].

No obstante, el Tribunal Constitucional, aunque ha afirmado que no plantea problema de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, también ha advertido que es *«la relevancia cuantitativa»* que las bases de la convocatoria den a ese mérito concreto lo que debe analizarse en supuestos de aparente desproporcionalidad. En este sentido se consideró en la STC 107/2003, de 2 de junio, que la *«conexión entre acceso en condiciones de igualdad, por un lado, y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, por otro, nos ha llevado también a controlar, para evitar una «diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes» (STC 60/1994, de 28 de febrero), la valoración dada a algún mérito en concreto, cual es, particularmente y a los efectos que interesan en el presente caso, el relativo a la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración. Esta última circunstancia, en efecto, si bien se ha reconocido que puede ser tomada en consideración para evaluar la «aptitud o capacidad» [SSTC 67/1989, de 18 de abril, y 185/1994, de 20 de junio] del aspirante, ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el «límite de lo tolerable» [SSTC 67/1989, de 18 de abril, 185/1994, de 20 de junio, y 73/1998, de 31 de marzo]».*

El art. 61.3 del EBEP recoge la interpretación del Tribunal Constitucional sobre la valoración de méritos y el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo público, especialmente surgida en relación con el mérito de la antigüedad o previa prestación de servicios. En este sentido, dispone 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»*. De esta manera, se excluye la transformación fraudulenta en concurso del sistema de concurso-oposición, al valorar de manera desproporcionada los méritos.

[33] SSTC 67/1989, de 18 de abril, y 107/2003, de 2 de junio.

Y así, siguiendo la doctrina constitucional sobre la valoración del mérito de la antigüedad o previa prestación de servicios, hay que distinguir los siguientes supuestos de hecho:

1.º El sistema llamado «mochila» en cuya virtud los puntos obtenidos en la fase de concurso (incluyendo los que se conceden por el tiempo de servicios prestados en régimen temporal en la Administración Pública) pueden computarse también para superar los ejercicios de la fase de oposición, supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición habiendo prestado previamente servicios como contratados y los demás opositores. En efecto, como subraya la STC 67/1989, de 18 de abril, *«para la aprobación de cada una de las tres pruebas en que consiste la fase de oposición exige en realidad a unos opositores el doble de conocimientos que a otros, siendo la razón de la diferencia el mero hecho de haber prestado servicios durante breve tiempo a la Comunidad Autónoma de Extremadura»* y *«esta diferencia sensible de niveles de exigencia supone que los aspirantes «de fuera» vean reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la función pública, exigiéndoseles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores, que ya prestan servicio en la Administración Autonómica, pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos»*. De este modo, el dato relevante para aprobar la fase de oposición es el hecho, ya valorado como mérito en la fase de concurso, de haber prestado servicios anteriormente a la Comunidad Autónoma, con lo que se consigue *«el mismo efecto práctico de concesión de ventajas y privilegios y de restricción de competencia «externa» que perseguía la práctica de pruebas restringidas para el acceso a la función pública»*. En definitiva, esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores por la sola razón de la existencia o no de un período previo de servicios administrativos, *«ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad»* y, por

ello, ha de declararse que es contraria al art. 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas de los opositores libres[34].

2.º En los procesos de concurso-oposición, si la fase de concurso se celebra en primer lugar, no puede tener carácter eliminatorio[35]. Ciertamente, los procesos de concurso-oposición en los que la fase de concurso tiene carácter eliminatorio pueden transformarse muy fácilmente en un mero concurso. En este sentido, hay que traer a colación la doctrina sentada por la STC 27/2012, de 1 de marzo, a propósito de un supuesto de hecho en el que la experiencia profesional –dependiendo de dónde se haya adquirido– vale un máximo de 9,5 puntos, mientras que todos los demás méritos valorables, aun en su puntuación máxima posible, solamente alcanzan 5 puntos; es decir, el valor del mérito «experiencia profesional» tiene, prácticamente, el doble de valor que la suma de todos los demás méritos, con la circunstancia, no menor, de que la fase de concurso tiene carácter eliminatorio, siendo relevante además que es necesario obtener para superarla 4 puntos. Pues bien, a juicio del Tribunal Constitucional, en el presente caso, la posibilidad de obtener 9,5 puntos por la experiencia profesional representa un porcentaje claramente superior al 45 por 100 de la nota total de la fase de concurso: 14,5 puntos. Estas circunstancias *«suponen primar sensiblemente a los participantes que contaran con servicios prestados en la Administración convocante, que se presenta desproporcionado, más aun cuando la fase de concurso se establece como eliminatoria y existe una nota de corte que dificulta en exceso que los participantes sin experiencia profesional puedan, siquiera, acceder a la fase de oposición, nota de corte que no existía en los supuestos antes señalados y resueltos en las SSTC 67/1989, de 18 de abril y 83/2000, de 27 de marzo, en las que, como veíamos, se ponderaba la posibilidad de que la ventaja con la que contaban los interinos se pudiera compensar con la posibilidad de participar en la fase de oposición, aun con la*

[34] SSTC 67/1989, de 18 de abril, y 93/1995, de 19 de junio. En esta línea, el apartado segundo del *«Acuerdo para la mejora del empleo público»* de 29 de marzo de 2017 establece que el tiempo de servicios prestados a la Administración podrá ser objeto de valoración únicamente en la fase de concurso.

[35] Cfr. los *«Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017»* de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018.

necesidad de mostrar, por parte los participantes sin experiencia profesional, mayores conocimientos». Y, por ello, el Alto Tribunal concluye que «*la valoración de la experiencia profesional en la norma que estamos analizando, implica un beneficio desproporcionado a unos participantes respecto de otros*».

3.º La situación es diferente cuando los participantes sin experiencia previa, al menos, cuentan con la posibilidad de equilibrar la puntuación en la fase de oposición, para cuyo acceso no se establece nota de corte. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que «*la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorga una sustancial ventaja a estos aspirantes (en mayor grado cuantos más años de servicios prestados acreditasen, con el máximo indicado), no excluye de la competición a quienes, como la recurrente, carecen de dicho mérito, pese a que imponga a estos opositores «por libre», para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración de la Seguridad Social*»[36].

Y así, por ejemplo, se estima que la valoración del mérito del tiempo de servicios se encuentra en el límite de lo tolerable cuando la máxima puntuación que puede obtenerse por servicios previos supone un 27,58% de la puntuación máxima que puede lograrse en total en el proceso selectivo (hasta 100 puntos en la oposición, más 5 puntos por poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria, más un máximo de 40 puntos por servicios previos)[37] o el 31,57% del total que puede lograrse en los tres cómputos que integran el procedimiento de selección (conocimientos –hasta 10.00 puntos–, méritos académicos –hasta 3.00 puntos– y servicios prestados –hasta 6.00 puntos–), máxime cuando los aspirantes deben haber obtenido al menos 5 puntos en los dos primeros cómputos para que pueda procederse al cómputo de

[36] SSTC 83/2000, de 27 de marzo, y 107/2003, de 2 de junio.

[37] STC 107/2003, de 2 de junio. En el mismo sentido, la SAN de 19 de abril de 2013 (Rec. 335/2011) y la STSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 10 de abril de 2007 (Rec. 462/2005).

dichos servicios[38]. En estos casos, se considera que la incidencia que representa el máximo de puntos por servicios prestados a la Administración Pública puede considerarse dentro del *«límite de lo tolerable»*.

En esta misma línea, se expresa la STC 67/1989, de 18 de abril, en un supuesto en el que las bases otorgan a los aspirantes 0,60 puntos por mes completo de servicios efectivos prestados hasta la publicación de la convocatoria, y hasta un máximo del 45 por 100 de la puntuación alcanzable en la fase de oposición, que es la de 30 puntos, o sea, hasta un máximo de 13,50 puntos. A este respecto, el Alto Tribunal afirma que *«es cierto que la atribución de 0,60 puntos por cada mes de servicios prestados, de forma que un año de servicios equivalga a más de siete puntos, tanto en la fase de concurso como en el conjunto global de la calificación, puede parecer desproporcionada por superar lo que sería aceptable habitualmente en este género de pruebas, puesto que si bien la suma de puntos que por esta vía pueden obtenerse tiene, como queda dicho, topes máximos que impiden que pueda llegar a tener una ponderación mayoritaria, da una sustancial ventaja a quienes pueden beneficiarse de esta única valoración de méritos»*. Sin embargo, ha de entenderse que *«esta valoración del mérito del tiempo de servicios, aunque esté en el límite de lo tolerable, no excluye, por entero de la competición a quienes carecen de él, pese a que les imponga, a los opositores «por libre», para situarse a igual nivel de puntuación que los actuales funcionarios, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo que impida el acceso a la función pública extremeña de quienes no prestaron servicios anteriormente en la Administración Autonómica, como se ha demostrado además a través de los ejercicios ya realizados»*. En consecuencia, la valoración cuantitativa del tiempo de servicios *«no ha llegado a sobrepasar los límites de disponibilidad de la Comunidad Autónoma al no poder considerarse por sí sola como violación del derecho fundamental que garantiza el art. 23.2 de la Constitución»*.

[38] SSTC 185/1994, de 20 de junio; 228/1994, de 18 de julio; 229/1994, de 18 de julio; 11/1996, de 29 de enero; y 83/2000, de 27 de marzo.

A este respecto y en cuanto a los procesos de consolidación de empleo temporal, se pueden traer a colación los siguientes pronunciamientos judiciales[39]:

– La STS (CA) de 14 de octubre de 2009 (Rec. 1262/2006) entiende el Acuerdo de la Mesa sectorial de la Función Pública de 7 de Octubre de 2003 sobre estabilidad laboral y promoción profesional de la función pública autonómica valenciana otorga una cierta ventaja a los aspirantes que invocan la experiencia respecto de los que no pueden demostrar ese mérito, sin embargo no cabe decir que los excluya de la competición, a consecuencia del llamado «efecto mochila», ya que es condición sustancial para que pueda ser valorada la experiencia en el concurso, haber aprobado previamente la oposición. Y visto que la ventaja que la suma de esos méritos puede producir en la adjudicación final de la plaza, tampoco puede tacharse de constitucionalmente desproporcionada, pues la puntuación que, en el caso de autos, puede obtenerse por méritos derivados de la experiencia, no puede sobrepasar el 32% del total de 100, obtenibles según las reglas de la prueba selectiva. En la que corresponden un máximo de 40 al concurso y 60 a la oposición, prueba ésta que exige alcanzar un mínimo de 30 para ser superada. Y dado que en el concurso se valora junto a la experiencia, como mérito a considerar, el derivado de lo que se llama formación, en la que puede obtenerse hasta 8 puntos (5 por idiomas y 3 por titulaciones). Lo que quiere decir que los intervinientes sin experiencia pueden alcanzar una puntuación

[39] Por su parte, la STSJ de Castilla y León (CA) de 16 de octubre de 2009 (Rec. 565/2006) considera que con el favorecimiento que se ha producido por la prestación de servicios interinos en este caso no se aprecia que haya existido supraponderación ï frente a lo que puede ocurrir en otras convocatoriasï , que haga ilusorio el derecho de acceso de otros aspirantes u omita otros méritos que necesariamente debieran ser acogidos, al tratarse de una valoración de 0,05 por cada mes completo de servicios, con un máximo de 6, lo que en el conjunto de la valoración posible en la globalidad de las pruebas selectivas puede entenderse adecuado de conformidad con la doctrina que dimana de la sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005 y 8 de junio de 2.005, de las que, como ya se ha expresado anteriormente, se desprende que cabe una valoración de los servicios prestados en régimen de interinidad, si bien no de una forma desproporcionada que haga inviable la ponderación de otros méritos, lo cual en dicho caso sería contrario a la doctrina que deriva del art. 23.2 de la CE. Véanse también la SAN (CA) de 17 de octubre de 2006 (Rec. 384/2004) y la STSJ de Castilla y León (CA) de 30 de noviembre de 2007 (Rec. 2497/2003).

En los *«Criterios comunes para la aplicación del proceso de estabilización derivado de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017»* de la Secretaria de Estado de Función Pública del Ministerio de Ciencia y Función Pública de febrero de 2018, a fin de garantizar la seguridad jurídica y evitar impugnaciones, se considera a este respecto que la puntuación del concurso no debe superar el 40% del total.

superior al máximo posible por experiencia, sin necesidad de acudir a ese mérito que les es extraño o ajeno.

– Según la STS (CA) de 14 de febrero de 2011 (Rec. 3835/2008), el proceso de consolidación de empleo temporal «*persigue un fin legítimo, cuenta con la necesaria cobertura legal y se ha configurado de una forma que respeta los principios de igualdad, mérito y capacidad pues atiende a la situación de quienes son interinos en el momento de la convocatoria y valora los servicios que han prestado sin erigirlos en factor de exclusión de otros aspirantes*». Al contrario, pudiendo haber escogido el procedimiento del concurso, la Administración «*ha establecido el de un concurso-oposición libre con una prueba objetiva y otra dirigida a evaluar los conocimientos de los aspirantes y su capacidad de aplicarlos y una fase de valoración de méritos en el que el de los servicios previos no es determinante, ya que, como máximo, permite obtener un máximo de cuarenta sobre un total de ciento cuarenta y cinco puntos y solamente podrá operar, al igual que los demás méritos, si el interesado aprueba los dos ejercicios de la oposición*».

– En fin, la STSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 4 de octubre de 2007 (Rec. 920/2005) se pronuncia respecto de la valoración de la experiencia y los servicios previamente prestados como mérito en los Planes de Estabilidad Laboral de la Comunidad Valenciana en los siguientes términos: Las pruebas selectivas que se realicen al amparo del Plan de Estabilidad Laboral se realizarán por el sistema de concurso-oposición libre, y deberán estar convocadas durante su periodo de vigencia. Dichas pruebas selectivas se evaluarán con un total de 100 puntos, correspondiendo 60 a la fase de oposición y 40 a la fase de concurso, conforme a lo dispuesto en el anexo I. En todo caso, en la fase de concurso, se valorará como mérito la experiencia profesional, haciendo posible la obtención de una puntuación equivalente al 32% del total de las pruebas. De ahí, que la relevancia cuantitativa otorgada a dicho mérito no pueda considerarse desproporcionada ni que traspase «*el límite de lo tolerable*».

– En cambio, la STSJ de Castilla y León (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. 1302/2013) en un supuesto en el que en la puntuación total del proceso selectivo (100 puntos), la fase de oposición supone un total de 55 puntos y la fase de concurso un

total de 45 puntos (5 puntos por poseer un grado académico superior al exigido en la convocatoria y un máximo de 40 puntos por servicios previos), considera que la distribución de puntuación entre los servicios prestados y la formación académica es contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública al hacer prácticamente ilusoria la participación de aquellas personas que no han prestado servicios previamente para la Administración al haberse valorado de una forma muy definitoria los méritos como interino, excediendo al ámbito de lo permisible conforme deriva de la doctrina constitucional[40].

No obstante, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional, aun habiendo alcanzado la conclusión de que la valoración como mérito único de los servicios prestados o la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a este mérito concreto debe considerarse desproporcionada a favor de unos participantes respecto de otros, *«este hecho, por sí mismo no conduce a apreciar una lesión del art. 23.2 CE, sino que, como antes hemos señalado, en algunas circunstancias excepcionales se puede justificar la aplicación de criterios como los analizados en el presente proceso»*[41]. Sin embargo, y aunque en el presente caso no nos encontramos propiamente ante un proceso de selección restringido, es preciso que concurran los tres requisitos que se exigen para que los procesos restringidos resulten conformes con los arts. 14 y 23.2 de la Constitución Española en relación con los principios de mérito y capacidad del art. 103.3 del texto constitucional, a saber[42]: *«En primer lugar, justificación de la excepcionalidad de la medida a adoptar, fundamentada exclusivamente en la singular, puntual y transitoria necesidad de tener que poner en funcionamiento una nueva forma de organización de las Administraciones autonómicas resultante de la asunción de competencias que antes correspondían al Estado. En segundo término, la limitación de acudir por una sola vez a estos procedimientos*

[40] En el mismo sentido, se expresan las SSTSJ de Castilla y León (CA) de 18 de junio de 2015 (Rec.1301/2013), 26 de junio de 2015 (Rec. 1300/2013), 10 de julio de 2015 (Rec. 1299/2013 y 1229/2013), 13 de julio de 2015 (Rec. 1859/2006), 23 de octubre de 2015 (Rec. 1125/2013 y 1116/2013) y 5 de abril de 2018 (Rec. 143/2017).

[41] SSTC 67/1989, de 18 de abril, 12/1999, de 11 de febrero, y 27/2012 de 1 de marzo.

[42] STC 27/2012, de 1 de marzo.

excepcionales. Y, finalmente, la reserva de Ley, que exige la aprobación mediante norma con este rango legal de la cobertura necesaria para la convocatoria de dichos procesos selectivos».

4.º Aunque el sistema de concurso de méritos está expresamente contemplado como sistema de selección ordinario del personal laboral fijo, la valoración de los méritos, especialmente de la experiencia previa debe ser proporcionada y no arbitraria. A este respecto, puede traerse a colación un concurso de méritos que estructurado en dos fases: a) la primera, en la que se valora la experiencia profesional en puestos de trabajo pertenecientes al grupo y categoría profesional igual al que se opta, otorgándose 1,25 puntos por mes de servicio prestado para la Administración Autonómica Canaria y 0,625 puntos si lo fueron en otra Administración Pública; la antigüedad, es decir, los servicios prestados en las diferentes Administraciones Públicas, a razón de 0,42 puntos; y las titulaciones académicas «relevantes» que se establezcan en cada convocatoria; b) la segunda, consistente en la valoración de los méritos específicos relacionados con el puesto de trabajo al que se opta. La fase consiste en la presentación de una memoria y su posterior defensa ante el órgano de selección a través de una entrevista personal. La memoria deberá contener *«un análisis detallado de las funciones a desarrollar en la plaza a la que se opta: indicación, a juicio del aspirante, de los conocimientos y medios necesarios para su desempeño, el nivel de responsabilidad y la importancia que el puesto de trabajo tiene dentro de la organización»*. Cada una de estas fases es eliminatoria, precisando alcanzar el aspirante una puntuación mínima en cada una de ellas. En concreto, para superar la primera fase los concursantes deben obtener un mínimo de sesenta puntos y quien no alcance esta puntuación mínima no podrá acceder a la fase siguiente.

Pues bien, como pone de relieve la STSJ de las Islas Canarias (CA) de 18 de diciembre de 2000 (Rec. 342/1998), dicha puntuación es imposible obtenerla si se accede desde fuera de la Administración, pues la valoración de los servicios previos es la única que permite alcanzar la referida puntuación. Las titulaciones académicas, único de los méritos que pueden alegar quienes no hayan prestado servicios como personal

interino para la Administración, no permitirán alcanzar la puntuación mínima (a no ser que se reúnan diez doctorados, por ejemplo), con lo que los concursantes que vengan que no tengan una relación previa con la Administración quedan descartados desde el principio. Con ello se convierte, de hecho, *«el concurso, que estaba destinado a ser un concurso público y de libre acceso, en una prueba restringida a la que sólo tiene acceso el personal interino»*.

En este mismo sentido, se expresa la STSJ de Andalucía (CA) de 20 de junio de 2001 (Rec. 109/2000) en un concurso de méritos en el que sólo pueden acceder a la entrevista los concurrentes que cuenten con una experiencia previa en las Administraciones Públicas y por un período mínimo, en este caso, de tres años. Lo que otorga un favorecimiento insalvable y desproporcionado frente a los concurrentes que carecen de dicha experiencia, los que nunca podrán acceder a la entrevista, en la que además sólo se prevé un máximo de tres puntos, con lo que poco podría hacerse si el candidato se enfrenta con otro que haya desempeñado durante cuatro años un puesto en la Administración y aun si su nombramiento fuese como interino. Por ello, ha de reputarse discriminatorio el sistema *«por primar desproporcionada y arbitrariamente a aquellos que han prestado servicios previos a las Administraciones Públicas, ya que el mérito de la experiencia profesional juega como una verdadera condición de participación en el proceso, en tanto que automáticamente quedan excluidos todos aquellos posibles aspirantes que no tengan al menos dos años de experiencia en las Administraciones Públicas, excluyéndose de manera real y efectiva a todas aquellas personas interesadas que no tuvieron tal oportunidad»*. No existe, pues, igualdad, puesto que la experiencia profesional *«no se añade como un mérito más a valorar, no se favorece a un determinado colectivo, sino que se convierte por desproporcionado en elemento excluyente; por lo que siendo lícito y viable por tener un fundamento objetivo y razonable, como se recoge en la propia sentencia apelada, favorecer la valoración del mérito de la experiencia profesional previa, cuando éste se convierte en único mérito a valorar, mínimo de dos años de experiencia al menos para poder acceder a la entrevista y en definitiva superar la*

convocatoria, desaparece la justificación razonable y se está estructurando una convocatoria «ex professo» para unas determinadas personas».

5.º Por último, hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones en torno a la experiencia profesional, a saber[43]:

a) La experiencia profesional a valorar es la acreditada en el cuerpo/escala o categoría/grupo profesional al que se concursa [art. 55.2.e) EBEP]. Por ello, vulnera la legalidad y el principio constitucional de igualdad el que en la convocatoria de un proceso selectivo para la cobertura de plazas de un grupo o categoría profesional, se prime de manera desproporcionada –y con la consecuencia de hacerla determinante del resultado del proceso– la experiencia representada por el desempeño de un determinado puesto de trabajo[44].

En el apartado experiencia profesional hay que valorar los servicios efectivamente prestados en el cuerpo/escala o categoría/grupo profesional al que se concursa[45], con independencia de la categoría profesional con la que fueron nombrados o contratados los aspirantes[46]. Por lo demás, como subraya la STS (CA) de

[43] Según el Informe de la Abogacía del Estado sobre cuestiones relativas a los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal, una interpretación sistemática, amén de teleológica, de lo dispuesto en los arts. 18.Uno y 19.Uno de la LPGE 2017 y en la DT 4ª del EBEP, lleva a concluir la posibilidad de valorar como merito en aquellos procesos selectivos de estabilización de empleo temporal, no solo la experiencia o servicios prestados en las entidades del sector público calificadas como Administraciones Públicas, sino también los prestados en las entidades definidas como integrantes del sector público en el art. 18.Uno de la LPGE 2017, y por tanto incluyendo las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales, las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público, así como los Órganos Constitucionales del Estado.

En otro orden de consideraciones, hay que indicar que admitir como mérito la simple prestación de servicios previos, computada de modo automático, sin evaluación alguna de esos servicios prestados, constituye un mérito de escasa calidad [FONDEVILA ANTOLÍN, J., «La selección de los empleados públicos tres años después de la entrada en vigor de la Ley 7/2007: reflexiones sobre algunas de las cuestiones más representativas en su aplicación», *Federación de Municipios de Cataluña*, 2010, pág. 46]. Sin embargo, de conformidad con el art. 20.3 del EBEP, la evaluación del desempeño sólo deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera profesional horizontal, la carrera profesional vertical, fundamentalmente en lo referido a la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo, así como en la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas a la productividad o al rendimiento, y en la formación.

[44] STSJ de las Islas Canarias (CA) de 10 de mayo de 1999 (Rec. 1680/1998).

[45] Cfr. las SSTSJ de Andalucía (CA) de 21 de junio de 2010 (Rec. 1686/2005), 24 de septiembre de 2010 (Rec. 2141/2004), 25 de octubre de 2010 (Rec. 1376/2005) y 7 de diciembre de 2010 (Rec. 877/2005).

[46] STS (CA) de 23 de diciembre de 2011 (Rec. 1961/2010).

28 de mayo de 2019 (Rec. 90/2017), no estando prevista en las bases la intervención de la Comisión Mixta de Consolidación ni justificada su condición de asesor especializado técnicamente, no tiene título alguno para intervenir por sí misma en el proceso selectivo, ni tampoco existe obligación por parte del tribunal calificador de acudir a ella. Además, aun en el supuesto de que estuviera prevista su intervención o de que el tribunal calificador decidiera por sí solicitarle asesoramiento, no habiendo disposición en sentido contrario, su informe no puede tener carácter vinculante. Por ello, el aspirante tiene derecho a servirse de cualquier medio de prueba admitido en Derecho, a fin de determinar que los servicios prestados lo han sido en categorías funcionalmente iguales a la que se concursa.

b) No se puede limitar la valoración de los servicios prestados como mérito en la fase de concurso en los procesos de consolidación de empleo temporal en relación únicamente con los aspirantes que tengan la condición de funcionarios interinos o contratados temporales en la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes o la hubieran tenido en un período de tiempo inmediatamente anterior, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos ante unas pruebas de las llamadas restringidas que hacen prácticamente imposible el acceso al empleo público a las personas que no ocupan las plazas ofertadas en las convocatorias de consolidación de empleo temporal[47]. De este modo, se produciría una desigualdad de trato en perjuicio de los aspirantes que hubieran superado la oposición y no tuvieran tal condición, carente de justificación razonable y, por ende, contraria al principio de igualdad constitucionalmente reconocido.

c) La experiencia profesional valorable no se puede circunscribir a la acreditada en la Administración convocante[48] ni se puede valorar de forma distinta según la

[47] STS (CA) de 23 de febrero de 2009 (Rec. 1521/2005).

[48] STS (CA) de 2 de abril de 2008 (Rec. 4538/2003); y SSTSJ de Castilla y León (CA) de 14 de julio de 2009 (Rec. 1807/2006) y de Madrid (CA) de 1 de octubre de 2010 (Rec. 478/2010). Sin embargo, la STS (CA) de 17 de septiembre de 2008 (Rec. 4598/2005) señala lo siguiente: *«A la vista de las actuaciones la casación debe ser desestimada, pues este Tribunal comparte en esencia las consideraciones vertidas por la sentencia recurrida, en las particularidades en que se hace referencia a los términos claros y concluyentes de la convocatoria y sus bases. Y es así porque ya en la Orden de Convocatoria, del 22 de abril de 2003, constaba que la misma se hacía para el ingreso en el*

Administración de procedencia, si el trabajo a desarrollar por los empleados públicos que se pretenden seleccionar no difiere sustancialmente del prestado por los empleados de otras Administraciones Públicas y no existen circunstancias objetivas que justifiquen lo contrario[49]. En fin, diferenciar a los aspirantes en función de la

cuerpo general auxiliar de la Administración del Estado, en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal, en el ámbito del Ministerio de Justicia y sus Organismos Autónomos (base 1.1.). Y en la base 5.2.2. sobre valoración de méritos, se decía que la valoración de los servicios prestados como mérito en la fase de concurso únicamente se realizará si el aspirante tiene la condición de funcionario interino del grupo D del Ministerio de Justicia, o lo ha tenido en los últimos tres años anteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitud; servicios que deben acreditarse necesariamente mediante certificación expedida por la Oficialía mayor del Ministerio de Justicia. De ahí que deba considerarse correcta la solución a que llegó la Administración y confirmó la sentencia del Tribunal Superior, acerca de que en estricta aplicación de las bases de la prueba selectiva, no había por qué valorar los méritos de las recurrentes, derivadas de su actuación como oficiales o auxiliares interinos en diversos órganos jurisdiccionales, dado que esta situación no es incluible dentro del concepto «funcionario interino del Grupo D, en el Ministerio de Justicia», pues en la normativa del tiempo de los hechos era fundado entender que el personal que prestaba servicios en los Juzgados y Tribunales, como oficial o auxiliar interino, no lo era del Ministerio de Justicia, cualquiera que fuera el alcance de la dependencia económica o de gestión, pero no de dirección funcional de dicho personal respecto del Ministerio citado. Corroboran los dicho los términos claros de la convocatoria, estrictamente dirigidos a la consolidación de empleo temporal en el ámbito del Ministerio de Justicia y de sus Organismos Autónomos, que permite inferir que la mención que se hace de dicho Departamento Ministerial, lo es como parte de la Administración General del Estado, distinta de la Administración de Justicia en el restringido ámbito auxiliar en que actuaban las recurrentes, cuya actividad venía regulada por los arts. 454 sgs. LOPJ, en la redacción entonces vigente, y el RD 249/1996, de 16 de febrero, que reglamenta los Cuerpos funcionariales concernidos, siendo puramente supletoria la posible aplicación de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de la Función Pública».

[49] STJCE de 23 de febrero de 1994, C-419/92 (Asunto Scholz contra Universidad de Cagliari); STC 281/1993, de 27 de septiembre; SSTS (CA) de 31 de mayo de 2005 (Rec. 6002/2001), 8 de junio de 2005 (Rec. 2295/2002), 27 de junio de 2008 (Rec. 1566/2004), 11 de octubre de 2010 (Rec. 1992/2007), 20 de octubre de 2010 (Rec. 1996/2007) y 27 de junio de 2011 (Rec. 4305/2010); y SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 8 de febrero de 2003 (Rec. 248/1999) y 16 de marzo de 2006 (Rec. 1742/1999), y de Castilla y León (CA) de 30 de noviembre de 2007 (Rec. 2497/2003). En este sentido, se expresan también las SSTSJ de Andalucía (CA) de 8 de noviembre de 2002 (Rec. 201/2000) y 12 de marzo de 2004 (Rec. 1598/1999) en un supuesto en el que las bases de la convocatoria valoran la experiencia profesional, los cursos de formación, las titulaciones académicas, la superación de pruebas selectivas y la presentación de un trabajo memoria. En lo referente a la valoración de la experiencia profesional, se recoge en tres apartados. Se concede 0.4 puntos por mes completo de experiencia en puestos de trabajo adscritos a personal funcionario, incluidos en la Relación de Puestos de Trabajo correspondiente de la Administración General de la Junta de Andalucía, de contenido igual al de los que desempeñan los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta y siempre que se hayan adquirido en el mismo Grupo al que se aspira. Se valora la mitad, esto es, 0.2 puntos por mes cuando la experiencia ha sido adquirida en puestos adscritos a personal funcionario en cualquier Administración Pública, de contenido igual al de los que desempeñan los funcionarios de carrera, de los Cuerpos y especialidades a que se opta y siempre que se haya, adquirido en el mismo Grupo al que se aspira. Por último, se valora únicamente con 0.1 puntos por cada mes de experiencia distinta de la contemplada en los supuestos anteriores de contenido igual al de los que desempeñen los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta. La experiencia profesional representa el 45% de los méritos, no pudiéndose superar los 45 puntos y sólo se valoran como máximo 10 años de experiencia. Esto hace que únicamente puedan tener acceso a la máxima puntuación los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía al poder obtener 4.8 puntos por año haciendo un total de 48 en los 10 años, pudiendo obtener los máximos previstos. Mientras que aquellos que hubieran obtenido su experiencia profesional en otras Administraciones Públicas, únicamente podrían obtener una puntuación de 24 en los diez años valorables, situándose pues en una clara inferioridad, que resulta aún mayor si los méritos se valoran por el último apartado, dado que sólo se podrían obtener 12 puntos como máximo. Se deduce que se prima el haber sido funcionarios de la Junta de Andalucía frente a la misma experiencia (idénticos

Administración en la que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Administración Pública en la que se hubiera adquirido, no es un criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución Española del que el art. 23.2 del texto constitucional no es sino, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicas[50].

d) Los servicios prestados por los aspirantes en las Administraciones Públicas son valorables en los procesos de consolidación de empleo temporal con independencia del concreto régimen de prestación de servicios, ya sea funcionarial o laboral[51].

En cambio, la STS (CA) de 22 de octubre de 2014 (Rec. 3500/2013) señala que las exigencias de igualdad, mérito y capacidad que para el acceso a la función pública se contienen en los arts. 23.2 y 103.3 de la CE *«resultan incumplidas cuando se valora la experiencia en un puesto cuya obtención es resultado de un nombramiento totalmente libre y, por ello, encarna un mérito cuya adquisición no estuvo al alcance de todos los*

---

requisitos de semejanza se exigen) obtenida en otra Administración sin que exista fundamento lógico ni razonable que justifique el trato desigual a quien ha prestado sus servicios en la Junta de Andalucía frente a quien ha prestado idénticos servicios en otra Administración, dado que el trabajo a desarrollar por los funcionarios que se pretende seleccionar no difiere sustancialmente del prestado por los funcionarios de otras Administraciones. En cambio, la STSJ de Galicia (CA) de 18 de febrero de 2004 (Rec. 1388/2001) considera lógica y conforme al ordenamiento jurídico la mayor valoración de los prestados en esta Comunidad Autónoma, en cuanto que demuestran una mejor aptitud y conocimientos de la realidad propia de este país, lo cual resulta relevante para el ejercicio de las funciones propias de ingeniero técnico forestal en nuestra Comunidad Autónoma.

No obstante, según la STS (CA) de 13 de julio de 2004 (Rec. 6492/1999), aunque el sistema de valoración de méritos cuestionado prima de manera muy notable los servicios prestados en la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma frente a los que lo hayan sido en otras Administraciones o en otras partes del territorio nacional, concurren los tres requisitos que se exigen para que los procesos restringidos resulten conformes con los arts. 14 y 23.2 de la CE, a saber: a través de esta convocatoria pretende resolverse una situación singular que tiene su origen en la puesta en planta de la Administración sanitaria de Castilla y León; estos procesos selectivos se verifican «por una sola vez»; y, en fin, cuentan con cobertura legal.

[50] STC 281/1993, de 27 de septiembre.

[51] STSJ de Castilla y León (CA) de 7 de enero de 2016 (Rec. 1001/2014).

aspirantes»[52]. Y, por ello, los servicios prestados como personal eventual no se pueden valorar como mérito para el acceso a la función pública o para la promoción pública[53].

A tales efectos, se deben computar los períodos que tengan la consideración tanto de trabajo efectivo como de descanso computable como de trabajo (por ejemplo, los descansos semanales y festivos)[54]. También se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido en las situaciones asimilables al servicio activo [servicios especiales (art. 87.2 EBEP) y servicios en otras Administraciones Públicas (art. 88 EBEP)]. En cambio, no se tomará en consideración el tiempo transcurrido en excedencia o en suspensión de funciones. En particular, y por lo que se refiere a la excedencia por cuidados de hijos y otros familiares, hay que indicar que el art. 56 de la LOI establece que sin perjuicio de las mejoras que pudieran derivarse de acuerdos suscritos entre la Administración General del Estado o los organismos públicos vinculados o dependientes de ella con los representantes del personal al servicio de la Administración Pública, la normativa aplicable a los mismos establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad/paternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Pues bien, de conformidad con el art. 57 de esta disposición legal «*en las bases de los concursos para la provisión*

[52] En este sentido, la STSJ de Andalucía (CA) de 23 de febrero de 2012 (Rec. 607/2011) excluye del proceso de consolidación de empleo temporal en plazas de médicos de urgencias en atención primaria los servicios prestados como coordinador de equipos de atención primaria, por ser un puesto de libre designación. En cambio, la STSJ de Castilla y León (CA) de 14 de febrero de 2019 (Rec. 620/2017) se expresa en los siguientes términos: «*Es de señalar que las sentencias que cita la parte codemandada sobre la naturaleza de la comisión de servicios (STSJ Madrid 629/2016, de 16 de diciembre) y sobre las consecuencias de la experiencia obtenida ilícitamente (STS de 9 de diciembre de 2014, rec. 114/2011) no impiden la conclusión a la que se ha llegado porque, uno, ciertamente la comisión de servicios tiene las características que se especifican en la primera sentencia, pero ello no es óbice para que se pueda mantener que el que presta servicios en comisión de servicios en un puesto de trabajo adquiere la misma experiencia que el que los presta en virtud de otro título; y, dos, la segunda sentencia, se refiere a que no debe computarse la experiencia de quien ha prestado servicios en un puesto de trabajo para el que carecía de titulación, que no es el caso. Es cierto que una prolongación excesiva de las comisiones de servicio constituye una anomalía que genera disfunciones en el funcionamiento correcto de la Administración, pero en el supuesto enjuiciado ni se ha impugnado esa comisión de servicios ni se ha declarado ilegal, por lo que la recurrente tiene derecho a que se le valore la experiencia derivada de la prestación de servicios en un puesto de farmacéutico inspector*».

[53] Lo que lleva a plantear la posibilidad de restringir la valoración de los servicios prestados a aquellos desempeñados conforme a un proceso previo de selección que respetase los principios básicos de igualdad y publicidad, evitándose que de un reclutamiento en fraude de ley se deriven efectos que privilegien la posición irregularmente obtenida [FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Acceso al empleo público: igualdad e integridad», cit., pág. 23].

[54] STSJ de Castilla y León (CA) de 30 de junio de 2014 (Rec. 1269/2011).

de puestos de trabajo se computará, a los efectos de valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan permanecido en las situaciones a que se refiere el artículo anterior». Ahora bien, no será posible hacer una interpretación extensiva del término *«provisión de puestos de trabajo»* que pueda comprender los procesos selectivos para el ingreso como funcionario de carrera o personal laboral fijo, incluidos los procesos de promoción interna o de consolidación de empleo temporal, en los que rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad[55].

Cuando los aspirantes tengan o hubieran tenido la condición de contratados laborales, hay que computar como servicios prestados el tiempo correspondiente a la tramitación de un despido declarado improcedente[56], así como el que resulte de los contratos de puesta a disposición suscritos por las Administraciones con las empresas de trabajo temporal en cuanto acreditativos de los servicios efectivamente prestados para dichas Administraciones Públicas[57].

d) En fin, es una constante en la jurisprudencia considerar justificada una mayor puntuación en los servicios o experiencia en las Administraciones Públicas que en los

[55] Ni el EBEP ni la LO 3/2007 reconocen derecho alguno a que el tiempo transcurrido en situación de excedencia por cuidado de familiar sea computable a los interinos como servicios efectivamente prestados a fin de acceder a la función pública o a la condición de personal laboral fijo [SSTSJ de Extremadura (CA) de 28 de septiembre de 2012, de Castilla-La Mancha (CA) de 22 de abril de 2008, de Andalucía (CA) de 23 de septiembre de 2009, de Castilla y León (CA) de 12 de septiembre de 2013 (Rec. 766/2010), de Murcia (CA) de 10 de octubre de 2013 (Rec. 172/2009)], de Madrid (CA) de 27 de marzo de 2014 (Rec. 1431/2012) y de Asturias (CA) de 29 de diciembre de 2016 (Rec. 745/2015)]. En sentido contrario, la STSJ de Galicia (CA) de 23 de junio de 2010 (Rec. 456/2009), considera que el criterio de baremación del mérito «Experiencia Profesional» elaborado por la División de Recursos Humanos y Desarrollo Profesional del Sergas (los servicios prestados durante el período en que se disfrute de una reducción de jornada para el cuidado de familiares, serán valorados como servicios prestados en régimen de jornada completa), aceptado por el tribunal calificador, *«tiene una justificación objetiva y razonable que viene impuesta por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, cuyo artículo 5 proclama el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público»*.

[56] STS de 30 de octubre de 2007 (Rec. 1233/2003)

[57] STSJ de Galicia (CA) de 12 de noviembre de 2014 (Rec. 211/2014).

Por otra parte, según el Informe de la Abogacía del Estado sobre cuestiones relativas a los procesos selectivos de estabilización de empleo temporal, es indiferente que el trabajador haya ingresado en la plantilla del ente público que actúa como empresario cesionario como consecuencia de la declaración del despido como improcedente, o que no lo haya hecho por haber optado por pagar una indemnización por el despido, pues lo esencial en la apreciación del mérito es el trabajo efectivamente realizado para el ente público de que se trate en la situación de cesión ilegal, y este es anterior a tal ingreso o pago de la indemnización.

habidos fuera de las mismas, ya que existen diferencias absolutamente relevantes en el procedimiento de selección del personal laboral temporal pues en el sector privado queda en manos del empresario y no está vinculado por los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad[58].

III. Los procesos de estabilización de las plazas desempeñadas interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005

La DT 4ª del EBEP contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan efectuar convocatorias de consolidación de empleo temporal en los siguientes términos:

«1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.»

Según el párrafo séptimo del art. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, además de lo previsto en los párrafos anteriores, las Administraciones Públicas «*podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta del*

[58] Por todas, la STS (CA) de 5 de julio de 2019 (Rec. 173/2018).

texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público, estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, hayan venido estando ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal» y *«a estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria»*.

1. Los requisitos de los procesos de consolidación de empleo temporal

Los procesos de consolidación pueden aplicarse tanto al personal funcionario como al personal laboral temporal.

La aplicación de la DT 4ª del EBEP requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos –cuya prueba incumbe a la Administración Pública[59]–:

– En primer lugar, debe tratarse de una vía de consolidación de empleo temporal en *«puestos o plazas»* de *«carácter estructural».*

– En segundo lugar, los puestos o plazas ocupados por empleados temporales deben estar *«dotados presupuestariamente»*[60]. Ciertamente, conforme al art. 70 EBEP, la oferta de empleo público requiere la correspondiente asignación presupuestaria. Esto supone además que debe existir una vinculación entre la oferta anual de empleo y la correspondiente ley presupuestaria anual. Por tanto, ha de planificarse el proceso de consolidación para que la cobertura de vacantes no sobrepase los créditos presupuestarios para gasto de personal fijados en la Ley de Presupuestos[61].

– En tercer lugar, la interpretación, tanto literal como finalista de la norma, no deja lugar a dudas: se puede hacer una convocatoria especial o extraordinaria para cubrir las plazas de carácter estructural y dotadas presupuestariamente que estén ocupadas por personal interino o temporal con anterioridad a 1 de enero de 2005 y, obviamente, que sigan ocupadas por ese mismo personal interino o temporal en el

[59] STSJ de Madrid (CA) de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 1098/2016).

[60] En este sentido, la STSJ de Madrid (CA) de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 1098/2016) señala que *«tampoco ha acreditado dicha Corporación que la plaza de «Agente de Empleo y Desarrollo Local» estuviera presupuestada con anterioridad al 1 de Enero de 2005, pues de facto, se ha acreditado en el proceso que la contratación de la adjudicataria venía en numerosas ocasiones condicionada por la existencia de subvención de la Comunidad Autónoma, la cual no habría sido necesaria si hubiera estado dotada presupuestariamente»*.

[61] NAVARRO NIETO, F., «Los planes de estabilización del empleo temporalé », cit., pág. 89.

momento de dicha convocatoria especial[62]. El cumplimiento del doble requisito –ocupación de esa plaza con carácter temporal o interino con anterioridad a 1-1-2005 y «continuar» ocupando esa misma plaza y con ese mismo carácter en el momento de la convocatoria especial– solamente es posible si se trata de la misma persona: la persona que tiene derecho a que se le reserve el derecho a gozar, por una sola vez y respecto a esa plaza, del proceso selectivo extraordinario en cuestión[63].

2. El carácter potestativo de los procesos de consolidación de empleo temporal

De conformidad con la DT 4ª del EBEP, las Administraciones Públicas *«podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo»* temporal, lo que no deja lugar a dudas sobre el carácter potestativo o facultativo de esta medida[64]. Por consiguiente, la referida disposición contempla una mera facultad y no una obligación de las Administraciones de convocar los procesos de consolidación de empleo temporal en todo caso, y menos aún de cubrir todas las plazas ocupadas por interinos o temporales desde antes de 1 de enero de 2005, quedando a su propio criterio no sólo el acudir a este sistema, sino determinar que concretos puestos deberían cubrirse por el mismo[65]. Y, como corolario de todo ello, no corresponde a la justicia sino a las Administraciones decidir si hacen uso de la facultad conferida en la DT 4ª del EBEP, llevando a cabo convocatorias de procedimientos de estabilización de empleo temporal para el personal interino que se encuentre desempeñando puestos con anterioridad al 1 de

[62] STSJ de Galicia (Social) de 24 de septiembre de 2014 (Rec. 6078/2012).

[63] En este sentido, la STSJ de Madrid (CA) de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 1098/2017) afirma lo siguiente: *«En el presente supuesto, la Sala coincide con el Juez a quo en que no ha quedado probada la existencia de los dos descritos requisitos; prueba que incumbía desde luego a la Corporación apelante, dado el carácter extraordinario del proceso que nos ocupa; y ello porque si bien la plaza de Agente de Empleo y Desarrollo Local, en algunos años desde el 2001 fue ocupada temporalmente por la adjudicataria, es lo cierto que no lo ha sido de forma ininterrumpida porque en ocasiones fue contratada como «auxiliar administrativo» y en otras ocasiones en cualidad de «Agente de Empleo y Desarrollo Local» y en otros años como ambas cosas que no son desde luego lo mismo, según la certificación expedida por el Secretario consistorial y que consta en las actuaciones»*.

[64] NAVARRO NIETO, F., «Los planes de estabilización del empleo temporal...», *cit.*, pág. 76; y STSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 27 de febrero de 2017 (Rec. 180/2015).

[65] SSTSJ de Galicia (CA) de 11 de abril de 2012 (Rec. 136/2010) y 28 de marzo de 2018 (Rec. 376/2017), de Cataluña (CA) de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 189/2011) y de Castilla y León (CA) de 10 de junio de 2019 (Rec. 883/2017).

enero de 2005[66]. Y así, de dicha disposición no cabe extraer un derecho de tales interinos o temporales a que se convoque el correspondiente proceso de consolidación pues, como facultativo que es, la Administración podría optar por no convocarlo.

Sin embargo, las Administraciones no pueden mantener las relaciones de trabajo temporal sine die, sino que están obligadas a regularizar la situación de las plazas estructurales[67]. Y prueba de ello es que se establece la obligación de que la tasa de cobertura temporal de las plazas incursas en los procesos de estabilización se sitúe, en cada ámbito y al final de todo el período, por debajo del 8%. Ahora bien, las Administraciones Públicas gozan de amplias facultades de estructuración de los recursos humanos en el marco de las normas que regulan la selección, la carrera profesional y promoción interna, la movilidad y la distribución de funciones (art. 72 EBEP).

Pero vayamos por partes:

1.º Las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de empleo público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio (arts. 70.1 EBEP y 7 RGI). Fácilmente se advierte que las plazas vacantes que deben ser objeto de la Oferta de Empleo Público son las que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes. Por consiguiente, los procedimientos de provisión de las vacantes deben preceder a la formulación de la Oferta de Empleo Público, pues sólo de esta manera se asegura el mejor aprovechamiento de los efectivos existentes y, a resultas de aquéllos, se obtendrán las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas y que conforman las vacantes que integrarán la Oferta de Empleo Público[68]. De esta forma, las convocatorias de concursos específicos para la provisión

[66] STSJ de Madrid (CA) de 2 de julio de 2018 (Rec. 716/2016) y 7 de febrero de 2019 (Rec. 1744/2018).

[67] COMELLAS BATET, E., «La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en el dimensionamiento de las plantillas locales», cit., pág. 14-15.

[68] STS (CA) de 12 de marzo de 2001 (Rec. 8244/1996); y ARROYO YANES, L.M., *El acceso al empleo público y la adquisición de la condición funcionarial: nuevas perspectivas para su regulación*, Atelier, Barcelona, 2015, pág. 54.

de puestos de trabajo o de concursos de traslados podrían comprender las plazas ocupadas por los interinos o temporales con anterioridad al 1 de enero de 2005[69]. Ciertamente, estos no tienen un derecho preferente a ocupar las plazas que vienen desempeñando, pues ello determinaría hacerlos de mejor condición que quienes han superado un proceso de selección ordinario para acceder al cuerpo, escala, categoría o grupo profesional de que se trate.

Sin embargo, si la Administración decide cubrir las plazas ocupadas por los interinos o temporales a través de los mecanismos ordinarios de provisión y luego necesita cubrir las plazas liberadas por los empleados públicos que superen los concursos, se verá limitada por la tasa de reposición de efectivos. Por ello, en el actual contexto de escasez de recursos humanos en las Administraciones Públicas, como consecuencia de las limitaciones presupuestarias padecidas durante la última década, lo razonable es aprovechar la tasa de consolidación de empleo temporal en toda su extensión. Y así, los procesos de consolidación de empleo temporal aparecen impulsados por el interés público en la adecuada organización para la prestación del servicio, en la medida en que no afectan, ni directa ni indirectamente, a la tasa de reposición de efectivos.

A mayor abundamiento, como subraya la SAN (CA) de 5 de junio de 2013 (Rec. 26/2013), no existe disposición alguna en la normativa aplicable que imponga a las Administraciones Públicas la obligación de convocar concurso de traslado con carácter previo a la convocatoria de un proceso selectivo de consolidación de empleo temporal, ni lo impone la movilidad de los funcionarios. En efecto, la carrera profesional de estos se articula mediante la convocatoria de los correspondientes concursos de traslados, que son independientes de los procesos selectivos, y que pueden ser convocados antes, simultáneamente o con posterioridad a éstos, en el marco de la competencia de autoorganización de la Administración Pública (art. 72 EBEP), sin que ninguno de estos mecanismos sea prioritario o deba utilizarse con carácter previo a los otros[70]. Ahora

[69] STSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 27 de febrero de 2017 (Rec. 180/2015).

[70] SAN (CA) de 18 de julio 2012.

bien, la existencia de una pluralidad de vacantes *«no libera a la Administración de justificar su respuesta, y es lógico pues lo contrario vedaría todo tipo de control para puestos como el de autos»*[71].

2.º Las Leyes de Función Pública de varias Comunidades Autónomas prevén una reserva mínima de las plazas que figuren en la oferta de empleo público para la promoción interna de los funcionarios públicos[72], lo que plantea el siguiente problema: ¿son aplicables únicamente en los procesos ordinarios o también en los procesos de consolidación de empleo temporal?

En principio, cabría entender que la obligación de reservar un mínimo de las vacantes ofertadas para cubrir por el turno de promoción interna se extiende sólo a las convocatorias de los procesos ordinarios y no a las de los procesos extraordinarios de consolidación de empleo temporal al amparo de la DT 4ª del EBEP. Ciertamente, la referida disposición transitoria arbitra un nuevo mecanismo de cobertura mediante un procedimiento de consolidación de empleo temporal al que se pueden acoger las plazas que cumplan los requisitos en ellas referenciados y tal mecanismo comporta un procedimiento de selección, por la propia referencia que se hace en la norma al art. 61 del EBEP[73]. Por lo tanto, tales plazas pueden quedar comprometidas *«a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal»* (art. 70 EBEP). Si no aceptáramos esta interpretación, las reglas contenidas en la DT 4ª del EBEP y en el último párrafo del art. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 quedarían sin contenido. En fin, estas consideraciones no pueden verse desvirtuadas por el hecho de que los arts. 19.Uno.4 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.7 de la Ley 6/2018 establezcan que no computan dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de

[71] SAN (CA) de 19 de enero de 2005 (Rec. 244/2004).

[72] Por todos, ROQUETA BUJ, R., *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

[73] Cfr. la SAN (CA) de 5 de junio de 2013 (Rec. 26/2013).

promoción interna, ya que la cobertura de las plazas liberadas por los empleados públicos que promocionen sí se verá afectada por la tasa de reposición de efectivos.

A mayor abundamiento, es doctrina reiterada la de que el porcentaje de reserva para promoción interna ha de respetarse en el conjunto de convocatorias y no en cada una de ellas tomadas aisladamente[74]. Además, los porcentajes señalados no se refieren a cada colectivo sino al total de plazas objeto de la oferta de empleo público. De este modo, la distribución de plazas con derecho a la promoción interna entre los diferentes Cuerpos y Escalas entra de lleno en la potestad autoorganizativa de las Administraciones Publicas sin que pueda definirse el derecho a la promoción interna como algo absoluto y reglado que no pueda modularse por las necesidades de los servicios y la eficacia de la organización administrativa[75]. Con todo, tampoco basta con cubrir el porcentaje de reserva de la promoción interna con relación al conjunto de plazas objeto de la oferta de empleo público, sino que se han de explicar las razones organizativas que justifican la diferencia por la que unos funcionarios tienen o no derecho a la promoción interna según el colectivo al que pertenezcan con la consecuencia de que han de ir al turno libre para conseguir un puesto de mayor competencia y responsabilidad sin las ventajas de la promoción interna; razones organizativas tales como un exceso de funcionarios en los cuerpos favorecidos por la promoción interna y la necesidad de reducir la plantilla de ese colectivo o la puesta en marcha de un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal en los términos previstos en la DT 4ª del EBEP.

3.º Las reglas convencionales que establecen el orden y prelación de los sistemas de cobertura de las vacantes del personal laboral podrían limitar el margen de maniobra de las Administraciones Publicas a la hora de ofertar las plazas por el turno de consolidación de empleo temporal[76]. En este sentido, la STSJ de Galicia (CA) de 12

[74] Cfr. la STSJ de Cantabria (CA) de 9 de diciembre de 2002 (Rec. 997/2000).

[75] Cfr. STSJ de las Islas Canarias (CA) de 9 de septiembre de 2016 (Rec. 90/2015).

[76] En cuanto al orden y prelación de los sistemas de cobertura de las vacantes del personal laboral previstos en las normas convencionales véase, por todos, ROQUETA BUJ, R., *El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

de junio de 2019 (Rec. 56/2018) considera que el art. 9.1 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia fija una obligación clara y precisa que anuda a cada convocatoria la carga de reservar para la promoción interna la mitad de las plazas laborales y tal obligación se extienda a «las convocatorias de acceso» no haciendo distinción según el acceso sea a través de procesos ordinarios o de procesos extraordinarios de consolidación de empleo temporal.

Sin embargo, la negociación colectiva, al articular estos procesos selectivos extraordinarios con el resto de instrumentos de estructuración de los recursos humanos, podrá sortear el orden y prelación de los sistemas de cobertura de las vacantes del personal laboral previstos en las normas convencionales. Ahora bien, dicha negociación colectiva debe llevarse a cabo por las comisiones negociadoras de los convenios colectivos y no por las comisiones paritarias, pues, de otro modo, se corre el riesgo de que en sede judicial se decrete la nulidad de los acuerdos de la comisión paritaria por vulnerar el convenio colectivo[77].

5.º Por último, se plantea la cuestión de si estas plazas pueden ofertarse en procesos selectivos ordinarios o si, por el contrario, deben ser objeto de un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal previsto en la DT 4ª del EBEP. Pues bien, la STSJ de Galicia (CA) (CA) de 18 de abril de 2012 (Rec. 1229/2008), en un supuesto en el que se impugna la convocatoria de 15 plazas para el turno de oposición libre por entender que las mismas se corresponden con plazas que debían ser objeto

[77] En este sentido, se puede traer a colación la STSJ de Madrid (CA) de 12 de julio de 2011 (Rec. 3425/2008) a propósito de un supuesto en el que *«los acuerdos de la Comisión Paritaria recogidas en los apartados 1º y 2º antes expuesto, contradicen y vulnera el contenido de los arts. 24 y 44.2 del II Convenio Colectivo, en lo que al sistema de provisión de vacantes se refiere que será por orden de prelación el concurso de traslado, el concurso-oposición de promoción interna y el concurso-oposición libre, así como el criterio de adjudicación de la puntuación establecido en el art. 44.2 en el que se dispone que para la fase de méritos será de un 30% y para la fase de oposición será de un 70%»*. Pues bien, a juicio de la referida resolución judicial *«no corresponde a esta jurisdicción contencioso-administrativa decidir y resolver sobre la conformidad a derecho y eficacia jurídica del acta de la comisión paritaria de 14 de noviembre de 2007, pese a la claridad de los términos en que se expresa el art. 8.3 a) del II Convenio Colectivo, en relación a las facultades de dicha Comisión Paritaria, pero si debe decidir este tribunal acerca de la conformidad a derecho de la resolución del Rectorado de la Universidad Autónoma de Madrid de 28 de marzo de 2008, objeto de este proceso y en este sentido debe concluirse que dichas Bases han vulnerado sin justificación lo dispuesto en los arts. 24 y 44.2 del ii convenio colectivo, sin que la disposición transitoria cuarta de la ley 7/2007 contenga términos de autorización en ningún sentido que justifique tales infracciones»*. Cfr. la STS (Social) de 20 de marzo de 2012 (Rec. 71/2010).

del proceso de consolidación de empleo temporal, viene a decir que sólo una interpretación sesgada e interesada de la DT 4ª del EBEP puede sostener tales pretensiones[78]. En efecto, de ajustarse la convocatoria a lo interesado por el recurrente, esto es, a que el número de plazas ofertadas coincida con el número de puestos cubiertos por interinos, previa la determinación de éstos y que las pruebas de selección se acomoden a las funciones que los mismos vienen desarrollando, equivaldría, por una parte, acaparar la totalidad de la oferta –no en vano se interesa la anulación de las plazas del concurso libre por entender que debían ser de consolidación– y, por otra, a preterir los principios que deben regir el concurso con pruebas específicas para cada puesto y ninguna de las dos consecuencias resulta aceptable[79].

Más, aun siendo cierto que la DT 4ª del EBEP contempla una mera potestad o facultad de la Administración sin que ello suponga una obligación de acudir a estos procesos excepcionales en todo caso, para cubrir todas las plazas ocupadas temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005, quedando a su propio criterio no sólo el acudir a este sistema, sino el determinar que concretos puestos deberían cubrirse por el mismo, lo cierto es que si opta por una convocatoria libre en la que los candidatos accedan en condiciones de igualdad y con las mismas expectativas de puntuación en la fase de concurso por lo que se refiere a la experiencia, en tal caso las plazas si consumirán la tasa de reposición. En cambio, si las plazas ocupadas por interinos o temporales anteriores al 1 de enero de 2005 se ofertan en un proceso de estabilización de empleo temporal ex DT 4ª del EBEP no consumen tasa de reposición, más en tal caso *«a estas convocatorias les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria»*, por así disponerlo taxativamente el art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

En definitiva, a mi modo de ver, las plazas afectas a los procedimientos de consolidación de empleo temporal previstos en la DT 4ª del EBEP no deben ser

[78] En el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña (CA) de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 189/2011) y de Galicia (CA) de 18 de septiembre de 2013 (Rec. 219/2013).

[79] En el mismo sentido, las SSTSJ de Cataluña (CA) de 28 de septiembre de 2012 (Rec. 189/2011) y de Galicia (CA) de 18 de septiembre de 2013 (Rec. 219/2013) y 28 de marzo de 2018 (Rec. 376/2017).

incluidas en los Anexos de las Ofertas de Empleo Público referidos a pruebas selectivas comunes y ordinarias[80].

3. El procedimiento de los procesos de consolidación de empleo temporal

La facultad de efectuar convocatorias de consolidación de empleo temporal corresponde a las Administraciones Públicas que tienen la competencia genérica para la convocatoria de los procesos de selección de funcionarios o de personal laboral fijo[81].

En términos formales la concreción de manera objetiva de la necesidad estructural debe seguir los mismos pasos que las reglas generales para la contratación de nuevo personal laboral fijo. Es decir, la correspondiente dotación presupuestaria de las vacantes, la inclusión de las mismas en la oportuna relación de puestos de trabajo y, finalmente, su reflejo en la oferta anual de empleo público. Se puede decir que estos aspectos previos a los procesos de selección son los que permiten cuantificar las necesidades de personal fijo conforme a los principios constitucionales orientadores de la actividad de la Administración Pública, los de objetividad y eficacia del art. 103.1 de la CE.

El objeto del proceso de consolidación por tanto debe comprender[82]:

1.º La modificación y aprobación de la relación de puestos de trabajo. En principio, este trámite ha de ser previo a la aprobación de la oferta de empleo público. Sin embargo, tratándose de un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal, es el propio legislador el que habilita la convocatoria y señala las plazas, que no necesariamente los puestos, que han de cubrirse por el procedimiento extraordinario por lo que huelga exigir la previa aprobación de la relación de puestos de trabajo cuando las plazas ya existían y, en cualquier caso, el proceso debe concretarse

[80] Cfr. las SSTS (CA) de 26 de abril de 2010 (Rec. 6359/2006), 16 de septiembre de 2010 (Rec. 1075/2007), 11 de julio de 2011 (Rec. 1634/2009) y 20 de febrero de 2012 (Rec. 1931/2009).

[81] STS (CA) de 22 de enero de 2014 (Rec. 3578/2012).

[82] NAVARRO NIETO, F., «Los planes de estabilización del empleo temporal...», *cit.*, págs. 90-91.

en las plazas que estuvieran cubiertas, interina o temporalmente, con anterioridad al 1 de enero de 2005[83]. Por lo demás, como indica la STSJ de Andalucía (CA) de 7 de octubre de 2013 (Rec. 445/2012), como paso previo al proceso de funcionarización en virtud de la DT 2.ª del EBEP resulta legalmente posible la consolidación del empleo temporal al amparo de la DT 4ª del mismo texto legal, sin que las referidas disposiciones transitorias impongan la amortización inmediata de la plaza laboral para la creación de la plaza funcionarial.

2.º La modificación y aprobación de la plantilla de personal.

3.º La elaboración y aprobación de la oferta de empleo público. Esta constituye el documento mediante el cual cada Administración Pública hace pública la relación de plazas vacantes. En este sentido, el art. 70.1 del EBEP determina que «*las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos*». Por lo tanto, lo que se incluye en dicho documento son plazas, no puestos de trabajo identificados por sus códigos con arreglo a la relación de puestos de trabajo[84].

4.º La aprobación de las bases para la selección del personal laboral y convocatoria de los procesos selectivos.

Paralelamente el proceso de consolidación debe venir acompañado del correspondiente acuerdo en la mesa de negociación. Ya hemos indicado que estamos ante una materia que puede ser objeto de negociación colectiva.

---

[83] STSJ de Galicia (CA) de 21 de marzo de 2012 (Rec. 129/2010). Cfr. la STSJ de Galicia (CA) de 28 de marzo de 2018 (Rec. 376/2017).

[84] SSTSJ de Galicia (CA) de 21 de marzo de 2012 (Rec. 129/2010), 11 de abril de 2012 (Rec. 136/2010) y 18 de septiembre de 2013 (Rec. 219/2013).

4. Los procesos de selección

La DT 4ª del EBEP establece las siguientes previsiones en relación con los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal:

«2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto.»

Por su parte, el párrafo séptimo del art. 19.Uno.6 de la LPGE para el año 2017 insiste en que a las convocatorias de estabilización de empleo temporal ex DT 4ª del EBEP *«les será de aplicación lo previsto en el apartado tercero de la citada disposición transitoria»*.

A la luz de tales previsiones, se pueden señalar las siguientes consideraciones:

1.ª La consolidación de empleo temporal no opera de forma automática, sino que es preciso superar el correspondiente procedimiento selectivo[85], ni exonera a los

[85] STC 302/1993, de 21 de octubre; y SSTSJ del País Vasco (CA) de 16 de maro de 2011 (Rec. 573/2010), de Galicia (CA) de 7 de marzo de 2012 (Rec. 119/2010), de Asturias (CA) de 8 de enero de 2013 (Rec. 1476/2010), de Madrid (CA) de 30 de noviembre de 2017 (Rec. 1188/2016) y de Cataluña (CA) de 14 de mayo de 2019 (Rec. 520/2017). A este respecto, hay que traer a colación la doctrina jurisprudencial dictada a propósito de un convenio colectivo por el que se establecía que todo el personal que tuviera una sentencia que declarara indefinida su relación laboral con efectos anteriores al 07/10/96, tendría la consideración de personal fijo, quedando excluido de los procesos de consolidación de empleo temporal. Pues bien, tal y como resalta la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 14 de diciembre de 2009 (Recud. 1654/2009), *«es evidente que si se otorga la condición de fijo por el mero hecho de haber sido contratado temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida, a partir de octubre de 1996, la condición de trabajador indefinido se están vulnerando las normas y los principios de referencia, pues las puestos de trabajo afectados se habrán cubierto sin respetar la igualdad de acceso de todos los ciudadanos y sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad»*. En el mismo sentido, las SSTS de 4 de febrero de 2010 (Recud. 1857/2009), 10 de febrero de 2010 (Recud. 1954/2009) y 10 de marzo de 2010 (Recud. 2305/2009). Véanse también las SSTSJ de Galicia (CA) de 7 de marzo de 2012 (Rec. 119/2010) y de Asturias (CA) de 8 de enero de 2013

funcionarios interinos o contratados temporales del cumplimiento de los requisitos que con carácter general exigen los arts. 56 y 57 del EBEP para participar en los procesos selectivos (verbigracia, la titulación o el perfil lingüístico exigidos)[86].

2.ª Los procesos selectivos *«se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto»* (apartado 3), esto es, tendrán carácter abierto[87] y garantizarán la libre concurrencia con una valoración de los méritos de los aspirantes proporcionada que no determine, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

3.ª Se impone el sistema de concurso-oposición, por lo que la valoración de los méritos sólo procederá respecto de aquellos aspirantes que superen la prueba de

---

(Rec. 1476/2010) que vienen a subrayar que el carácter indefinido de la relación laboral no provoca que el trabajador consolide una condición de fijeza en la plantilla sin superar los procesos de selección convocados para la provisión regular del puesto del trabajo, en los supuestos de autos los procesos de consolidación de empleo temporal convocados al amparo de la DT 4ª del EBEP.

Por lo demás, como subraya el Voto particular del Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete a la STS de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 185/2011), la aplicación de lo dispuesto en el art. 21 del III Convenio Colectivo de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía se convierte en una vía para eludir el derecho a acceder al empleo público laboral en condiciones de igualdad y de acuerdo con criterios de mérito, capacidad y publicidad. Ciertamente, la obtención de un contrato indefinido en una entidad pública por la mera permanencia en una contratación temporal durante un determinado periodo de tiempo contradice la norma legal que establece que la selección del personal debe ajustarse, aunque se trate de entidades públicas empresariales, a los principios de igualdad, mérito y capacidad. A mayor abundamiento, una norma convencional como la controvertida es contraria también al principio de igualdad, al establecer un trato privilegiado a favor de los que han obtenido una contratación temporal frente a quienes aspiran a poder obtener un empleo público en las condiciones que establecen la Constitución y las leyes. Sin embargo, hay que advertir al lector que la sentencia pasa de puntillas sobre esta cuestión y se limita a señalar que la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones sino ante una modificación de la naturaleza del contrato de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa.

[86] SSAN (CA) de 11 de diciembre de 2012 (Rec. 20/2012), 14 de febrero de 2013 (Rec. 27/2012), 19 de abril de 2013 (Rec. 8/2013) y 12 de junio de 2013 (Rec. 15/2013); y STSJ del País Vasco (CA) de 16 de maro de 2011 (Rec. 573/2010).

[87] SSTSJ de Galicia (CA) de 18 de abril de 2012 (Rec. 1229/2008) y 27 de junio de 2012 (Rec. 1046/2010). No obstante, la exigencia de no tener la condición de personal funcionario, laboral o estatutario fijo en el cuerpo, escala o categoría objeto de la convocatoria carece de toda relevancia desde la perspectiva del art. 23.2 de la CE en su concreta dimensión de acceso a la función pública, por cuanto, en principio, resulta plenamente congruente con el propio sistema de provisión de vacantes que quienes ya son titulares en propiedad de una plaza de la categoría y especialidad convocadas no puedan concurrir a un proceso selectivo dirigido a cubrir plazas de la misma condición que aquellas cuya titularidad ya ostentan. En este sentido, se expresan las SSTSJ de Andalucía (CA) de 12 de mayo de 2011 (Rec. 782/2010 y 784/2010) y 7 de octubre de 2013 (Rec. 943/2010).

capacidad y conocimientos que significa la oposición[88]. Ciertamente, como subraya la STS (CA) de 18 de mayo de 2016 (Rec. 1063/2015), estos procesos *«no pueden eximir de la exigencia constitucional de garantizar de manera efectiva, mediante pruebas que sean calificadas con criterios cualitativos, la capacidad imprescindible para el acceso a la función pública»* y su ventaja en lo que consiste *«es en limitar, en el titular de un empleo temporal, los efectos de la libre concurrencia que rija en el proceso selectivo mediante una ponderación de su experiencia profesional que, a igual capacidad demostrada en conocimientos teóricos y prácticos, permita darle prioridad en el acceso frente a otros aspirantes que carezcan de esa experiencia o la posean en menor medida»*[89]. Además, la DT 4ª del EBEP opta porque el desarrollo del concurso-oposición comience por la oposición y siga, con quienes la superen, con el concurso.

4.ª Los procesos selectivos *«garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»* (apartado 2). El contenido de las pruebas *«guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria»* y *«en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros*

[88] SSTSJ de Galicia (CA) de 18 de abril de 2012 (Rec. 1229/2008) y 27 de junio de 2012 (Rec. 1046/2010), de Madrid (CA) de 30 de noviembre de 2017 (Rec. 1188/2016) y de Murcia (CA) de 28 de noviembre de 2018 (Rec. 346/2017); y SJCA núm. 1 de Albacete de 12 de enero de 2017 (Rec. 22/2016). Por lo demás, la STSJ de Murcia (CA) de 28 de noviembre de 2018 (Rec. 346/2017) señala lo siguiente: *«a la Administración regional no le debió parecer suficiente «ventaja» para los interinos por lo que añadió otra más, como es la de bajar el listón del aprobado en la fase de oposición de tal manera que aprobar el ejercicio único fuera lo más sencillo posible con el fin de que los aspirantes empleados públicos temporales pudieran pasar con soltura a la fase siguiente, la del concurso, ya que en esta segunda fase tendrían absolutamente toda la ventaja frente a los aspirantes sin servicios o con escasos servicios en la administración. para ello se decidió que, para superar la oposición, el ejercicio único tipo test, bastase la obtención del 33'33% de aciertos netos, que trasladado a la puntuación habitual en base 10 (en la que el aprobado esté en el típico 5) equivale a sacar una nota 3'3. Sin embargo, dicha decisión convierte este procedimiento selectivo, de facto, en un procedimiento restringido solo para aspirantes que cuenten con experiencia previa en la Administración. Y los procedimientos selectivos restringidos están proscritos por vulnerar el art. 23.2 CE en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 151/1992). El problema, pues, es que un procedimiento selectivo ya de por sí diseñado para favorecer a quienes son o han sido funcionarios interinos por la vía de que el único mérito valorable sea la experiencia funcionarial, se lleva hasta el extremo de añadir una nueva ventaja, totalmente desproporcionada y no razonable, como es que en la única fase selectiva que es objetiva, absolutamente igual para todos los participantes (la fase de oposición) y en la que se mide estrictamente su capacidad, queda totalmente desvirtuada al rebajar el listón del aprobado de forma exagerada de tal manera que el aprobado se pudo obtener acreditando solamente un tercio de los conocimientos sobre los que se preguntaba, un tercio de aciertos netos. Ello permitió que un número elevado de aspirantes, que contaban con tiempo de servicios como funcionarios, obteniendo apenas un dos en el ejercicio único (33'33% de aciertos), luego en la fase de concurso superaran fácilmente a otros aspirantes a base de tiempo de antigüedad como funcionario o tiempo de servicios en puestos de trabajo de funcionarios».*

[89] En el mismo sentido, la STSJ de Extremadura (CA) de 15 de julio de 2019 (Rec. 294/2018).

méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria» (apartado 3). Los procesos selectivos *«se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto»* (apartado 3). Y así, las pruebas en que se concreta la fase de oposición y la experiencia profesional a valorar en estos procesos selectivos no tienen como fuente reguladora de primer grado a la normativa aplicable con carácter general sino a las normas reseñadas[90].

De esta forma, los funcionarios interinos y contratados temporales dispondrán de las siguientes ventajas[91]:

a) En la fase de oposición, obligatoria y común para todos los aspirantes, el contenido de las pruebas *«guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria».* Esto es, dicho contenido ha de guardar relación con los procedimientos, tareas y funciones *«habituales»* de los cuerpos, escalas, categorías o grupos profesionales objeto de la convocatoria, que no de los concretos puestos de trabajo desempeñados por los funcionarios interinos o contratados temporales. En sentido se expresa la STSJ de Galicia (CA) de 18 de abril de 2012 (Rec. 1229/2008) al señalar que *«la pretensión de que las pruebas del proceso habrían de ajustarse a las funciones que viene realizando el recurrente, limitadas a la instrucción de expedientes en materia de sanidad animal y vegetal, llegando incluso, en fase de conclusiones a pretender la anulación parcial de los ejercicios que no se ajustaron a las mismas, tampoco puede tener favorable acogida porque implicaría crear una convocatoria ajustada al perfil personal y profesional del recurrente»*. Por lo demás, las pruebas no tienen por qué desarrollarse con arreglo al Reglamento municipal, ya que nos encontramos ante un proceso extraordinario de consolidación de empleo temporal

[90] STSJ de Castilla y León (CA) de 13 de julio de 2009 (Rec. 567/2006).

[91] Este régimen privilegiado resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los trabajadores temporales que con posterioridad al 1 de enero de 2005 hubieran alcanzado la condición de «indefinidos no fijos» en virtud de una resolución judicial. Cfr. las SSTSJ del País Vasco (CA) de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 410/2012) y de Asturias (CA) de 25 de febrero de 2019 (Rec. 156/2018).

que se rige por la previsión contenida en la DT 4ª del EBEP, así como por las bases de la convocatoria publicadas en desarrollo de dicha disposición transitoria[92].

b) En la fase de concurso «*podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria*» (apartado 3). De acuerdo con esta previsión, que ha de interpretarse a la luz de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 61.2 del EBEP y teniendo en cuenta cuál es la finalidad que persiguen estos procedimientos selectivos de consolidación del empleo temporal, se puede otorgar una diferente puntuación a la experiencia profesional en el cuerpo, escala, categoría o grupo profesional objeto de la convocatoria según los servicios se hayan prestado en la Administración convocante o en el resto de Administraciones Públicas, pero siempre de manera proporcional[93] y sin

[92] SSTSJ de Andalucía (CA) de 14 de septiembre de 2015 (Rec. 381/2012), 21 de septiembre de 2015 (Rec. 291/2014) y 21 de septiembre de 2015 (Rec. 314/2014).

Ahora bien, la DT 4ª del EBEP no excluye la aplicación del RD 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local. De este modo, la diferencia radicará en la aplicación que se lleve a cabo de la norma general adaptándola a los objetivos de la especialidad del proceso de consolidación. Por ejemplo, en el diseño y ejecución de las pruebas, se podría reducir el peso del temario general respecto el de otras convocatorias y favorecer que aquel recaiga sobre el temario específico, y realizar pruebas prácticas más ajustadas a las funciones de los puestos de trabajo que se convoquen [COMELLAS BATET, E., «La incidencia de la Ley de Presupuestos Generales del Estado en el dimensionamiento de las plantillas locales», cit., pág. 22].

[93] SSTSJ de Aragón (CA) de 15 de julio de 2009 (Rec. 242/2007) y de Madrid (CA) de 20 de diciembre de 2917 (Rec. 214/2017); SJCA núm. 12 de Sevilla de 27 de noviembre de 2009 (Rec. 366/2009); y SJCA núm. 1 de Albacete de 21 de enero de 2017 (Rec. 22/2016). En sentido contrario, se expresa la STSJ de Andalucía (CA) de 22 de diciembre de 2014 (Rec. 1349/2011). Por lo demás, la STSJ de Madrid (CA) de 30 de noviembre de 2017 (Rec. 1188/2016) subraya lo siguiente: *«La Sala entiende que las resoluciones del Ayuntamiento que constituyen el objeto del presente recurso, pugnan con los más elementales criterios de la lógica humana, ya que al tratarse de la misma plaza, quien estando en posesión del título de Ingeniero Industrial Superior, y ha desempeñado temporalmente con anterioridad al 1 de Enero de 2005 una plaza que la pueden ocupar indistintamente Ingenieros Superiores e Ingenieros técnicos ha ejercido las funciones inherentes a la misma, tiene derecho a que se le computen como méritos los años de servicio en la plaza de ingeniero Industrial del Ayuntamiento de Madrid, pese a que su contrato fuera de ingeniero técnico (imaginamos que por razones presupuestarias), al tratarse como ya hemos dicho de la misma plaza y mismas funciones siendo totalmente contradictorio contratar para las referidas funciones con la categoría A2 y posteriormente convocar la plaza en un proceso de consolidación de empleo con categoría A1. Esta contradicción que carece de cualquier tipo de motivación o fundamento legal, no puede en absoluto perjudicar al recurrente y que no se le valoren en la fase de concurso sus años ocupando la plaza ofertada, que es precisamente la finalidad de un proceso extraordinario de consolidación de empleo»*.

Según FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Acceso al empleo público: igualdad e integridad», cit., pág. 23, se permite una doble valoración, esto es, de los servicios prestados en las Administraciones Públicas y de *«la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria»*. Según NAVARRO NIETO, F., «Los planes de estabilización del empleo temporalé », cit., pág. 94, la ventaja para los empleados temporales se refuerza en la DT 4ª del ET porque se privilegia específicamente la antigüedad en la Administración convocante y porque la experiencia que se valora especialmente es la acumulada en el concreto puesto objeto de cobertura. Finalmente, COMELLAS BATET, E., «La incidencia de la Ley de

que, en ningún caso, pueda determinar el resultado del proceso[94]. De esta manera, las Administraciones Públicas tienen más discrecionalidad a la hora de ponderar la experiencia profesional en los procesos de consolidación de empleo temporal ex DT 4ª del EBEP. Lo que puede dar lugar a situaciones en las que se favorezca a los interinos más antiguos o, por el contrario, a los modernos. Pues bien, en este último supuesto aquellos pueden entender que se vulnera el principio de igualdad, mérito y capacidad consagrado en los arts. 14 y 23 de la Constitución Española, pero para que los tribunales puedan apreciar dicha vulneración se requiere la aportación de un término idéntico de comparación, que el trato desigual no esté fundado en razones objetivas que lo justifiquen y que el juicio comparativo se desarrolle en el marco de la legalidad, ya que no cabe invocar el principio de igualdad en la ilegalidad, sin que pueda servir para perpetuar situaciones contrarias a lo previsto en el ordenamiento jurídico[95].

Ahora bien, la DT 4ª del EBEP no autoriza a circunscribir la experiencia profesional valorable a la acreditada en la Administración convocante, ya que se deben considerar los servicios prestados en cualesquiera Administraciones Públicas, aunque sea con menor puntuación[96]. Tampoco permite diferenciar la experiencia en el mismo cuerpo, escala o categoría profesional en el seno de la propia Administración

---

Presupuestos Generales del Estado en el dimensionamiento de las plantillas locales», cit., pág. 24, admite la posibilidad de no valorar la experiencia en el sector privado, lo que se justifica por la misma excepcionalidad del objetivo de estos procesos.

[94] En este sentido, la SJCA núm. 12 de Sevilla de 27 de noviembre de 2009 (Rec. 366/2009) no estima lesionado el derecho de acceso a la función pública por mérito y capacidad habida cuenta de que la convocatoria contempla una fase de oposición, valorada en 25 puntos y otra de concurso, valorada en 20. De estos 20, la valoración del trabajo desarrollado sólo se valora con un máximo de 10 puntos, y no sólo se valora el trabajo desarrollado en idéntico puesto para el Ayuntamiento demandado, sino también, aunque con mucha menor puntuación, el prestado para otras Administraciones Públicas o la empresa privada. Los otros 8 puntos de méritos pueden obtenerse por personas ajenas a cualquier Administraciones Públicas, ya que se valoran todos los impartidos u homologados por Instituciones oficiales y no sólo cursos que no están al alcance de personas no incorporadas de alguna forma a las Administraciones Públicas e igual sucede con los otros dos puntos por docencia, otros títulos, etc. Por su parte, la SJCA núm. 1 de Albacete de 12 de enero de 2017 (Rec. 22/2016) señala que si atendemos a los resultados vemos que la incidencia del concurso ronda desde el 17 % de la nota final al 30%, por lo que no se demuestra que los recurrentes no hubieran podido superar las pruebas, que no obstante como se ha afirmado en cuestión de consolidación de empleo la administración tiene más discrecionalidad para señalar requisitos de antigüedad en los concursos a fin de consolidar a los interinos que ya se encuentra dentro de esa misma administración.

[95] STSJ de Murcia (CA) de 13 de diciembre de 2018 (Rec. 298/2017).

[96] SJCA núm. 34 de Madrid de 31 de julio de 2018 (Rec. 397/2017) y SJCA núm. 20 de Madrid de 5 de septiembre de 2018 (Rec. 252/2018).

convocante[97] ni prescindir de los servicios que con el mismo o similar contenido hayan sido desempeñados antes de la convocatoria o bajo regímenes jurídicos distintos del funcionarial o, en su caso, del laboral en la propia entidad convocante[98]. En efecto, la DT 4ª del EBEP establece la posibilidad de consolidar el empleo desempeñado interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005, sin establecer distinción alguna en la experiencia profesional adquirida en razón del régimen jurídico de vinculación con la Administración Pública.

Por lo demás, en cuanto al resto de méritos, como los cursos de formación o de perfeccionamiento, rigen las reglas generales, por lo que los mismos deben guardar relación con el conjunto de funciones y tareas a desarrollar en el cuerpo, escala, categoría o grupo profesional al que se concursa[99]. Por otra parte, las Administraciones Públicas no están obligadas a ajustarse al perfil lingüístico correspondiente a los funcionarios interinos o contratados temporales[100].

En fin, la DT 4ª del EBEP se remite a los apartados 1 y 3 del art. 61 del EBEP y, con el ello, al mandato de proporcionalidad[101].

---

[97] STSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 29 de diciembre de 2017 (Rec. 67/2017).

[98] SSTSJ de Castilla y León (CA) de 6 de noviembre de 2009 (Rec. 79/2009), de Asturias (CA) de 30 de noviembre de 2010 (Rec. 236/2010), de las Islas Canarias (CA) de 1 de julio de 2013 (Rec. 144/2012) y de Galicia (CA) de 30 de enero de 2019 (Rec. 174/2017). En cambio, la STSJ de Madrid (CA) de 7 de febrero de 2019 (Rec. 1744/2018) considera conforme a derecho el que sólo se valoren los servicios prestados como mérito en la fase de concurso, si los aspirantes ostentan la condición de funcionario interino de la Escala Auxiliar Administrativa de la Universidad Complutense de Madrid el día de la publicación de la convocatoria en el BOE.

[99] Cfr. la STSJ de las Islas Canarias (CA) de 1 de julio de 2013 (Rec. 144/2012).

[100] STSJ del País Vasco de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 410/2012).

[101] A este respecto, la STSJ de Andalucía (CA) de 20 de octubre de 2017 (Rec. 576/2017) señala lo siguiente: «se advierte que conforme a la Base 6.7 y en lo que se refiere al primer criterio de puntuación total se dice que: *«La calificación final del proceso selectivo vendrá determinada por la suma de las puntuaciones obtenidas en la fase de concurso y oposición. (...).» de modo que, si por la primera fase, esto es, la de oposición, se establece una puntuación máxima de 15 puntos, (7.5 x 2), y, para la de concurso, un máximo de 30 por experiencia profesional, además de otros 5, (4 y 1), por méritos de Formación y Formación complementaria, si ello es así, necesariamente se ha de concluir que en el resultado del proceso selectivo, calculado por mera suma de la puntuación de ambas fases y habida cuenta de la desproporción expuesta, (el valor de los méritos supera en más del doble al de los ejercicios de oposición), es determinante la valoración de méritos por cuanto que aún sin asignación de puntos en la fase de oposición e, incluso, siendo valorada solo la experiencia cabría la superación del proceso por quien únicamente contase con dicho mérito, y, ello, además, imponiéndose a quién hubiese obtenido la máxima puntuación en la fase de oposición»*. En esta misma línea, la STSJ de Madrid (CA) de 7 de febrero de 2019 (Rec. 1744/2018) razona en los siguientes términos: *«Y desde esta perspectiva, entendemos que dicha diferencia de trato es objetiva y razonable, y está basada en los principios de mérito*

y capacidad sin que en modo alguno podamos aceptar el planteamiento de la sentencia apelada, ya que la convocatoria establece una fase previa de oposición que tiene un valor total de 50 puntos y el máximo que se puede obtener en fase de concurso son 22 puntos, dos de los cuales se pueden conseguir por méritos distintos de la experiencia profesional. Ahora bien, para superar la fase de oposición hay que obtener como mínimo 25 puntos, de modo que, aunque se trate de un funcionario interino con servicios computables, no superaría dicho proceso selectivo sino aprobase la primera fase del proceso que examinamos. De otro lado, la máxima puntuación que puede obtenerse en el total del proceso selectivo seria de 72 puntos, de los que el funcionario interino, por servicios previos, podría obtener como máximo 20 puntos, lo que supone un 27,77 por 100 de la puntuación máxima, por lo que como acertadamente señala la Universidad apelante, dicho porcentaje lo ha considerado válido y no desproporcionado el Tribunal Constitucional en sentencia 107/2003, de 2 de junio cuando se trata de un proceso selectivo de consolidación de empleo, y si bien, el presente proceso selectivo no es estrictamente de dicha naturaleza, como antes se ha señalado, se trata de un proceso especial, para la estabilización del empleo temporal».

Federació de Municipis de Catalunya

Seminari Relacions Col·lectives

La transformació “automàtica” del personal laboral temporal/interí en personal fix com a conseqüència d’una utilització abusiva de les relacions de treball per temps determinat en el sector públic: una perspectiva des de l’ordenament jurídic laboral

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz

Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

@ibdehere

Blog: www.ignasibeltran.com

Barcelona

22 d'octubre 2019

D1999/70 & el trío "sísmico"

SSTJUE (3) **14/09/2016 (C-596/14); (C-184/15 y C-197/15); y (C-16/15):**

de Diego Porras 1 **(CL 4ª - No Disc)**

Martínez Andrés y Castrejana López **(CL 5ª - no abuso)**

Pérez López **(CL 5ª - no abuso)**

→ **SSTJUE** (2) **5/6/18, *Grupo Norte Facility* (C574/16)** relevo; ***Montero Mateos* (C677/16)** interino (**CL 4ª**); **21/11/18, *de Diego Porras 2*, (C-619/17)**, interino (**CL 4ª** y **CL 5ª**).

↘ **STJUE 11/4/19, *Cobra Servicios Auxiliares* (C29/18, C30/18 y C44/18)**, obra y servicio vinculado a contrata (apartado 54!) (**CL 4ª**); **ATJUE 19/3/19 (C-239/18), *Sindicato Nacional de CCOO de Galicia***, contrato predoctoral (**CL 4ª**);

Primero: Noción expansiva de "condición de trabajo" que abarca a "indemnización"

Segundo: Comparabilidad de situaciones entre temporales e indefinidos - existencia de trato diferenciado injustificado

Tercero: Equiparación indemnización entre temporales e indefinidos

D1999/70 & el trío "sísmico"/ *Martínez Andrés y Castrejana López* (CL 5ª - no abuso)

Funcionario interino (arquitecto) y personal estatutario temporal eventual (auxiliar administrativo): **relación de servicio extinguida**

Primero. En la medida en que (…) **no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección** respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, **la asimilación** de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada **a los trabajadores indefinidos no fijos** (...) **podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva** de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco.

Concluyendo que

> "se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, **se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral**, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo"

(**OJO! Comparación entre temporales**)

Segundo. A la luz del **principio de efectividad** del Acuerdo Marco, el mismo

"se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar **una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada**",

[Algunas "acotaciones"]

TJUE **no está exigiendo (en todo caso) que la readmisión obligatoria "deba ser la única"** medida en los casos de extinción previa

Lo relevante es que **se prevea "alguna" medida** para combatir el abuso, **sin concretar cuál**

> "la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada **corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público**".

Personal estatutario temporal eventual (enfermera): **relación de servicio vigente**

no puede admitirse que **nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable** funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo

no existe ninguna obligación [en la normativa] de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal eventual

Reacciones internas

Jurisdicción Social

Sector Privado *de Diego Porras 1*:

Reconocimiento 20 días

No Reconocimiento 20 días

Sector Público *de Diego Porras 1*:

Reconocimiento 20 días

No Reconocimiento 20 días

***Pérez López* a personal laboral Sector Público**

Jurisdicción C-A

Sí/No *de Diego Porras 1*

Si/No *Martínez Andrés/Castreja López*

Si/No *Pérez López*

Reacciones internas *de Diego Porras 1* / Jurisdicción Social

Sector Público: Reconocimiento 20 días (sin seguir "de Diego Porras")

Indefinido no fijo (INF)

"PLASTICIDAD" INF

STS 28/03/17 (r1664/15): extinción por cobertura reglamentaria de plaza de INF y reconocimiento de indemnización de 20 días, sin aplicar la doctrina de Diego Porras (INF **"no son temporales"**).

SSTS 19/07/17 (r4041/15); 9 y **12/05/17 (r1806/15** y **r1717/15).**

+ SSTSJ Mad 24/04/17 (r109/17); 14, 16 y 19/06/17 (r452/17; r350/17; r420/17); y 7, 10, 19 y (2) 20/07/17 (r401/17; r525/17; r344/17; r486/17; r563/17); 15 y 22/09/17 (r519/17, r553/17); 9, 20 y (2) 23/10/17 (r694/16; y r661/17; r770/17; r758/17); 3, 6 y (2) 17/11/17 (r819/17; r236/17; r836/17; r831/17); y 7, 22 y 28/12/17 (r876/17; r926/17; r355/17); PV 20/06/17 (r1221/17); y 24/10/17 (r1853/17); Cant 5/12/17 (r817/17); y Ast 27/12/17 (r2549/17).

Ojo **STJUE 25/07/18 (C-96/17),** ***Vernaza Ayovi*** **-** Y antes ***Huétor Vega*** **- ATJUE 11/12/14: INF SON TEMPORALES!**

STS 2/4/18 (r27/17) - INF VUELVEN A SER TEMPORALES (4ª "Etapa") [CONDICIÓN (STS 23/7/13) /TEMPORALES (STS 24/6/14) / INDEFINIDOS (STS 28/3/17) / TEMPORALES (STS 2/4/18) / ¿5ª "Etapa" CONDICIÓN?]

SSTS 11/4/18 (r2581/16); y **20/9/2018 (r2494/16): PUEDEN SER FIJOS DISCONTINUOS**

STS 28/3/19 (r997/17): INF TIENEN DERECHO A 20 DÍAS (¿SIGUEN SIENDO TEMPORALES? Entonces, ¿qué pasa con *de Diego Porras 2*?

Interinos

SSTSJ CLM 12/07/17 (r623/17); y **CyL\Burgos 31/05/17 (r327/2017)**

SSTSJ Cant 29/11/17 (r772/17); 12/12/17 (r893/17); y **Mad 16/10/17 (r541/17)**

? **Son temporales!**

Reacciones internas *de Diego Porras 1* / Jurisdicción Social
Sector Público: Progresiva equiparación INF a FIJOS

Indefinido no fijo (INF)

"PLASTICIDAD" INF

STS 2/4/18 (r27/17) ha reconocido el derecho a la promoción profesional de los trabajadores INF.

STS 3/4/19 (r1/18) - de un modo similar a STS 6/3/19 (r8/18) - tienen derecho al complemento de carrera profesional establecido en el convenio colectivo no solo el personal fijo, sino también los indefinidos no fijos y los contratados temporales que hayan prestado servicios cinco años ininterrumpidos, aunque no se les haya reconocido condición de indefinidos no fijos.

[Hipótesis]: es posible que doctrina *Correia Moreira* (C-317/18) no impida al TS seguir calificando al personal subrogado como INF

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: SSTJUE 5/6/18, *Grupo Norte Facility* (C574/16) relevo; *Montero Mateos* (C677/16) interino (CL 4ª)

ATSJ GAL 02/11/16 (r2279/16): contrato relevo

AJS/33 MAD 21/12/16: contrato de interinidad por vacante

Concepción expansiva "condición de trabajo" (incluye indemnización por extinción del contrato)

Trabajadores temporales e indefinidos comparables

Razón objetiva que justifica trato diferenciado (término es distinto a extinción sobrevenida por causas objetivas y art. 52 ET se aplica a temporales e indefinidos):

el objetivo de la indemnización en contrato indefinido es "compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación".

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: SSTJUE 5/6/18, *de Diego Porras 2* (CL 4ª y CL 5ª)

Concepción expansiva "condición de trabajo" (incluye indemnización por extinción del contrato)

Trabajadores temporales e indefinidos comparables

Razón objetiva que justifica trato diferenciado (término es distinto a extinción sobrevenida por causas objetivas y art. 52 ET se aplica a temporales e indefinidos).

Reitera doctrina *Montero Mateos* y *Grupo Norte*

«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 temporal (sin perjuicio de que corresponde al TS determinar en último término esta cuestión)»

OJO

Corrección del TJUE "de Diego Porras":
SSTJUE 5/6/18, Montero Mateos (C677/16) interino (CL 4ª)

Ojo Ap. 64 *Montero Mateos* (Nueva saga!):

> "en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, **incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo**"

Muy importante: esta afirmación se sostiene en un caso en el que se cuestiona la aplicación de la Cláusula 4ª (no discriminación) y no la Cláusula 5ª (abuso)

Ap. 64 - no cabe configurarlo como un mero "*obiter dicta*" (VP a la STS\Social 4/7/19 (r2357/18),

Sobre "finalización imprevisible"

Finalización imprevisible: SSTSJ CyL\Vall 11/6/18 (r833/18); 5/12/18 (r1308/18); 29/10/18 (r1489/18); y (2) 12/7/18 (r1066/17; y r982/18); y Cant 23/11/18 (r641/18):

se refiere a la imposibilidad de “inducir con el nivel mínimo de certeza exigible” la fecha en la que, en el instante de la formalización del contrato de trabajo temporal, podía identificarse el momento de extinción.

Aunque se conozca el hecho concreto que precipitará la ineficacia del contrato (por ejemplo, la cobertura reglamentaria de la plaza o el fin de la contrata), lo determinante en este caso es que, en el mismo instante de la formalización, **no pueda anticiparse en qué momento se producirá** (SSTSJ Ast 11/12/18, r2391/18; y CLM 26/6/18, r410/18) .

STSJ Mad 26/6/18 (r56/18), “si la finalización es realmente imprevisible para el trabajador, no hay previsibilidad de extinción y por lo tanto surge una expectativa legítima de estabilidad de la relación”.

Sobre "duración inusualmente larga"

Duración inusualmente larga: STSJ CyL\Vall 11/6/18 (r833/18):

> “debe existir un umbral de duración para aquellos contratos temporales cuya fecha no haya sido fijada con precisión”.

Y este umbral, parece referirse a la “duración normal o habitual” o “si se evidencia una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada” (STSJ Madrid 26/6/18, r56/2018)

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: Opciones (SSTSJ CyL\Vall 11/6/18 (r833/18); Ast 11/12/18 (r2391/18); y Cat 8/11/18 (r4210/18).

- no parece razonable que este elemento quede fijado en función de la realidad sociológica de la contratación temporal ("determinando estadísticamente cuál es la duración habitual de los contratos temporales"),

- 2 años (en un marco temporal de 30 meses) del art. 15.5 ET (ninguna sentencia - detectada - entre 2 y menos de 3); o

- 3 años (DA 1a Ley 43/2006, art. 15.1.a ET y art. 70.1 EBEP).

- Sólo 3 años: SSTSJ Cant 31/10/18 (r592/18); 8/3/18 (r114/19); 1, 4 y 13/2/19 (r873/18; r7/19; r26/19); 18/1/19 (r840/18); y 12/12/18 (r745/18);

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga:

- si no se ha superado los 2 años no cabe aplicar el citado apartado 64.

  Entre otras, SSTSJ Mad 5/10/18 (r357/18); 16/7/18 (r370/18); And\Gra 5/7/18 (r248/18); And\Mál 14/11/18 (r1363/18); CyL \Vall 21/2/19 (r1962/18); y Cant 18/1/19 (r838/18)

- ¿Qué pasa con posibilidad negociación colectiva amplie en 12 meses los 3 años de duración máxima de un contrato de obra y servicio determinado vinculado al fin de una contrata (*ex* art. 15.1.a ET)?

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga:

la doctrina del TJUE parece enmarcar dicha evaluación respecto de cada situación en concreto, esto es, ***ad casum***.

De modo que, **siempre que se evidencie una permanencia incompatible con la temporalidad propia de la duración determinada, podría declararse la relación como indefinida**.

Por consiguiente, **podrían tenerse en cuenta otras duraciones (superiores o inferiores a los 3 años).**

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

Superado el plazo de 3 años la relación deviene INF (SSTS 14/7/14, r1847/13; 15/7/14, r1833/13; y 14/10/14, r711/13) - **OJO doctrina revisada!**

↓

STS 24/4/19 (r1001/17)

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

SSTS\C-A 10/12/18 (r129/16); 21/5/19 (r209/16), ha aclarado algunos aspectos al respecto, al entender:

– El art. 70.1 EBEP es aplicable a OEP anteriores a la entrada en vigor del EBEP, porque lo determinante es la fecha de la convocatoria del proceso selectivo; y,

– El citado plazo de 3 años es esencial, de modo que, transcurrido el mismo, la OEP caduca (¿qué efectos tiene en el ámbito laboral? - ¿cuestiona causalidad interino? - ¿puede afirmarse que la cobertura de la plaza es "reglamentaria"?

STSJ\C-A Madrid 11/6/19 (r1476/18) hecho de que la ejecución de la oferta de empleo público no tenga lugar en el plazo de 3 años establecidos en el art. 70.1 del EBEP y la eventual anulabilidad que de ello se derive no implica la de los sucesivos en el procedimientos que sean independientes, en este caso, la toma de posesión en el puesto por funcionario de carrera nombrado

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

a. ¿A qué sistemas de cobertura de vacante se refiere el art. 70.1 EBEP?
b. ¿A partir de qué momento es aplicable el art. 70.1 EBEP?
c. ¿A partir de qué momento empieza a computar el plazo de 3 años del art. 70.1 EBEP? (¿son realmente 3 años?)
d. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

d. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

– El plazo de 3 años *ex* art. 70.1 EBEP quedaría en suspenso desde 2012 a 2015 (por imposibilidad legal de contratación). Por tanto, no puede calificarse como INF a un interino por vacante formalizado con anterioridad a la entrada en vigor de estas leyes (salvo que ya acumulara 3 años con anterioridad a 2012)

SSTSJ And\Sev (2) 20/3/19 (r597/18; y r711/18); 7 y 14/2/19 (r458/18; y r538/18); 16/1/19 (r3264/17); y 31/10/18 (r3019/17); y Ast 12/3/19 (r19/19)

¿Puede condicionarse la aplicación del ap 64 *Montero Mateos* a estas limitaciones presupuestarias?

Si no pueden ser INF y tampoco temporales (porque son inusualmente largos), ¿qué son?

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

d. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

STSJ And\Sev 7/3/19 (r87/17)

el plazo del art. 70.1 EBEP opera en situaciones de normalidad pero no en situaciones en las que la posibilidad que asistía a la Administración contratante para la aprobación de la OPE se encontraba limitada por los mandatos imperativos de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2012, 2013, 2014 y 2015

Sobre duración inusualmente larga

Duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP

d. ¿El plazo de 3 años es prorrogable o improrrogable?

– Si efectivamente se ha formalizado un contrato de interinidad por vacante durante los años 2012 a 2015 en los que la incorporación no fuera posible (y no concurriera ninguna condición especial), dicho contrato temporal debe ser calificado como fraudulento y, por consiguiente, calificado como INF.

Sobre duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP "intrascendente"

STS 24/4/19 (r1001/17), en aplicación de *Montero Mateos*, interina por vacante (directora de un centro de servicios sociales de la Xunta) que lleva más de 20 años en esta situación es calificada como INF + **el plazo del art. 70.1 EBEP es intrascendente para calificar una relación como inusualmente larga**

> "El plazo de tres años a que se refiere el art. 70 del EBEP referido, no puede entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático".
>
> "Respecto al alcance que posea la superación del plazo de tres años contemplado en el art. 70 del EBEP, precepto citado en el análisis de la contradicción de las sentencias comparadas, ha de señalarse que dicho precepto va referido a la ejecución de la oferta de empleo público" y que "son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión".

STS 24/4/19 (r1001/17)

la conducta de la Administración (sin promover durante más de 20 años actuación alguna para la cobertura reglamentaria de la plaza) es «inadmisible»;

Y añade,

> «No se trata solo de la muy dilatada duración (más de 20 años), sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios de la trabajadora, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización»
>
> «no puede sostenerse la validez del contrato temporal por ser inusualmente largo» y explícitamente acude al ap. 64 del caso *Montero Mateos* (aunque, sin profundizar sobre qué debe entenderse por fin imprevisible ni tampoco qué debe entenderse por duración inusualmente larga – quizás, porque en este caso los 20 años transcurridos hace que no sea determinante)

Y para reforzar este argumento afirma se ampara en la doctrina jurisprudencial existente y, en concreto, en las SSTS (2) 19/7/18 (r1037/17 y r823/17) y en la aplicación de la citada doctrina del TJUE que llevan a cabo

Sobre duración inusualmente larga: art. 70.1 EBEP "intrascendente"

STS 22/5/19 (r2469/18): extinción en 2016 ajustada a derecho de interina por vacante **desde 2002 que en 2009** se procedió a la convocatoria del proceso extraordinario de consolidación de empleo afectada por congelaciones legislativas de las ofertas de empleo público establecidas a partir del Real Decreto-Ley 20/2011. No procede indemnización.

> "no existe el menor atisbo, ni indicio, de que la conducta de la empleadora haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, en la medida en que en los hechos probados consta que fue en 2009 cuando se procedió a la convocatoria del proceso extraordinario de consolidación de empleo, que - como resulta notorio- resultó afectado por las congelaciones legislativas de las ofertas de empleo público establecidas a partir del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público. Consecuentemente, al no existir ninguna otra circunstancia relevante que pudiera influir en la duración del contrato, hay que concluir en que la extinción del mismo se produjo por la circunstancia legalmente prevista de la cobertura de la vacante prevista en el referido contrato de interinidad y en el carácter temporal del vínculo contractual que unía a las partes".

En términos similares, para una relación desde 2003 a 2017, entendiendo que no ha habido fraude o abuso SSTS 22/5/19 (r2211/18)

Sobre duración inusualmente larga: ¿+ abuso?

STS 22/5/19 (r1336/18) entiende (en una relación que se ha prolongado desde 2003 a 2016) que

«La conversión en indefinido no fijo **sólo podría** venir derivada, en todo caso, **de la apreciación de la existencia de fraude o abuso en la contratación**, circunstancia que aquí no aparecen constatadas, no existiendo, pues, elementos que puedan llevarnos a afirmar que se ha desnaturalizado la causa de temporalidad del contrato de trabajo»

Sobre la duración inusualmente larga & **Caso *Rodica Popescu***

Negando que se haya producido fraude o abuso en una relación desde 2005 a 2016, STS 22/5/19 (r694/18). Rechazando que el plazo de 3 años del EBEP se aplique de forma automática e incidiendo en la congelación presupuestaria, SSTS (2) 11/6/19 (r2610/18; r2180/18). Ver también STS 4/7/19 (r2357/18) que cuenta con VP.

Sobre las limitaciones presupuestarias para justificar la prolongación de un contrato temporal, es discutible que se ajuste a la doctrina del TJUE, entre otras, en *Rodica Popescu* (ATJUE 21/9/16, C-614/15):

> "aunque **las consideraciones de índole presupuestaria** puedan ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que éste desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, **no justifican la falta de medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5, apartado 1**"

Duración inusualmente larga y contrato de obra vinculado a contrata

---

Contrato de obra y servicio vinculado a duración de una contrata: SSTS (4) 19/7/18 (r823/17; r24/17; r972/17; y r1037/17) - sin aplicar ap 64 *Montero Mateos* - utilizan conceptos muy similares

Hasta entonces, la doctrina jurisprudencial entendía que “mientras el mismo contratista es titular de la contrata, sea por prórroga o por nueva adjudicación, no puede entenderse que haya llegado a su término la relación laboral”.

Pues bien, a partir de estas cuatro sentencias se exige que, **en los casos en los que se haya formalizado un único contrato, las mutaciones de las contratas deban acreditar de nuevo la autonomía y sustantividad propia (de otro modo, debe entenderse que contrato es indefinido y la extinción por fin de la contrata sin justificación, un despido improcedente)**.

No obstante, debe advertirse que el efecto de esta doctrina es, por decirlo de algún modo, “menor”, pues, **sólo es aplicable a los contratos de obra celebrados con anterioridad al RDLey 10/2010**.

También SSTS 5 y 26/3/19 (r1128/17; y r2432/17); y 11/10/18 (r1295/17)

Duración inusualmente larga y contrato de obra vinculado a contrata

Contrato de obra y servicio vinculado a duración de una contrata: SSTS (4) 19/7/18 (r823/17; r24/17; r972/17; y r1037/17) -

– Ap. 64: “imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga”.

– Y, en los r824/2017 y r972/17 [P: Arastey; P:López García] se habla, sin citar al caso «Montero Mateos», de «expectativa de finalización del mismo se torna **excepcionalmente remota dado el mantenimiento inusual y particularmente largo**».

– Y en el r823/17 [P: Sempere] se habla (sin citar tampoco este caso en este estadio) de: «**prologada duración de la colaboración empresarial, la expectativa de finalización del mismo se torna excepcionalmente remota**».

Y en r824/2017 [P:Arastey] no se cita el término ABUSO;

Duración inusualmente larga y contrato de obra vinculado a contrata: Cobra Servicios Auxiliares

Contrato de obra y servicio vinculado a duración de una contrata:

OJO! STJUE 11/4/19 (C-29/18, C-30/18 y C-44/18), *Cobra Servicios Auxiliares*,

Extinción por fin de contrata = término para temporales; causas de empresa para indefinidos (indemnizaciones + procedimientos distintos)

TJUE si es un contrato temporal, no es contrario a Directiva 1999/70 (sigue *Montero Mateos* y *Grupo Norte Facility*)

> **OJO apartado 52:** «corresponde al tribunal remitente examinar si, habida cuenta de que los contratos de trabajo por obra o servicio de que se trata en los litigios principales estaban vinculados a la duración de la contrata y esta se resolvió anticipadamente, es preciso considerar que se puso fin a dichos contratos de trabajo, antes del vencimiento del plazo que les había sido asignado, por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores y si, por consiguiente, procede conceder a los interesados la indemnización prevista en el artículo 53, apartado 1, letra b), de dicho Estatuto».

Duración inusualmente larga: ¿indefinido no fijo o indefinido?

OJO STSJ Galicia 28/6/18 (r1102/18): contrato temporal ilícito = fijo si ha "existido un proceso selectivo" (incluso sin respetar todos los requisitos establecidos en el CCOL)

+SSTJ Galicia 30/4/19 (r4813/18); y 13/5/19 (r280/19) .

[OJO! STSJ PV 5/6/18 (r1042/18): en reversión pública trabajadores son indefinidos (ni fijos ni INF - C-317/18, *Correia Moreira*]

Indemnización & "Montero Mateos"
Sector Público:

Interinos por vacante

En cuanto a los interinos por vacante, una vez constatada la existencia de una finalización imprevisible y una duración inusualmente larga, los importes reconocidos oscilan entre:

– reconocer 20 días *ex* art. 53.1.b ET;

SSTSJ CyL\Vall 5/12/18 (r1308/18); 29/10/18 (r1489/18); y (2) 12/7/18 (r1066/17; r982/18); 11/6/18 (r833/18); CyL\Burgos 17 y 24/1/19 (r873/18; y r898/18); Mad 14/9/18 (r235/18); Gal 11/12/18 (r3105/18); Cant 8 y 23/11/18 (r610/18; y r641/18); 31/10/18 (r598/18); y 26/6/18 (r291/18); Cat 9/7/18 (r1862/18); SJS/3 Badajoz 25/6/18 (n291/18); y SSJS/4 Valladolid 20/6/18 (n245/18); y 10/8/18 (n280/2018);

– reconocer 20 días *ex* STS 28/3/18 (r1664/15);

SSTSJ Cant 31/10/18 (r592/18); 8/3/18 (r114/19); 1, 4 y 13/2/19 (r873/18; r7/19; r26/19); 18/1/19 (r840/18); y 12/12/18 (r745/18); Ast 11/12/18 (r2391/18); Cat 8/11/18 (r4210/18); y 27/9/18 (r745/18); And\Gra 5 y 12/6/18 (r7/18; y r280/18); y 21/6/18 (r363/18); CLM 5/11/18 (r32/18); y 26/6/18 (rec. 410/18); Mad 23/11/18 (r506/18); 8, 16, 26, 30 y 31/10/18 (r32/18; r78/18; r475/18; r1066/17; r592/18); 7/9/18 (r207/18); 20/7/18 (r224/18); y 8, 19, 21, (2) 26 y 29/6/18 (r843/18; rec. 922/17; r879/17; r56/18; r607/18; r152/2018); y Gal 27/6/18 (r896/17); y SJS/33 Madrid 28/6/18 (n260/18).

Indemnización & "Montero Mateos"
Sector Público:

Interinos por vacante

– **reconocer 8 días** (*ex Huétor Vega* y *Montero Mateos*) al entenderse que no puede acudirse a esta última sentencia porque han dejado de ser indefinidos en virtud de la STS 2 de abril 2018 (rec. 27/2017).

SSTSJ And\Sevilla 25/10/18 (r3737/17); y (2) 5/12/18 (r4313/17; y r4099/17).

- reconocer 45 días.

- Antes de que se pronunciara el TJUE en el caso *Montero Mateos*, se pronuncia la STSJ PV 24/10/17 (r1853/17).

- La extinción es calificada como improcedente porque no se ha comunicado debidamente a la trabajadora interina los motivos de la extinción STSJ CyL\Vall 6/5/19 (r657/19)

- STSJ And\Sev 19/6/19 (r1710/18): extinción por cobertura reglamentaria de la plaza por un concurso de traslado de trabajadora interina por vacante calificada como indefinida no fija tras un período de 10 años. La extinción se califica como improcedente porque, tal y como se prevé en el convenio colectivo, la Junta de Andalucía no ha reubicado a la demandante.

Indemnización & "Montero Mateos"
Sector Público:

Interinos por vacante

no reconocer indemnización alguna porque no se ha detectado irregularidad alguna en la contratación

Interinos por sustitución,

SSTSJ Cant 17/12/18 (r754/18); PV 10/7/18 (r1296/18); Ext 27/09/18 (r485/18); Gal 20/09/18 (r1584/18); y And\Sev 6/6/18 (r84/18).

Interinos por vacante,

SSTSJ Andalucía\Sevilla 28/6/18 (r2050/17); And\Mál 7/11/18 (r1404/18); y 18/7/18 (r794/18); (2) 4/7/18 (r485/18; r706/18); 6, 13, (3) 20 y 27/06/18 (r519/18; r639/18; r583/18; r615/18; r616/18; y r660/18); Mad 10 y 17/09/18 (r335/18; y r603/18); y 2 y (4) 19/7/18 (r235/18; r1432/17; r1499/17; r79/18; y r1345/17); y PV 10 y 19/7/18 (r1164/18; y r185/18).

Indemnización & "Montero Mateos"
Sector Público:

Interinos por vacante

no reconocer indemnización porque, sin solución de continuidad, se ha producido una nueva contratación

En relación a interinos por vacante,

SSTSJ Mad 17/10/18 (r735/18); y 21/6/18 (r888/17).

En contra, STSJ Mad 22/6/18 (r878/17):

extinción de interino por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza calificado como indefinido no fijo tras 12 años. Se le reconoce indemnización de 20 días a pesar de que ha sido contratado de nuevo sin solución de continuidad

Indemnización & "Montero Mateos"
Sector Público:

Interinos por vacante

No reconocer indemnización porque duración no es “inusualmente larga” y *Montero Mateos* no reconoce indemnización a interinos ni en contrato de relevo

Interinos por sustitución:

SSTSJ Cat 24/1/19 (r5958/18); 7/9/18 (r3668/18); 17/7/18 (r2013/18); y 11/6/18 (rec. 3436/2018); Mad 5/10/18 (rec. 357/18); y 16/7/18 (r370/18); CLM (2) 25/10/18 (r1345/17; y r1346/17); And \Gra 5/7/18 (r248/18); And\Mál 4/7/18 (r708/18); Gal (2) 26 y (2) 29/6/18 (r4242/17; r5182/17; r891/18; y r4627/17); Ast 29/6/18 (r998/18); y PV 27/11/18 (rec. 2129/2018); 2, 3 y 10/7/18 (r1197/18; r1255/18; r1297/18); y 11, (2) 12, (3) 19 y 26/6/18 (r1118/18; r1118/18; r992/18; r1160/2018; r1111/18; r1152/18; y r1182/18).

Interinos por vacante:

SSTSJ CyL\Vall 21/2/19 (r1962/18); Cant 18/1/19 (r838/18): y 17/12/18 (r645/18); SJS Gijón 13/7/18 (n312/18).

Contrato de relevo:

SSTSJ And\Mál 14/11/18 (r1363/18); Mad 28/09/18 (r271/18).

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*:
STJUE 5/6/18, *de Diego Porras 2* (CL 4ª y CL 5ª)

STS 13/3/19 (r3970/16): respuesta a caso *de Diego Porras*:

(CL 4ª) No procede indemnización a interinos por vacante porque existe razón objetiva que justifica trato diferenciado con indefinidos

(CL 5ª) "la mera imposición de una indemnización (...), no sólo no constituye una sanción por el uso abusivo, sino que ni siquiera posee, por sí sola, el efecto disuasivo frente a esa utilización abusiva de la contratación temporal"

Ojo: Deportistas STS 14/5/19 (r3957/2016): "La reforma [del art. 49.1.c] buscaba primordialmente una deseable mayor estabilidad en empleo, estimulando la contratación indefinida por la indirecta vía de penalizar -mediante obligada indemnización- la contratación temporal"

¿Contradicción?

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*:
STJUE 5/6/18, *de Diego Porras 2* (CL 4ª y CL 5ª)

STS 13/3/19 (r3970/16): respuesta a caso *de Diego Porras*:

En caso de que sea INF reconocimiento indemnización de 20 días

STS 28/3/17 (r1664/15). Ratificado por STS 28/3/19 (r997/17),

Interino por vacante (¿idéntica naturaleza a INF?) que no pueda ser calificado como INF, indemnización = 0

¿Trato desigual injustificado? Art. 20 CDFUE (art. 31 habla de "condiciones trabajo" - CDFUE aplicación directa entre particulares)

– en relación al art. 21.1 en situaciones de discriminación por motivos religiosos: C-414/16, *Egenberger*; C-68/17, *IR*; C-193/17, *Cresco*; y

– en relación al art. 31.2 y el derecho al período de vacaciones anuales retribuidas: C-569/16 y C-570/16; *Bauer y Broßonn*; y C-684/16, *Shimizu*,

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: Poniendo "orden" - indemnización

---

Indemnización obra y servicio: 12 días

[SSTS 16/5/19, r849/18; y 10/4/19, r1479/17; (2) 23/5/19 (r1113/18 y r526/18); (3) 21/5/19 (r1164/18 y 1318/18); 30/5/19 (r1269/18; r1318/18; r1113/18; r1164/18; r526/18; r2539/18; r1694/18); (3) 25/6/19 (r524/18; r1091/18; r1344/18); 2/7/19 (r2156/18)]

Indemnización eventuales: 12 días

[SSTS (3) 14/5/19, r274/17; y r1685/18; r275/17); 16/5/19 (r275/17; r250/17); y 25/6/19 (r1229/18)]

Indemnización interinos por sustitución: 0 días

SSTS 13/3/19 (r3970/16); 23, (5) 28 y (4) 30/5/19 (r1389/18; r1390/18; r2268/18; r2528/18; r1279/18; r2579/18; r1319/18; r89/18; r700/18; r995/18); (2) 13, (3) 18 y (3) 27/6/19 (r2214/18; r895/8; r1295/18; r3620/17; r1093/17; r1005/8; r994/18; r796/18); 2, 3, (3) 4, 8, (3) 11 y 18/7/19 (r2552/18; r4269/17; r2537/18; r1142/18; r215/18; r1578/18; r335/18; r3035/18; r2179/18; r2531/18); (3) 10 y 11/9/19 (r2035/18; r512/18; r2491/18; r2948/18)

Y, de un modo similar, en un supuesto de extinción por fallecimiento del trabajador sustituido, STS 18/6/19 (r1979/18)

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: Poniendo "orden" - indemnización

---

Indemnización interinos por vacante: 0 días

SSTS 8, 9 y 10/5/19 (r544/18; r1939/18; y r16/18); (2) 23/5/19 (r2401/18; y r1939/18); 8, 28, (2) 30 y 31/5/19 (r544/18; r2089/18; r4571/17; r4314/17; r4420/17); 5, (2) 11, (4) 12, 13, 18, 20, (2) 21 y 25/6/19 (r4635/17; r1161/18; r366/18; r2858/18; r320/18; r314/18; r10/18; r459/2019; r2849/18; r479/19; r4484/17; r218/18; r1349/15); 11, 13, (2) 18, (2) 19, 20, (3) 25, (8) 26 y 27/6/19 (r1980/18; r2259/18; r2040/18; r987/18; r986/2018; r2426/18; r1226/18; r2024/18; r35/18; r611/18; r2442/18; r925/18; r975/18; r490/18; r2825/18; r718/18; r517/18; r11/18; r2603/18); (2) 1, (6) 2, (2) 3, (2) 4, 8, (3) 9, (9) 10, (5) 11, (2) 12, (3) 16, 17 y (7) 18/7/19 (r4060/17; r1885/18; r3313/17; r3432/17; r2064/18; r3986/17; rec. 3925/2017; r750/18; r251/18; r464/18; r4486/17; r3985/17; r3848/17; r221/18; r483/18; r336/18; r1595/18; r2844/18; r874/18; r419/18; r1210/18; r4601/17; rec. 2339/2018; r525/18; r359/18; r4583/17; r2117/18; r574/18; r1053/18; r1189/18; r2358/18; r101/18; r88/18; r568/18; r1010/18; r660/18; rec. 1148/2018; r2129/18; r2121/18; r1533/18; r1474/18; r1471/18; r2328/18; r4626/18)

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: Poniendo "orden"

Interinos por vacante no comparables a INF

STS 14/5/19 (r4321/17) desestima recurso de casación por falta de contradicción al entender que **un interino por vacante que tiene la condición de INF tiene una naturaleza distinta a un interino por vacante**.

También, SSTS (2) 09/05/19 (r313/18; r4166/17); y 30/5/19 (r46/18); 12, 26 y 27/6/19 (r1315/18; r2/18; r3962/17).

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: Poniendo "orden" - indemnización

---

Indemnización indefinidos no fijos en extinción por cobertura de plaza

- Cese de indefinido no fijo en plaza laboral: 20 días (STS 28/3/19, r997/17; y 28/3/17, r1664/15)

- Cese de indefinido no fijo en plaza funcionarial: cobertura de plaza no describe causa extintiva, si no se acude a resolución por "causas de empresa" (20 días), 45 días (STS 23/3/19, r2123/17)

Corrección del TJUE *de Diego Porras 1*: Poniendo "orden" - indemnización

---

Indemnización contrato de relevo: 12 días

SSTS (3) 7/5/19 (r1464/18; r3081/17; y r150/18); (2) 8/5/19, (r4413/17 y r892/18); (2) 26/6/19 (r569/18; r2810/18); 9 y 11/7/19 (r1910/18; r1137/2018)

Indemnización deportistas profesiones: 12 días

STS 14/5/19 (r3957/16)

Federació de Municipis de Catalunya
Seminari Relacions Col·lectives

La transformació “automàtica” del personal laboral temporal/interí en personal fix com a conseqüència d’una utilització abusiva de les relacions de treball per temps determinat en el sector públic: una perspectiva des de l’ordenament jurídic laboral

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Professor Agregat i Titular d'Universitat Acreditat

@ibdehere
Blog: www.ignasibeltran.com

Barcelona
22 d'octubre 2019

Moltes gràcies!

LA TRANSFORMACIÓN "AUTOMÁTICA" DEL PERSONAL FUNCIONARIO INTERINO EN PERSONAL DE CARRERA COMO CONSECUENCIA DE UNA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO POR TIEMPO DETERMINADO EN EL SECTOR PÚBLICO: UNA PERSPECTIVA DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Jesús FUENTETAJA
Catedrático de Derecho Administrativo (UNED)

(*Versión provisional: 21-10-2019)*

1. Hipótesis: los funcionarios interinos objeto de abuso en la duración de su relación de servicio serán transformados automáticamente en funcionarios de carrera.

La mera posibilidad de formulación de esta hipótesis -aun cuando en cuanto tal deba ser objeto de verificación- es ya significativa del profundo cambio teórico y práctico que ha experimentado el Derecho de la Función Púbica en virtud de una causa ajena al mismo, pues la tradicional -y aún actual- regulación y conceptualización del funcionario interino en el Ordenamiento jurídico de la Función Pública española jamás se habría planteado tal posibilidad, calificándola sin duda alguna de extravagante. Sin embargo, como decimos, una causa exterior al mismo ha sido el factor desencadenante de que siquiera se plantee esta hipótesis, obligando a confirmarla o refutarla. Tal factor ha sido el Derecho de la Unión Europea que, desde sus principios y objetivos, impone a los Estados su ejecución y aplicación, pretiriendo incluso o reformando su Ordenamiento. Concretamente, para el objeto de este trabajo, dichos objetivos se recogen en la Directiva 1999/70 relativa al trabajo de duración determinada, cuyo alcance ha sido precisado en abstracto por el Tribunal de Justicia de la Unión en una serie de pronunciamientos que, en cambio, no resulta de fácil aplicación al ámbito de las relaciones jurídico-públicas de duración determinada por las deficiencias regulatorias, por la inercia administrativa y por el debate judicial interno originado.

La formulación de la hipótesis incluye una serie de elementos que es preciso diseccionar para poder realizar adecuadamente su análisis y ello no sólo para delimitar su objeto sino también para precisar las premisas del razonamiento que permitirán llegar finalmente a una conclusión.

En lo que respecta a la delimitación del objeto, éste viene determinado por tres elementos: el primero, el concepto de «transformación automática»; el segundo, el de «funcionario interino»; y, el tercero, el de «funcionario de carrera». Los dos últimos constituyen conceptos jurídicos precisos definidos en el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (arts. 9 y 10), los cuales permiten además excluir otras figuras o clases de empelados públicos. Así, con carácter general, ambos excluyen las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas cuyo vínculo jurídico es de naturaleza laboral, al tiempo que el «funcionario de carrera», como término final de la hipotética conversión, descarta soluciones barajadas como el estatus jurídico de «indefinido no fijo». Por su parte, el término «funcionario interino» permite precisar una clase de personal concreta que, no obstante, se utiliza en este trabajo más como categoría que como clase específica para poder englobar así otras relaciones jurídico-administrativas que se caracterizan por su carácter temporal aunque no se denominen así; caso, por ejemplo, del personal eventual estatutario de los servicios de salud, de gran importancia incluso por haber propiciado un contencioso fecundo para el establecimiento de la doctrina judicial sobre la materia.

Finalmente, la expresión «transformación automática» haría referencia convencionalmente a una decisión unilateral del Poder público, de naturaleza legislativa, judicial o administrativa, en virtud de la cual la relación de servicio del funcionario temporal se convertiría en estable al declararse como funcionario de carrera, sin mediar intervención activa de aquel a través de la participación en procedimiento selectivo alguno, ni siquiera un eventual e hipotético concurso.

Todos estos términos de referencia, los incluidos pero también los excluidos, serán utilizados en el presente trabajo, más o menos directamente, porque todos son necesarios para desarrollar la argumentación no sólo desde un plano teórico sino también por haber sido manejados en sede judicial, europea e interna.

En cuanto a las premisas del razonamiento que se utilizarán para verificar la hipótesis que se plantea en este trabajo, resulta imprescindible establecer el contexto jurídico europeo y español que con carácter general (principios y técnicas de ejecución del Derecho europeo, marco constitucional interno) y específico (objetivo y alcance de la Directiva 1999/70 respecto a las Administraciones Públicas, normativa interna de los funcionarios interinos) determinan la argumentación que se seguirá, pues sólo así se podrá concluir si el Derecho europeo exige la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera cuando se constata el abuso en la duración de su relación y si el Derecho de la Función Pública española permite esa transformación.

2. Premisas de Derecho europeo: principios de ejecución y alcance de la Directiva 1999/70 respecto a las Administraciones Públicas.

2.1. Principios de ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros.

La ejecución del Derecho europeo los Estados miembros se ampara en el principio de ejecución indirecta, en virtud del cual, cuando aquel no prevé las modalidades de ejecución, corresponde a los Estados establecer el régimen jurídico ejecutivo, de carácter organizativo, procedimental o sustantivo. No obstante, los Estados no son completamente libres para ello, pues deben garantizar, por un lado, un nivel de ejecución semejante al del Derecho interno (principio de equivalencia) y, por otro, la eficacia del Derecho europeo independientemente de la regulación ejecutiva del Derecho interno (principio de efectividad). El alcance de estos principios debe ser concretado -en particular por los Jueces y Tribunales internos- teniendo en cuenta el principio de interpretación conforme, para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución adecuada al perseguido por éste. Tendremos ocasión de precisar sus contenidos y límites en la argumentación que sigue.

2.2. La Directiva 1999/70 y su alcance respecto a lo abusos en las Administraciones Públicas.

2.2.1. Previsiones de la Directiva respecto a los abusos.

A diferencia de las medidas preventivas de abusos, donde la Directiva es mucho más precisa y reduce considerablemente el margen de discrecionalidad de los Estados al exigirles que adoptan al menos una de las medidas que contempla (previsión normativa de las razones objetivas que podrían justificar la renovación de contratos o relaciones laborales fijación de la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; concreción del número de renovaciones de contratos o relaciones laborales), en lo que respecta a las consecuencias jurídicas que aquellos deben establecer para reprimir los incumplimientos de la normativa encaminada a prevenir los abusos en la contratación temporal, el Derecho europeo ha permitido un margen de discrecionalidad más amplio a los Estados, con objeto de que las medidas sancionadoras que se prevean tengan «en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas» (Preámbulo del Acuerdo Marco)

En realidad, el Acuerdo no recoge un sistema sancionador de los abusos en la contratación temporal, limitándose a mencionar que los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales y cuando resulte necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada «se considerarán celebrados por tiempo indefinido» (cláusula 5.2 del Acuerdo marco). Por tanto, la Directiva no impone que las relaciones temporales se transformen necesariamente en indefinidas o de duración indeterminada, pues su mención en el texto deja claro que es una de las posibilidades a las que pueden recurrir los Estados, pudiendo éstos recurrir a otro tipo de mecanismos sancionadores como la concesión de indemnizaciones. Por ello, la mención de la transformación de las relaciones en indefinidas carece de las características de precisión e incondicionalidad que permitirán su eficacia directa en caso de incumplimiento. Así pues, la propia estructura interna de

la Directiva exige que la transformación de las relaciones temporales en indefinidas deba ser consecuencia del Derecho interno, bien porque éste haya establecido tal medida específicamente como ejecución de la Directiva, bien porque la normativa nacional anude esa consecuencia a situaciones estrictamente internas y, por semejanza de situación, se pueda extender a la situación regulada en el Derecho europeo.

Las opciones, pues, de los Estados son amplias y vendrán informadas por la necesidad de establecer medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar que los fines de la Directiva se alcanzan: esto es, que sancionen la utilización abusiva de la contratación temporal.

2.2.2. Particularidades de las Administraciones Públicas respecto a los abusos.

Ahora bien, las particularidades de las Administraciones Públicas, en cuanto que empleadoras, condicionan inevitablemente las medidas que el Ordenamiento interno puede adoptar para sancionar los abusos de sucesión de relaciones profesionales, obligando a equilibrios de intereses que han debido ser enjuiciados desde el Derecho europeo. Así, por ejemplo, éste no se opondría de principio a que «el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público[1]».

Sin duda alguna, la medida que más problemas suscita en el ámbito de la Administración Pública es la consecuencia automática de transformación de las relaciones temporales en indefinidas, hasta el punto de que algunos Estados miembros la han excluido legal (Italia) o incluso constitucionalmente (Grecia).

A) Doctrina del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia ha dejado claro que el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada[2], pudiendo establecer esa conversión sólo para las relaciones laborales en las que el empleador tiene naturaleza privada. Más significativamente, ha señalado –en un asunto que implicaba a un *Land* como empleador– que la exigencia automática de conclusión de contratos de duración indefinida cuando la dimensión de la empresa o de la entidad afectada y la composición de su personal implican que el empresario hace frente a una necesidad recurrente o permanente de sustitución de personal iría más allá de los objetivos pretendidos por el Acuerdo marco y la Directiva 1999/70 y vulneraría el margen de apreciación reconocido por ambos instrumentos a los Estados miembros y en su caso a los interlocutores sociales[3].

[1] *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C-53/04), *Rec.* p. I-7231, n. 48.
[2] *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C-212/04), *Rec.*, p. I-6057, n. 91.
[3] *Kücük*, 26 enero 2012 (C-586/10).

De esta manera la jurisprudencia europea admite no sólo que sector privado y sector público se sometan a regímenes jurídicos diferentes para prevenir y sancionar la utilización abusiva de relaciones de trabajo de duración temporal sino que también ampara que la medida concreta de conversión de las relaciones temporales en definitivas no se aplique cuando se trate de Administraciones Públicas.

B) Conclusiones de los Abogados Generales.

Estas afirmaciones explícitas del Tribunal de Justicia se complementan con las argumentaciones de los Abogados Generales, que analizan de manera más pormenorizada las razones que fundamentan la singularidad del caso de las Administraciones Públicas.

a) Derecho italiano: *Marrosu y Sardino* (2006).

En el asunto *Marrosu y Sardino*, el Abogado General POIARES MADURO analiza si la diferencia de trato entre el sector público y el privado puede justificarse por la necesidad de respetar las exigencias constitucionales que garantizan la imparcialidad y la eficacia de la Administración, de las cuales se derivaría el principio de acceso al empleo público mediante oposición. Según la *Corte Costituzionale*, el principio de oposición para acceder al empleo público «pone de manifiesto el carácter no homogéneo, por lo que se refiere al aspecto considerado, de las situaciones [de los trabajadores de las administraciones públicas y de los trabajadores del sector privado] y justifica la elección del legislador de atribuir a la vulneración de normas imperativas relativas a la contratación y al empleo de los trabajadores por las administraciones públicas consecuencias de carácter exclusivamente indemnizatorio, en lugar de la conversión en una relación por tiempo indefinido[4]».

A partir de la previsión de la Constitución italiana, tal y como ha sido interpretada por su Tribunal Constitucional, el Abogado General concluye que el Derecho italiano persigue proteger el régimen de acceso al empleo característico de las administraciones públicas italianas, pues existen motivos para temer que la transformación sistemática de determinados contratos de duración determinada celebrados con la Administración Pública en contratos por tiempo indefinido tenga como consecuencia reducir el alcance de la norma constitucional según la cual el acceso a los empleos públicos se produce, en principio, mediante oposición. Por tanto, «no cabe excluir que una generalización del procedimiento de recalificación cuestione el principio de la ocupación de los empleos fijos en la Administración Pública por funcionarios seleccionados mediante oposición. Por ello, la necesidad de mantener la vía de la oposición como vía especial de acceso al empleo en las administraciones públicas puede considerarse un objetivo legítimo que justifica, en este sector, la

[4] Decisión n.º 89, de 27 de marzo de 2003.

exclusión de la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido[5]».

Y aunque admitía que la exigencia de oposición para el acceso al empleo público constituía una razón objetiva que justificaba que en el ámbito de las Administraciones Públicas –a diferencia del sector privado– no se aplicase la conversión en definitiva de los contratos temporales que habían sido objeto de abuso en su sucesión, también advertía que la proporcionalidad de tal exclusión exigiría que su alcance no incluyera la ocupación de puestos en la Administración que no se verificaban mediante oposición.

b) Derecho griego *Adeneler* (2006).

Por su parte, en el asunto *Adeneler*, que versaba sobre la normativa griega tanto de rango constitucional como legal, la Abogada General KOKOTT considerará que «los principios generales del Derecho de la Función Pública establecidos, en particular, en Derecho nacional –también en la Constitución griega– desempeñan un papel esencial, basado en el modelo del funcionario de carrera. Rige el principio de inclusión en la correspondiente plantilla y el acceso a tales puestos se realiza con arreglo a un procedimiento legal determinado. Además, en Grecia, la utilización en el sector público de contratos laborales de Derecho privado –por regla general, de duración determinada– están sometidos por ley a unos límites muy estrictos y, en principio, la transformación de tales relaciones laborales de duración determinada en contratos por tiempo indefinido está prohibida[6]».

c) Derecho estatutario v. Derecho contractual.

Siguiendo la estela de los anteriores, el Abogado General JÄÄSKINEN también considera razonable que se reserve un destino particular al sector público en lo relativo a las medidas sancionadoras de incumplimientos de la normativa encaminada a evitar la utilización abusiva de la sucesión de relaciones profesionales temporales. Según este Abogado General, «en ese sector, la relación laboral puede adoptar la forma jurídica de un acto administrativo unilateral y no la de un contrato, con la consecuencia de que la sanción de un eventual abuso en la utilización de dicho acto no puede ser una prolongación en el tiempo de la contratación del trabajador, que requeriría un nuevo acto administrativo, a diferencia de lo que sucede en caso de recalificación de un contrato de duración determinada en contrato de duración indefinida».

Sin embargo, como decíamos, el Tribunal de Justicia, no ha recogido explícitamente argumentación alguna ni sobre la justificación de tratamiento singularizado para las Administraciones Públicas por el Derecho interno ni sobre la

[5] Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO en los asuntos C-53/04 (*Marrosu y Sardino*) y C-180/04 (*Vassallo*), *Rec.*, p. I-7228.
[6] Conclusiones de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Adeneler e.a.*, C-212/04, *Rec.*, p. I-6088.

exclusión de la técnica de la recalificación como indefinidas de las relaciones temporales objeto de sucesión abusiva, remitiéndose al amplio margen de discrecionalidad que el Acuerdo marco reconoce a los Estados a la hora de establecer medidas sancionadoras del incumplimiento de las disposiciones europeas y nacionales encaminadas a evitar la regulación relativa al trabajo de duración determinada.

Ahora bien, esta asimetría de soluciones según el empleador sea privado o público exigiría que el Ordenamiento nacional en cuestión contenga otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada. Por ejemplo, normas imperativas que regulen la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la indemnización por los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada[7]. Así, no consideraría conforme el Derecho europeo la normativa y la práctica italiana, que dejaba la duración precisa de los contratos docentes a la aleatoriedad de la duración de los procesos selectivos y, sobre todo, que impedía las indemnizaciones en el sector público al abuso y prolongación excesiva de dichas contrataciones[8].

2.2.3. El Derecho europeo no impone la transformación en indefinida de las relaciones temporales objeto de abuso pero exige existencia de medidas de resultado efectivo y disuasorio equivalentes.

Aunque el Derecho de la Unión establece la obligación de que los Estados miembros adopten medidas preventivas, no enuncia sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos. En tal caso, corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco[9].

Concretamente, el Derecho europeo no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en relaciones por tiempo indefinido aquellas relaciones laborales sucesivas y abusivas de duración determinada, por lo que un Estado puede diferenciar las consecuencias jurídicas a tales abusos según se trate del sector privado o del sector público[10]. Y en consecuencia, tampoco obliga a imponer indemnizaciones por la imposibilidad de transformación de la relación temporal en indefinido en el sector público[11].

Ahora bien, si en el sector público se quiere aplicar una solución diferente al sector privado en lo que respecta a la utilización abusiva de sucesivos contratos de

[7] *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C-180/04), n. 40.
[8] *Mascolo*, 26 noviembre 2014 (C-22/13).
[9] *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C212/04), n. 94 94; *León Medialdea*, 11 diciembre 2014 (C86/14), n. 44.
[10] *Marrosu y Sardino*, 7 septiembre 2006 (C53/04), n. 48.
[11] *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16), n. 47.

duración determinada, soslayando la transformación de las relaciones temporales sucesivas en relaciones indefinidas, será necesario que el Ordenamiento jurídico nacional cuente para el sector público con otra medida equivalente y efectiva que sancione igualmente la utilización abusiva de relaciones profesionales sucesivas de duración determinada[12], apreciación que, no obstante, corresponde a los Tribunales nacionales, si bien el Tribunal de Justicia no se abstiene de precisar y aclarar la situación.

En el marco de la normativa de Función Pública española, el Tribunal de Justicia consideró que no resultaba una medida eficaz sancionadora la creación de puestos fijos o estructurales para ser cubiertos por personal temporal (concretamente funcionarios interinos), una vez que la Administración constataba bien el abuso, bien la necesidad permanente a la que subviene el puesto, pues tales nombramientos no estaban limitados en la norma en su duración temporal[13]. Por tanto, *sensu contrario*, la creación de puestos fijos o estructurales para su provisión por funcionarios permanentes sí que constituiría una medida eficaz compatible con el Derecho europeo.

3. Premisas de Derecho interno.

Las premisas de Derecho interno a la hora de argumentar la hipótesis que se plantea son relativamente sencillas, pues resulta pacífico, en la doctrina y en la jurisprudencia, que el Ordenamiento interno exige, en el plano constitucional, el respeto de los principios de igualdad y de capacidad y mérito en lo que respecta el acceso a la Función Pública profesional en calidad de funcionario de carrera estable (arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución), mientras que, en el plano legislativo, articula esos principios constitucionales imponiendo la necesidad de superar procedimientos administrativos selectivos (art. 55 TREBEP). Modular estos principios constitucionales, soslayando la técnica procedimental que los articula posibilitando una transformación «automática», resulta inviable desde el propio Ordenamiento interno, por lo que su desbordamiento o superación sólo es posible en virtud del Derecho europeo, razón por

[12] *Vassallo*, 7 septiembre 2006 (C180/04), n. 34.

[13] *Pérez López*, 14 septiembre 2016 (C-16/15). El art. 9.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud establece que ñsi se realizaran más de dos nombramientos [de personal eventual] para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centroò. Para el Tribunal de Justicia, esta previsión ñno entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente. Por el contrario, se desprende de las afirmaciones del juzgado remitente que los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente. Pues bien, esta normativa puede permitir, infringiendo la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, la renovación de nombramientos de duración determinada para cubrir necesidades permanentes y estables, mientras que se desprende de las observaciones realizadas en el apartado 52 de la presente sentencia que en el Estado miembro de que se trata existe un déficit estructural de puestos de personal fijoò.

la cual el análisis de éste y de las facultades que otorgaría a los Jueces y Tribunales nacionales, en particular, constituye el contenido fundamental de este trabajo.

Finalmente, es necesario recordar la categoría del indefinido no fijo, creada por la Jurisdicción Social, admitida después por la Jurisprudencia constitucional[14] y recogida finalmente por el Legislador[15], como solución de compromiso legislativo y jurisprudencial a los casos de fraude de ley en las contrataciones laborales temporales

[14] Por ejemplo, Auto 124/2009, de 28 de abril. En este trascendental Auto, el Alto Tribunal rechaza la inconstitucionalidad de la solución de «indefinitud» de contrato laboral cuando no se han respetado los procedimientos administrativos de selección: «En el ATC 364/1991, de 10 de diciembre, al igual que en otros previos que en él se citan, dispusimos que las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público. La contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del art. 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad. Pues bien, a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas, como por ejemplo la que el Juzgado de lo Social propone, la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 10 in fine), ya que en todo caso impide (con la indefinitud frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. Incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores, pues una cosa es la necesidad de respeto de los derechos fundamentales, cuya garantía nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad. Esto último puede no ocurrir, sin que ello implique necesariamente la vulneración de un derecho fundamental (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o la de los preceptos constitucionales que plasman principios informadores de la actuación de los poderes públicos (AATC 11/2006, de 17 de enero, y 404/2006, de 8 de noviembre)»

[15] En efecto, el artículo 1 del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dio una nueva redacción al artículo 15.5 (transformación en fija de la relación laboral objeto de encadenamientos temporales) y a la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (*Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas*). Esta última Disposición adicional se limita a confirmar la aplicación a las Administraciones Públicas de la sanción jurídica general prevista para el caso de incumplimiento del límite temporal de los contratos y de su conversión en fijos cuando son objeto de abusos mediante encadenamientos de contratos temporales, si bien advierte que esa sanción debe cohonestarse con «*la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*», aplicación cuya consecuencia es que la transformación temporal de la relación no reviste un carácter fijo, por cuanto «*no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable*». Es decir, la relación se transforma temporalmente pero no con carácter «fijo», pues terminará con la cobertura reglamentaria de la plaza, dando pie así a la efectividad de la construcción jurisprudencial del carácter «indefinido» de la relación. Es decir, laborales «indefinidos», pero «no fijos»

y de encadenamiento abusivo de las mismas en las Administraciones Públicas para conciliar el principio de mérito y la protección del trabajador: «la contratación laboral en la Administración Pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantillas, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su consideración, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido»[16].

Esta categoría ha pendido como solución de referencia para los supuestos de fraude de ley en los nombramientos temporales de empleados públicos cuya relación jurídica es de Derecho público, así como para las soluciones a aplicar cuando se produce un encadenamiento abusivo de nombramientos temporales para esa categoría de empleados públicos sometidos no al Derecho laboral sino al Derecho público. De hecho, el debate se planteó inicialmente en términos de transformación de las relaciones funcionariales interinas en indefinidas, trasladando la solución del indefinido no fijo de Derecho laboral al Derecho administrativo, si bien, posteriormente, se reformula incluso postulando la transformación "automática" en funcionarios de carrera.

4. La transformación en indefinidas de las relaciones funcionariales interinas.

En efecto, en el asunto *Martínez Andrés*, la cuestión prejudicial se le planteó al Tribunal de Justicia precisamente utilizando la categoría del indefinido no fijo de Derecho laboral como remedio a aplicar a las relaciones de empleo de naturaleza pública, toda vez que el Ordenamiento jurídico-administrativo carece de previsión para sancionar los abusos en la duración de las relaciones entabladas a su amparo. El Tribunal de Justicia considerará que, aunque la interpretación del Derecho nacional compete a los Tribunales nacionales, si éstos constatan el abuso concreto y la inexistencia abstracta de sanción al mismo, podrían aplicar la solución del indefinido no fijo, si estiman semejanza de situaciones. La Sentencia del Tribunal de Justicia fue recibida con división de opiniones por los Jueces y Tribunales nacionales, obligando al Tribunal Supremo a pronunciarse para aclarar la situación, si bien ello no acalló el debate, pues algunos Jueces y Tribunales, insatisfechos con la doctrina que estableció el Tribunal Supremo, acudieron nuevamente al Tribunal de Justicia para que éste dictamine si la solución alumbrada jurisprudencialmente por aquel era conforme con las exigencias del Derecho europeo, trascendiendo incluso cualitativamente el debate doctrinal y social al reivindicarse ahora no ya la transformación en indefinidas de las relaciones interinas sino directamente en funcionarios de carrera.

4.1. La Sentencia del Tribunal de Justicia *Martínez Andrés* (2016).

[16] STS de 7 de octubre de 1996 (Sala de lo Social).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de septiembre de 2016, (C-184/15 y C-197/15), asunto *Martínez Andrés,* resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, relativas ambas a las consecuencias que se derivarían de la Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada para el caso de nombramientos temporales sucesivos de carácter abusivo en las Administraciones Públicas.

La primera de las cuestiones prejudiciales versaba sobre personal estatutario temporal de carácter eventual de los Servicios de Salud, categoría prevista en la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatuario de los Servicios de Salud, referente a una persona que había sido nombrada personal estatutario temporal eventual en la categoría de auxiliar administrativo para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural y extraordinaria y cuyo nombramiento fue objeto de trece prórrogas, motivadas no de forma específica sino de manera genérica invocando "necesidades del servicio". La segunda cuestión, por su parte, afectaba a un arquitecto que, después de prestar servicios en un Ayuntamiento durante cinco años con dos contratos sucesivos de duración determinada para ejecutar un programa, fue nombrado funcionario interino para la ejecución de ese mismo programa, condición en la que prestó servicios durante catorce años más.

Es importante tener en cuenta el alcance y contenido del planteamiento de las cuestiones prejudiciales, pues en ellas el Tribunal *a* quo encauza y en gran medida condiciona el pronunciamiento final del Tribunal de Justicia.

En ambos casos, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que se ha producido una utilización abusiva de la contratación de duración determinada, según establece la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Así, en lo tocante al personal temporal eventual la inespecífica motivación del nombramiento y de las sucesivas prórrogas no permiten apreciar si estas se utilizaron realmente para satisfacer necesidades temporales o permanentes de la Administración. En el caso del funcionario interino, por su parte, el Tribunal Superior de Justicia llama la atención sobre el largo período temporal del nombramiento (más de diecisiete años). A partir de aquí, el Tribunal recuerda al plantear las cuestiones prejudiciales que en España la jurisprudencia ha elaborado el concepto de "trabajadores indefinidos no fijos" para los supuestos de contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones públicas, con la importante consecuencia de que la duración indefinida del contrato implica que éste no está sometido a plazo.

En suma, el objeto de la cuestión prejudicial queda planteado en los siguientes términos: conformidad con los requisitos establecidos por la Directiva 1999/70 de una norma nacional, o de la práctica de los tribunales nacionales, que no reconoce ni al personal estatutario temporal eventual ni a los funcionarios interinos (relaciones de servicio reguladas por el Derecho administrativo) el derecho al mantenimiento de su

relación de servicio o, más bien, a ocupar la plaza desempeñada temporalmente hasta su cobertura en forma reglamentaria o su amortización por los procedimientos legalmente previstos, mientras que este derecho se reconoce a los trabajadores indefinidos no fijos (relación jurídica regulada por el Derecho laboral).

En efecto, el Tribunal de Justicia –al hilo de la contextualización que le hizo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al plantear la cuestión prejudicial– advierte que el Derecho español cuenta con una medida eficaz[17] contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral, dado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado el concepto de trabajador indefinido no fijo[18], con todas las consecuencias que de ello se desprenden en Derecho nacional, en particular, el derecho del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo en tanto en cuanto no se amortice o provea reglamentariamente, pero que, «comoquiera que este concepto no es aplicable al personal que presta servicios para las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, no existe ninguna medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de duración determinada en lo que atañe a dicho personal[19]».

Constatada la inexistencia de solución normativa efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de la sucesión contractual temporal respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, el Tribunal de Justicia considera, por un lado, que tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco y, por otro, que la obligación que incumbe a los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber, conforme al artículo 4 TUE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento

[17] No obstante, como muestra de que el planteamiento fáctico y jurídico de la cuestión prejudicial puede arrastrar inconscientemente al Tribunal de Justicia a interpretaciones infundadas o contradictorias con otros pronunciamientos suyos, en el asunto *León Medialdea* el Tribunal de Justicia afirmó ï sobre la base de la argumentación del Juzgado Social que le formuló la cuestión- que la medida establecida en Derecho español para sancionar los abusos resultantes de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada en el sector público, a saber, la conversión de la relación laboral de duración determinada en relación laboral de carácter indefinido no fijo, es ineficaz, en la medida en que esta última relación puede extinguirse por decisión unilateral del empleador de proveer o amortizar la plaza del trabajador de que se trata, sin abonarle indemnización alguna, no existiendo ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tales abusos [Auto del Tribunal de Justicia en el asunto *León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega*, 11 diciembre 2014 (C-85/14)]. La causa de estas incoherencias hay que buscarlas en el irrefrenable activismo judicial del Tribunal de Justicia que, aun reconociendo que la interpretación del Derecho nacional corresponde a los Tribunales nacionales, no se modera a la hora de llevar a cabo esas interpretaciones de forma indirecta y abstracta con el objetivo confesado de proporcionar criterios hermenéuticos a los únicos competentes Tribunales nacionales. Pero para ello no es de extrañar que los Tribunales nacionales, en la redacción de las cuestiones prejudiciales, proporcionen al Tribunal de Justicia información parcial y razonamientos cuando menos discutibles.

[18] En efecto, en el caso del personal laboral, la Jurisdicción de lo Social ha alumbrado la categoría del indefinido no fijo, conciliando el interés del trabajador en ver transformada su relación laboral por tiempo indefinido como consecuencia del fraude en su contratación sucesiva y encadenada y el interés público de preservar los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad para acceder al empleo público.

[19] *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 47.

de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de dichos Estados, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales[20], las cuales deben velar por que, con la esperanza de seguir empleados en el futuro en el sector público, los trabajadores con los que se hayan celebrado de manera abusiva contratos laborales de duración determinada no se vean disuadidos de hacer valer ante las autoridades nacionales, incluidas las jurisdiccionales, los derechos que se desprenden de la aplicación por parte de la normativa nacional de todas las medidas preventivas establecidas por el Derecho europeo[21]

Sentadas estas premisas, las consecuencias que extrae el Tribunal de Justicia de la Unión Europea son:

a. En primer lugar, que los Tribunales nacionales deben cerciorarse de que todos los trabajadores con contratos «de duración determinada» puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno[22].
b. Y, en segundo lugar, el Tribunal Justicia concreta –adaptando su interpretación al contexto de los hechos en los que se suscita la cuestión prejudicial– y señala que, en la medida en que en los litigios principales «no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco[23]».

La formulación conclusiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es, por tanto, que el Derecho europeo –concretado en la Directiva 1999/70 relativa al trabajo de duración determinada– «se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a

[20] *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n. 106.
[21] *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n. 165.
[22] *Angelidaki e.a.*, 23 abril 2009 (C378/07 a C380/07), n.166.
[23] *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 53.

menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal[24]».

Es decir, que no es que el Derecho europeo imponga que las relaciones temporales de trabajo, regidas por el Derecho Administrativo y de las cuales las Administraciones hayan hecho un uso abusivo por encadenar nombramientos sucesivos, se transformen en relaciones de duración indeterminada, sino que, mientras el Derecho nacional no prevea una consecuencia jurídica a tal uso abusivo en el sector público, los Tribunales nacionales deberán dar cumplimiento a la Directiva, aplicando una medida eficaz para garantizar los derechos reconocidos por el Derecho europeo, medida que además debe ser equivalente a la que el Derecho interno prevé para situaciones internas similares (caso del reconocimiento del carácter «indefinido no fijo» de las relaciones regidas por el Derecho Administrativo).

La concatenación de situaciones, de planos normativos (europeo y nacional) y de categorías de empleados (indefinido no fijo, funcionario interino) pudiera generar una cierta confusión, razón por la cual resulta necesario precisar y recapitular las conclusiones de la doctrina europea, en general, y de la sentencia *Martínez Andrés*, en particular:

- El Derecho europeo no obliga a transformar en indefinidas las relaciones temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo que hayan sido objeto de una utilización abusiva al encadenar nombramientos sucesivos.
- Ni siquiera el Derecho europeo obligaba a transformar en indefinidas las relaciones temporales regidas por el Derecho laboral de las que se hubiera abusado al encadenar contrataciones sucesivas.
- Esa transformación en indefinidas de las relaciones temporales laborales es una solución que creó exclusivamente el Derecho interno, pues el Derecho europeo no establece las consecuencias del incumplimiento de la Directiva relativa al trabajo de duración determinada.
- Pero en la medida en que la norma española no prevé las consecuencias al incumplimiento de la Directiva relativa al trabajo de duración determinada cuando se trata de relaciones profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo, los Jueces y Tribunales nacionales, al conocer de los litigios concretos, deben dar una solución equivalente a la que el Derecho nacional prevé para las profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho laboral. Como puede apreciarse, la traslación del indefinido no fija no deriva tanto de la comparabilidad de las situaciones cuanto de la inexistencia de medida específica en el Ordenamiento jurídico-público.
- Por tanto, los Jueces y Tribunales nacionales, si estiman semejanza de situación entre el personal laboral temporal y el personal funcionario interinos cuando son objeto de abuso en la duración de su relación, en virtud del principio de

[24] *Martínez Andrés*, 14 septiembre 2016 (C-184/15 y C-197/15), n. 54.

equivalencia, deberán declarar indefinidas las relaciones profesionales temporales en el sector público regidas por el Derecho Administrativo.

- Sin embargo, el Derecho europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconocerían al Legislador español la posibilidad de establecer normativamente una solución específica para el sector público con efecto de sancionar el uso abusivo de nombramientos temporales sucesivos, pero siempre que se trate de una solución equivalente y efectiva[25].
- El juicio de equivalencia de situaciones, en la medida en que implica valoración de situaciones fácticas y, sobre todo, interpretación de normativa interna nacional, es competencia de los Jueces y Tribunales nacionales, no del Tribunal de Justicia.

4.2. El desorden judicial de la recepción de la Sentencia *Martínez Andrés.*

La aplicación de la solución del «indefinido no fijo» de la jurisprudencia social al ámbito de las relaciones temporales regidas por el Derecho Administrativo fue explícitamente apuntada por el propio Tribunal de Justicia en su sentencia *Martínez Andrés*. Y lo hizo no tanto sobre la base de la comparabilidad de situaciones conforme al principio de equivalencia (pues siempre ha procurado respetar la diferenciación de naturaleza de relaciones jurídicas laborales y administrativas) sino viéndose abocado a ello en tanto en cuanto el Ordenamiento español –y, más concretamente, el Derecho administrativo– no establecía una solución como la que exige la Directiva.

Y aunque no han faltados pronunciamientos en el sentido de negar la posibilidad de aplicar la solución del indefinido no fijo a los empleados de naturaleza administrativa, ya sea por la falta de semejanza jurídica[26], ya porque en el ámbito

[25] *Adeneler e.a.*, 4 julio 2006 (C212/04), n 105.

[26] «El Tribunal de la Unión Europea no realiza objeciones a la normativa interna, sino a la aplicación abusiva que pueda hacerse de ella. La propia normativa interna establece una serie de limitaciones y condiciones para impedir el abuso en la contratación temporal, por lo que la correcta invocación y aplicación de dicha normativa impediría la perpetuación del abuso. Por último se considera que el Tribunal de la Unión Europea no está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (artículo 20 del Estatuto Marco) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado. Dicha solución de acudir a la figura de contrato laboral fijo indefinido –se reitera, para casos de fraude demostrado– sería además de dudosa eficacia, puesto que nada impediría que la Administración procediera seguidamente a amortizar por no estimarla necesaria, aquella plaza laboral que no habría sido siquiera creada formalmente. La solución a los posibles abusos en la contratación eventual –razona el Tribunal– pasa por la rigurosa aplicación del artículo 9 del Estatuto Marco, cuya concreta redacción no es disconforme con la Directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, y si la Administración no

público el perjudicado no es tanto el trabajador como el interés público[27], los Tribunales progresivamente procedieron a trasladar dicha doctrina del ámbito laboral al administrativo, primero como categoría y después como posición jurídica.

En efecto, la traslación directa de la doctrina laboral del indefinido no fijo al ámbito de las relaciones regidas por el Derecho administrativo, al amparo de la sentencia *Martínez Andrés*, fue realizada por el mismo Tribunal que había planteado la cuestión prejudicial que incluía en su relato fáctico no sólo el caso de un estatutario eventual sino también el de un funcionario interino de un Ayuntamiento. En la Sentencia final que, tres meses después de dictada la resolución del Tribunal de Justicia, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco emite el 12 de diciembre de 2016, éste considera que, al haber la Administración desnaturalizado por completo la designación temporal de empleados públicos cobijando en ellos supuestos ajenos al nombramiento concreto efectuado y encubriendo una relación de servicios de carácter permanente, la única solución posible es la mencionada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de trasladar la doctrina del indefinido no fijo a las relaciones de empleo público temporales que son objeto de sucesión abusiva, pues el Derecho de la Función Pública española no recoge una respuesta para tales casos.

El hecho de que el Tribunal que planteó la cuestión que dio origen a la Sentencia *Martínez Andrés* dedujera tales consecuencias de la misma no ha dejado de pesar sobre otros Jueces y Tribunales que se han enfrentado al mismo problema. Y no sólo las consecuencias, sino también la argumentación y la concreción de la solución. Ciertamente, el TSJPV se encontraba constreñido por las conclusiones y orientaciones que le formula el TJUE pero también es cierto que éste las expresa porque aquel le había de alguna manera dirigido a ellas en el planteamiento de la cuestión prejudicial.

---

procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio»: STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2016.

[27] Como señala la Sentencia del Juzgado n.º 1 de lo Contencioso-Administrativo de Orense, de 29 de septiembre de 2017 (rec. núm. 94/2017) «Con la prolongación irregular de su contrato temporal el trabajador consigue permanecer en la Administración sin haber superado esas pruebas, vulnerando los referidos principios constitucionales y perjudicando a los que legítimamente aspiran a acceder a esos puestos con carácter definitivo en concurrencia competitiva. En esta provincia de Ourense se ha convertido en práctica habitual, sobre todo en las Administraciones locales, la prolongación artificiosa y premeditada de contrataciones temporales para transformarlas en indefinidas de facto sin que se haya superado la preceptiva oposición. Supuestos en los que el trabajador es un ñbeneficiarioò más que una ñvíctimaò de la contratación irregular (varios alcaldes y concejales se hallan procesados ante la jurisdicción penal por esta causa). La sanción al empresario (AAPP) debería consistir en una obligación de hacer (convocar y resolver urgentemente el procedimiento selectivo de concurrencia competitiva), en una multa o incluso en una imputación penal. Pero no en la mera conversión del contrato en indefinido, ni en el pago de una indemnización al trabajador, que por lo general habrá obtenido un beneficio con la prolongación irregular de su empleo en la Administración sin tener que superar una oposición, con el correlativo perjuicio al interés público y al de los terceros que legítimamente aspiran a ese mismo puesto».

Según el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza».

Y concluye concretando que el interesado continuará vinculado a la Administración «como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria». Por tanto, el Tribunal Superior de Justicia apuntaba a una nueva categoría jurisprudencial en el seno de las clases de empleados públicos temporales regulados por el Derecho Administrativo y que sería un trasunto público de la categoría laboral del indefinido no fijo que había creado en su día la Jurisdicción social. Esta primera formulación, en cambio, resultaba lo suficientemente críptica en su naturaleza y alcance como para experimentar una evolución y una precisión posterior.

De esta forma, los Tribunales comenzaron a recoger el carácter indefinido no fijo de funcionarios temporales objeto de abuso en la duración de sus relaciones, pero no tanto como categoría jurídica sino más bien como una posición jurídica en la que se encontrarían aquellos. Como señalara el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 20 de diciembre de 2017: «la pretensión de que se declare al personal temporal como personal indefinido no fijo no tiene su apoyo en la existencia de tal categoría en cuanto tal, ni con ello se trata de desconocer los principios de mérito y capacidad que rigen la selección del personal que presta sus servicios en el sector público, sino que el recurso a tal categoría es una consecuencia de que se haya abusado de la contratación temporal con el fin de evitar ese abuso y de sancionarlo en el caso de que se produzca. Por lo tanto, puede acudirse a dicho recurso o a cualquier otro porque, como hemos visto, lo que la jurisprudencia del TJUE dice es que las consecuencias de incumplir lo que dice la Directiva han de determinarse con arreglo al derecho interno y que la respuesta que se dé ha de ser lo suficientemente disuasoria (para evitar la reiteración) y proporcionada a la infracción cometida. Por lo tanto, no es argumento válido sostener que la categoría que invoca la parte actora (hoy apelante) del trabajador indefinido no fijo no existe en el ámbito de la función pública, porque su invocación es a los fines indicados: no se pretende el reconocimiento de una categoría de funcionario o personal estatuario inexistente sino las consecuencias indemnizatorias que se derivan de la misma para el supuesto de cese en la prestación de servicios cuando ha habido un abuso en la contratación o nombramientos».

Las posibles consecuencias indemnizatorias[28] son uno de los contenidos previstos a esta singular posición jurídica del indefinido no fijo de Derecho Administrativo. La otra sería la relativa estabilidad[29] que le proporciona tal condición, en tanto en cuanto su cese solo puede venir dado por la cobertura reglamentaria de la plaza o por amortización de ésta.

4.3. El Tribunal Supremo pone orden pero no paz: las SSTS de 26 de septiembre de 2018.

El Tribunal Supremo admitió en casación[30] la cuestión relativa a la utilización abusiva de nombramientos como eventual en servicios de Salud. Según el Tribunal Supremo, precisamente contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, tras haber planteado la cuestión prejudicial que dio la lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (asunto *Martínez Andrés*), había deducido en el ámbito interno las consecuencias de esta sentencia e inaugurando la traslación de la figura del indefinido no fijo de Derecho laboral al ámbito del Derecho administrativo. Las cuestiones que consideró que presentaban interés casacional objetivo eran, en realidad, dos. Primera, si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos de personal estatutario eventual ex artículo 9.3 EMPE, de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal. La segunda -cuyo análisis obviaremos por exceder del objeto de este trabajo- si, con independencia de la respuesta que se ofreciera a la cuestión primera, si el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento.

Las Sentencias realizan idéntica argumentación pero adecúan sus conclusiones al diferente contexto normativo aplicable: una sobre la normativa del personal estatutario eventual del Estatuto Marco de los Servicios de Salud (rec. núm. 785/2017) y otra sobre el régimen general de los funcionarios interinos (rec. núm. 1305/2017). El Tribunal Supremo admite la constatación de los Tribunales de instancia del carácter abusivo de las relaciones jurídicas, señalando además que se incumplieron las medidas que el Ordenamiento prevé para evitar los abusos (en un caso, el estudio de la creación

[28] El contenido de la indemnización se calcularía conforme al alcance que a la misma ha dado la Jurisdicción social para los indefinidos no fijos de naturaleza laboral: 20 días por año de servicio, con el límite de doce mensualidades: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de octubre de 2017.

[29] STSJ de Galicia, de 8 de noviembre de 2017.

[30] Autos de Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2017 (rec. núm. 785/2017), de 12 de junio de 2017 (rec. núm. 732/2017) y de 13 de junio de 2017 (rec. núm. 1305/2017).

de plazas estructurales tras la renovación de los nombramientos eventuales; y, en otro, la estricta temporalidad del programa). A partir de aquí, responde a la cuestión en la que se había fijado el interés casacional: si, constatada una utilización abusiva de los nombramientos (estatutarios) o de las relaciones sucesivas (de quien suscribió, primero, un contrato laboral de duración determinada, y después fue nombrado y vuelto a nombrar funcionario interino) "de conformidad con la sentencia [*Martínez Andrés*] del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2016 (asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15), la única solución jurídica aplicable es la conversión del personal estatutario eventual [o de su relación de servicios, para el supuesto del funcionario interino] en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, o bien si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal"-

Y la respuesta es la determinación de las consecuencias jurídicas que cabe encontrar en el Derecho de la Función Pública sin necesidad de acudir al Derecho laboral o, más concretamente, a la solución del indefinido no fijo.

Respecto al personal estatutario eventual, la Sentencia precisa que "quien es nombrado personal estatutario temporal de carácter eventual y padece una situación de abuso en sus nombramientos o prórrogas sucesivos, queda sujeto y ha de serle de aplicación, en principio, la normativa a que se refieren esos dos preceptos [art. 2.2. Estatuto Marco del Personal Estatutario y art. 2.3 del EBEP], y no la propia del ordenamiento jurídico laboral, ni tampoco la jurisprudencia que con base en éste ha elaborado con tanto acierto la jurisdicción social". Con ello, ni siquiera llega a refutar la posibilidad de aplicación analógica del Derecho laboral pues antes concluye que en el Derecho de la Función Pública existen "medidas legales equivalentes" para sancionar eficaz y disuasoriamente los abusos producidos en las relaciones temporales, cosa que precisamente indicaba el Tribunal de Justicia en la sentencia *Martínez Andrés*, cuando aventuraba la posibilidad de aplicación de la figura del indefinido no fijo "a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto a dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar" (n. 54).

Evita, así discurrir en un plano de estricta lógica jurídica sobre la posible aplicación analógica de la figura del indefinido no fijo laboral al ámbito jurídico-administrativo.

Como decíamos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo busca y encuentra la solución o, mejor dicho, las consecuencias a los abusos en la propia normativa de Función Pública, ya sea el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, ya las Leyes generales de Función Pública.

A) Respecto al abuso padecido por el personal eventual estatutario, la medida la encuentra en la correcta aplicación de la medida preventiva cuyo incumplimiento, en realidad, era la causa de la situación de abuso. Se trata del último inciso del art. 9.3 del Estatuto Marco: "*Si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro*"[31]. Según la Sentencia, la Administración no llevó a cabo en su momento el estudio que ordena dicho artículo, conforme al cual "debe valorar, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones de que se trate, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 9.3, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas".

La Sentencia concluye que, ante la constatación de una utilización abusiva de nombramientos, la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal estatutario temporal de carácter eventual de los servicios de salud en personal indefinido no fijo sino, por un lado, la realización correcta del estudio de la necesidad de creación de puesto estructural y, por otro, "la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con todos los derechos profesionales y económicos inherentes a ella, hasta que la Administración sanitaria cumpla en debida forma" la realización del anterior estudio.

Para el Tribunal esta segunda consecuencia es imprescindible porque "es la única que, amén de ser proporcionada al propio actuar de la Administración, es igualmente lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco. En este orden de cosas, una consecuencia que consistiera sólo en el reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber causado el abuso, no sería lo bastante disuasoria como para garantizar esa plena eficacia, por razón del quantum reducido que en buena lógica cabría fijar para la eventual indemnización".

Y es que, respecto a dicha ***indemnización***, la Sentencia no niega tal derecho, pero no lo ampara en una pretendida aplicación nuevamente analógica de la normativa

[31] También constata el incumplimiento del art. 26.5 de la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, según el cual la relación estatutaria eventual ñpodrá tener una duración de hasta 6 meses, prorrogable hasta un máximo de 3 añosò. El Tribunal Supremo constata que la Administración no puso fin a la relación de empleo de la actora cuando establece dicho precepto, señalando además que ñesa decisión, ordenada por la norma, debe ser coherente, o lo que es igual, no seguida sin solución de continuidad por otros nombramientos sucesivos, temporales y de carácter eventual, de terceras personas, que sólo demostraría una desacertada decisión de lo que prevé el precepto básicoò, es decir, el análisis del carácter estructural del puesto y su correspondiente provisión por personal permanente.

laboral sino que lo reconduce a la institución jurídico-administrativa de la responsabilidad administrativa, con sus consiguientes requisitos básicos, de entre los cuales el más complejo es el del daño resarcible, pues, como señala la sentencia, el reconocimiento del derecho a indemnización requiere -además de cuestiones de cuestiones formales- que el afectado identifique "qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y acredite por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida. Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas "equivalencias", al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público". En el caso concreto, la Sentencia considera que no procede el reconocimiento de derecho indemnizatorio alguno "distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo".

B) En lo relativo a los funcionarios interinos (rec. núm. 1305/2017), la Sentencia parte del incumplimiento de la medida preventiva del abuso, concretamente y respecto al supuesto de hecho, el carácter temporal de los programas (cifrados incluso por el TREBEP) y la previsión general de la "necesidad y urgencia del nombramiento" (art. 10 TREBEP). Así, teniendo en cuenta que el afectado prestó servicios de forma ininterrumpida entre 1993 y 2012, al amparo de una sucesión confusa de relaciones laborales y funcionariales interinas cubiertas por un Convenio entre el Ayuntamiento empleador y la Diputación Foral de Álava, al finalizar aquel Convenio (año 2003) el Ayuntamiento debió "poner fin al nombramiento y, en su caso, analizar de modo motivado y fundado si la plantilla municipal necesitaba, o no, ampliar la relación de puestos de trabajo para el desempeño de las funciones que prestaba el actor, actuando a continuación de modo coherente con su decisión"; sin embargo, el afectado continuó prestando servicios sin que se modificase su situación jurídica hasta el año 2012, año en el que se le cesa como consecuencia de la necesidad de reducción de gastos de plantilla.

La Sentencia considera que cuando el Ayuntamiento decidió finalmente poner fin a la relación, la resolución carecía "de la motivación exigible por expresar una causa que a la luz de las actuaciones no puede tenerse por verdadera o cierta en sentido jurídico", pues "el acto administrativo debe servir al fin en consideración al cual la norma ha configurado la potestad que el acto ejercita. Es esto, la adecuación o congruencia efectiva a los fines propios de esa potestad, lo que integra uno de los elementos objetivos de aquél, constituyendo su causa en sentido técnico. Elemento objetivo que cabe ver en el inciso final del art. 53.2 ("El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos") de la Ley 30/1992, entonces en vigor. Su ausencia jurídica, por inadecuación a dichos fines, arrastra de por sí la falta de motivación del acto administrativo. En

consecuencia, aquella resolución incurrió, así, en un supuesto de anulabilidad, el del art. 63.1 de dicha Ley , en relación con los arts. 53.2 y 54 de la misma".

En consecuencia, la relación de empleo como funcionario interino no debe tenerse por finalizada, sino que subsiste y debe continuar, con los derechos profesionales y económicos que le son propios, hasta que la Administración, en cumplimiento del carácter temporal de las relaciones interinas (conjunción de urgencia y necesidad, por un lado, y de circunstancias inherentemente temporales que amparan el nombramiento), analice si, dadas las funciones permanentes y estables, no temporales o provisionales, que realmente desempeñaba el afectado, valore, "de modo motivado, fundado y referido a ellas en concreto, si procede o no el incremento de la plantilla municipal, con las consecuencias ligadas a la decisión que se adopte, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente deban prestar tales funciones".

Por tanto, la doctrina casacional que establece el Tribunal Supremo respecto a los funcionarios interinos objeto de abuso en sus sucesivos nombramientos es que "la solución jurídica aplicable no es la conversión del personal que fue nombrado como funcionario interino de un Ayuntamiento, en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, y hoy en el mismo precepto del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre. Al dar cumplimiento a esa norma, en un caso como el enjuiciado, en que el nombrado cubrió necesidades que, de hecho, no tenían carácter provisional, sino permanente y estable, debe valorarse, de modo motivado, fundado y referido a las concretas funciones que prestó, si procede o no la ampliación de la relación de puestos de trabajo de la plantilla municipal, observado después las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión, entre ellas, de ser negativa por no apreciar déficit estructural de puestos fijos, la de mantener la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se de alguno de los supuestos previstos en ese art. 10.1, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas".

C) Aunque el Tribunal Supremo, en estas sentencias, ha evitado trasladar el engendro jurisprudencial del indefinido no fijo alumbrado en el ámbito laboral, creando una suerte de «indefinido no fijo de Derecho Administrativo» similar a aquel, lo cierto es

que el resultado, en la práctica, es muy cercano[32]. Es decir, que aunque formalmente no se aplica la figura del indefinido no fijo, se configura, implícita y materialmente, una posición jurídica semejante a la de aquel, aunque con los contenidos propios y genuinos que se pueden deducir del marco general del Derecho de la Función Pública lo que impide, de forma más relevante, el reconocimiento de un derecho laboral a la indemnización por cese, tal y como hemos visto más arriba. Sí, en cambio, se establece el derecho al mantenimiento de la relación temporal no de forma fija sino a título indefinido, lo que -al igual que respecto al indefinido no fijo laboral- supone que dicha relación sólo podrá extinguirse por causas objetivas previstas en el Derecho de la Función Pública: cobertura regular del puesto y amortización de éste.

Si se constata el abuso en la duración temporal de la relación funcionarial interina, porque en realidad la temporalidad no es tal sino que la necesidad es permanente o estructural, desde el punto de vista del funcionario afectado, la relación de empleo sólo podrá extinguirse por ocupación reglamentaria de la plaza o por desaparición del puesto, decisiones ambas que se incardinan en la potestad de autoorganización de la Administración, si bien deben ser motivadas en circunstancias y razones objetivas. En última instancia, esta objetividad de las causas de extinción de la relación funcionarial interina es lo que garantiza una cierta permanencia -indefinitud, más bien- a la relación temporal, que, al igual que sucede con el indefinido no fijo de carácter laboral, no puede devenir "fijo", "permanente" o "estable" porque lo impiden los principios constitucionales e institucionales de la Función Pública -igualdad y mérito- que exigen un procedimiento administrativo previo que los articule de forma concurrencial para acreditar tanto la capacidad para el desempeño de las funciones como el mayor mérito respecto al resto de ciudadanos.

A partir de esta situación, el debate se traslada a las causas que permiten a la Administración dar por concluida la relación funcionarial temporal (interina o eventual estatutaria) y que, indirectamente, como hemos visto, garantizan la permanencia relativa (que no absoluta, la cual es sólo propia de los funcionarios de carrera) a los funcionarios temporales. Partiendo de la situación de abuso por encontrarnos ante necesidades permanentes, lo que de hecho y de Derecho determina la reformulación de la posición jurídica del funcionario temporal objeto de aquel abuso, la Administración difícilmente podrá invocar una supuesta temporalidad para dar por concluida la relación, habiendo identificado la jurisprudencia como causas legítimas, principalmente, la provisión de la plaza por funcionario de carrea mediante procedimiento regular (forma de provisión definitiva, nombramiento tras proceso de selección), aunque también ha admitido la posibilidad de su ocupación por otro funcionario temporal con mejor derecho que el funcionario objeto de abuso[33].

---

[32] Así lo señala SÁNCHEZ MORÓN, M: ñLa consagración del funcionario interino indefinidoò en *Revista de Administración Pública,* núm. 208, 2019, p. 236.

[33] Paradigmáticas las SSTS del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 27 de noviembre de 2017, de 22 de octubre de 2018 y de 21 de noviembre de 2018, en las que -en el ámbito del personal estatutario de los Servicios de Salud- se admite la posibilidad de que ñel nombrado interino para reparar el fraude consistente en ser nombrado como

Por tanto, la relación se transforma en indefinida (de "funcionario interino indefinido" ha hablado expresivamente la doctrina administrativista)[34], pues se mantiene mientras no concurra causa legal de cese, como consecuencia de haber sido nombrado funcionario interino para prestar necesidades permanentes, más allá del límite legalmente previsto o del razonablemente estimado.

Aunque las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 configuraran una posición jurídico-administrativa indefinida para los funcionarios temporales objeto de abuso, descartando la categoría jurídico-laboral del indefinido no fijo, las mismas han sido cuestionadas por considerar la solución disconforme con la Directiva 1999/70, al estimar que la consecuencia que se anudaba al abuso constatado de las relaciones funcionariales temporales no constituía una medida disuasoria y eficaz. Paradójicamente, se cuestiona la posición jurídico-administrativa de indefinido no fijo que estas Sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa configuran, pero no la figura del indefinido no fijo de Derecho laboral engendrada en la Jurisdicción Social. Y es que incluso esa posición jurídico-administrativa de indefinido no fijo se reputa insatisfactoria, pues se reivindica directamente el carácter fijo de la sanción jurídica al abuso, lo que respecto a los funcionarios temporales implica el reconocimiento "automático" de la condición de funcionario de carrera.

5. La transformación en funcionarios de carrera de las relaciones funcionariales interinas.

La argumentación relativa a la transformación de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera, constatado el abuso en la temporalidad de su relación, parten de explicar, desde una perspectiva negativa, la inidoneidad de las medidas sancionadoras barajadas (ya sea el carácter indefinido de la relación, ya los procesos de consolidación del personal temporal) y, desde una perspectiva positiva, las propuestas de transformación con un razonamiento más o menos preciso, que evidencian la complejidad de identificar el instrumento técnico-jurídico que ampararía la consecución del resultado último, a saber, la transformación directa o automática en funcionarios de carrera.

5.1. Inidoneidad de las medidas sancionadoras propuestas legal y jurisprudencialmente.

---

eventual pueda ser desplazado no solo por las razones propias de los interinos , sino también por una cobertura regular del puesto por otro interino con sujeción a las bolsas que serían realmente aplicables (bolsas de larga duración, de acuerdo con las cuales la interesada no habría accedido al puesto en su díaò).

[34] *Vid.* SANCHEZ MORÓN, M., *La consagración del funcionario interino indefinido* ***é*** *op. Cit.;* CANTERO MARTÍNEZ, J.: ñEl funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figuraò en *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017, pp. 8-29.

A) En primer lugar, se cuestiona que la posición jurídica "funcionario interino indefinido", que alumbra la jurisprudencia contencioso-administrativa, sea una sanción adecuada al abuso en la temporalidad de la relación, precisamente por su elemento más esencial: el carácter indefinido de la relación, no tanto por la incertidumbre de la duración de la misma (que de hecho siembra la confusión a la hora de calificarlo como trabajador de duración determinada o de duración indeterminada) como por el hecho de que la Administración ostenta el poder unilateral de poner fin a la misma.

Ello iría en contra del objetivo de estabilidad en las relaciones laborales que perseguiría la Directiva 1999/70. De esta manera, sancionar el abuso cometido transformando la relación en cualquier cosa que no sea una duración estable o fija, no respetaría la Directiva, máxime cuando la Administración -responsable del abuso- no vería sancionada su actuación abusiva.

Como puede observarse, la fundamentación de este argumento radica en la idea de que la estabilidad es el objetivo de la Directiva y todo lo que no sea reconocérsela a los funcionarios interinos que han padecido el abuso resulta contrario a aquella.

B) Por esta misma idea se rechazan también, por inadecuados, los procesos de consolidación en cuanto que consecuencia jurídica sancionadora al abuso puesto que, si bien aquellos ponen fin al abuso desde una perspectiva objetiva, no resarcen el abuso padecido por el funcionario interino, desde una perspectiva subjetiva en la medida en que no garantiza la estabilidad a los afectados.

5.2. Instrumentos técnico-jurídicos para la transformación.

Al descartarse, por eliminación, las medidas previstas como consecuencia a los abusos (el carácter indefinido no fijo de la relación y los procesos de consolidación), la mirada se reconduce a la transformación de la relación funcionarial interina, escudriñando los instrumentos técnico-jurídicos que el Ordenamiento interno (conversión del acto) o el europeo (transformación en fija de la relación).

5.2.1. Conversión del nombramiento por fraude de ley o desviación de poder.

Tratándose de instituciones similares amparadas en previsiones normativas, doctrinalmente el fraude de ley es más propio de potestades privadas, mientras que la desviación de poder hace referencia estrictamente a potestades públicas[35]. En cualquier caso, el fraude de ley no es exclusivo del ámbito privado[36]y, en ambos casos, el Ordenamiento establece la consecuencia jurídica que para el acto se deriva.

[35] ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta 2000.

[36] ñ[E]l fraude de ley, como institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento jurídico o contrarios al mismo, es una figura que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del Derecho, y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el artículo

Según el art. 6.4 CC: "*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*". En el caso de funcionarios interinos, se considerarían en fraude de ley los nombramientos realizados no para necesidades temporales (inherentes a las circunstancias que permiten recurrir a esta clase de personal) sino permanentes, actuando formalmente la Administración al amparo del art. 10.1 TREBEP pero persiguiendo un resultado prohibido o contrario al Ordenamiento jurídico-administrativo, cual es la utilización de funcionarios interinos más allá de su temporalidad genuina. La consecuencia sería aplicar la norma que se ha tratado de eludir: el nombramiento de funcionarios de carrera para la realización de esas necesidades permanentes, nombramiento que debe hacerse, bien a resultas de procesos selectivos, bien tras los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo con carácter definitivo.

En lo que respecta a la desviación de poder, recordemos que el art. 70.2 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la define como "*el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico"*, existiendo *"no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, sino también puede concurrir esta desviación teleológica cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso*"[37].

En nuestro caso, la utilización de la potestad de nombrar funcionarios interinos no para cubrir necesidades temporales sino necesidades estructurales o permanentes, para las cuales el Ordenamiento confiere a la Administración la potestad de nombrar funcionarios de carrera. En suma, se habría utilizado la potestad de nombrar funcionarios temporales ("interinos") para, en la práctica, nombrar funcionarios "no temporales". Concurriendo desviación de poder, la consecuencia sería la anulación del acto, esto es, del nombramiento del funcionario interino por constituir un vicio de anulabilidad (art. 48.1 LPAC). Si, en cambio, no se llega a solución tan drástica, no es porque se convierta el acto viciado en otro sino porque, renunciando a la potestad de revisar el acto, directamente se recalifica la posición jurídica de los afectados en función de los hechos, lo que implícitamente supone interpretar flexiblemente el alcance de la temporalidad de los funcionarios interinos.

En efecto, la conversión de actos viciados permite que los actos inválidos desplieguen los efectos de otro acto distinto cuando contengan los elementos

---

6.4. del CC, su encaje normativo, precepto que, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento y ni si quiera podría sostenerse hoy que sea una norma exclusiva de la legislación civilò: Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo.

[37] STS de 18 de marzo de 2011.

constitutivos de otro acto. Ahora bien, no se puede admitir que el nombramiento de un funcionario interino, inválido por perseguir un fin distinto (necesidades permanentes) al pretendido por la norma que le da cobertura (necesidades temporales), pueda convertirse en un nombramiento de funcionario de carrera por el hecho de que desempeña necesidades permanentes, pues carece de un elemento constitutivo esencial de los nombramientos de funcionarios de carrera: la superación de un procedimiento administrativo de selección específico que articule los principios de igualdad y de mérito.

Descartada la conversión jurídica del funcionario interino en funcionario de carrera, lo cierto es que el nombramiento del primero, constatado su carácter abusivo, en puridad técnica -como decíamos- resulta inválido por desviación de poder (nombramiento para necesidades permanentes y no temporales) o, simplemente, por incumplimiento directo de una norma al prolongar su duración más allá de lo legalmente establecido (por ejemplo, por no incorporar la vacante a la primera Oferta de Empleo Público posible). El vicido de invalidez del que adolecería el acto sería, concretamente, de anulabilidad[38]. Sin embargo, la Administración no activa su potestad de revisión de oficio del nombramiento del funcionario interino objeto de abuso por evidentes razones de equidad y de buena fe[39], atendiendo, en última instancia, a que es la propia Administración la causante de tal abuso.

5.2.2. Indirecta "eficacia directa" de la transformación derivada de la Directiva.

Aunque en relación con las consecuencias a los abusos en la duración de las contrataciones temporales la Directiva carece de eficacia directa, pues es evidente que defiere a los Estados la determinación de las medidas a adoptar y la mención a la transformación de la relación en indefinida lo es estrictamente a título de ejemplo, se ha argumentado que, ante la falta de medidas y ante el incumplimiento en este punto de la Directiva, la consecuencia debería ser aplicar aquella transformación, dotando indirectamente de eficacia directa la Directiva en este punto.

Según el razonamiento, aunque es cierto que la Directiva deja un amplio margen de apreciación a los Estados para establecer la medida sancionadora al abuso, también lo es que menciona expresamente una medida: la determinación de en qué condiciones las relaciones laborales de duración determinada "*se considerarán celebrados por tiempo indefinido*". Por tanto, la Directiva contemplaría esta medida como punto de partida de la reacción al abuso, que los Estados pueden exceptuar con carácter general o particular (un sector determinado, como las Administraciones

[38] Art. 48.1 LPAC: ñ*Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*ò

[39] Art. 110 LPAC. Límites de la revisión: ñ*Las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*ò.

Públicas), pero para ello deberán establecer una medida equivalente, no en su contenido y alcance sino en su eficacia sancionadora y disuasoria.

En el caso de España, el Ordenamiento jurídico-laboral sí ha establecido la transformación automática de las relaciones laborales de duración determinada, considerándolas celebradas por tiempo indefinido al constatarse su abuso. Pero el Ordenamiento jurídico-administrativo, en cambio, no sólo no ha previsto tal posibilidad para las relaciones funcionariales temporales, sino que tampoco ha recogido medida equivalente sancionadora. Ello supondría un incumplimiento de la Directiva que permitiría aplicar la medida mencionada en ésta de "considerar celebradas por tiempo indefinido" las relaciones laborales de duración determinada (funcionarios interinos) cuando se constata un abuso en la duración de su nombramiento.

5.3. Conclusiones de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Sánchez Ruíz*.

5.3.1. Las cuestiones prejudiciales.

Toda esta argumentación late en las cuestiones prejudiciales que se le plantean al Tribunal de Justicia[40] para preguntarle si, ante la ausencia en el Ordenamiento jurídico-administrativo de medidas proporcionadas, eficaces y disuasorias en caso de abuso en la utilización temporal de relaciones de servicios de duración determinada, sería posible que los Jueces y Tribunales transformaran la relación temporal en estable. Las cuestiones plantean algunos puntos adicionales diferentes, como el propio concepto de utilización sucesiva de nombramientos abusiva o la necesidad de impugnar todos y cado uno de esos nombramientos, pero también otros conexos que es necesario igualmente analizar, como la valoración, desde el Derecho europeo, de medidas internas aplicadas para poner fin a los abusos (como los procesos de consolidación o la condición de indefinido no fijo).

El tenor literal de los apartados que nos interesan a nuestros efectos es el siguiente:

A) En el asunto *Sánchez Ruiz* (C-103/18)

> *«6) Constatado por el juez nacional el abuso en la contratación sucesiva del empleado público estatutario temporal interino al servicio de SERMAS, que es destinado a cubrir necesidades permanentes y estructurales de la prestación de servicios de los empleados estatutarios fijos, al no existir medida efectiva alguna en el ordenamiento jurídico interno para sancionar tal abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de la norma comunitaria, ¿la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva [1999/70] debe ser interpretada en el sentido de que*

[40] Autos del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid nº 8 de 8 de junio de 2018 y nº 24 de 24 de enero de 2019.

obliga al juez nacional a adoptar medidas efectivas y disuasorias que garanticen el efecto útil del Acuerdo Marco y, por lo tanto, a sancionar dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción de dicha norma europea, dejando inaplicada la norma interna que lo impida?

Si la respuesta fuera positiva, y como declara en [el] apartado 41, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de septiembre de 2016, asuntos C-184/15 y C-197/15:

¿Sería acorde con los objetivos perseguidos por la Directiva [1999/70], como medida para prevenir y sancionar el abuso en la relación temporal sucesiva y eliminar la consecuencia de la infracción del Derecho de la Unión, la transformación de la relación estatutaria temporal interina/eventual/sustituto, en una relación estatutaria estable, ya sea desde la denominación de empleado público fijo o indefinido, con la misma estabilidad en el empleo que los empleados estatutarios fijos comparables?

7) En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija, la misma ¿puede entenderse que solo cumple con los objetivos de la [Directiva 1999/70] y su Acuerdo Marco, cuando el empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así [como] participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos?»

B) En el asunto *Fernández Álvarez* (C-429/18):

4) ¿Es conforme la interpretación que se realiza, por parte de esta juzgadora, que la conversión del trabajador temporal objeto de abuso en "indefinido no fijo" no es sanción eficaz en cuanto el trabajador así calificado pude ser cesado, ya sea porque se cubra su puesto en proceso selectivo o sea amortizada la plaza, y por ello no es conforme con el Acuerdo Marco para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada al no cumplirse el artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70 en cuanto no garantiza por el Estado español los resultados fijados en la misma?

La Abogada General KOKOTT responde a la cuestión relativa a la la transformación de la relación temporal en indefinida o fija, respondiendo previamente a si los procesos de consolidación de personal temporal y la conversión en indefinidos no fijos son una respuesta adecuada al uso abusivo de la temporalidad, lo que reviste una gran importancia por conducir a un escenario en el que el Derecho interno carecería de una medida efectiva para acabar y sancionar el uso abusivo de la temporalidad.

5.3.2. La inadecuación de los procesos de consolidación.

En efecto, en relación con la adecuación de los procesos de consolidación para poner fin a los abusos en la duración de las relaciones de duración determinada, la Abogada General realiza una serie de consideraciones para descalificarlos como medida adecuada, en primer lugar, por la incertidumbre temporal que generan en muchos aspectos: periodicidad de procesos, lastrada por las posibilidades financieras del Estado y dependiente de la discrecionalidad de la Administración ("*las exigencias temporales, establecidas en la normativa nacional pertinente, relativas a la organización de los procesos selectivos se incumplen sin consecuencias visibles*"); duración de los procesos selectivos; indeterminación temporal de los nombramientos de quienes superan el proceso.

Pero, en segundo lugar, señala que, al ser de libre concurrencia los procesos selectivos, "*pueden participar en él candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos, sin que parezca que se tome debidamente en consideración ese abuso (por ejemplo, mediante un nombramiento preferente en caso de que hayan superado el proceso selectivo)*". Y, por último, advierte que, "*en todo caso, la organización de procesos selectivos no elimina las consecuencias de la infracción contra el Derecho de la Unión respecto a los candidatos que no hayan superado las pruebas, que además deberán contar con su cese en una fecha indeterminada*".

Por ello considera que "*para sancionar adecuadamente la utilización abusiva de sucesivos nombramientos de carácter temporal y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de Unión, no basta con convocar procesos selectivos de libre concurrencia cuando el acceso a una relación de servicio fija, derivado de la superación del proceso selectivo por la persona que haya sufrido el uso abusivo de tales nombramientos sucesivos, sea imprevisible e incierto y la normativa nacional pertinente no establezca ninguna otra medida sancionadora*".

Obsérvese que las Conclusiones se mueven en un doble plano, objetivo y subjetivo. En el plano objetivo, la Abogada General considera lo incierto tanto de la convocatoria de procesos como a su duración, pues la primera depende de la discrecionalidad de la Administración y de circunstancias variadas (como la disponibilidad presupuestaria), mientras que la duración de los procedimientos resulta impredecible, pues aunque la norma puede establecer plazos para su finalización, los mismos "se incumplen sin consecuencias visibles". Por todo ello, apelar a los procesos selectivos como medio para poner fin a la duración temporal abusiva de los nombramientos constituye una invocación teórica desmentida en la práctica.

En cuanto al plano subjetivo, relativo al funcionario objeto de abuso, las Conclusiones llegan a afirmar que los procesos de consolidación deben tener en cuenta la situación de abuso a efectos de su configuración. Por un lado, menciona

peyorativamente el hecho de que sean "de libre concurrencia", permitiendo la participación de "candidatos que no hayan sufrido un uso abusivo de nombramientos sucesivos". Por otro, sugiere una medida para tener en cuenta el abuso padecido por candidatos que se ven obligados a participar en el proceso: nombramiento preferente. Se trata de consideraciones difícilmente cohonestables con los principios de igualdad (la primera) y de mérito y capacidad (la segunda) y que, en última instancia, penden sobre los fundamentos mismos de los procesos de consolidación, según se conceptualicen como medios de estabilización del personal temporal o de reducción estructural de la temporalidad.

5.3.3. El «indefinido no fijo» como sanción a la sucesión abusiva de nombramientos.

Gran trascendencia presenta la cuestión relativa a si la figura del «indefinido no fijo» es sanción adecuada al abuso en la sucesión de nombramientos temporales. Cuando se plantea la cuestión, latía en el debate judicial la traslación de la figura laboral al ámbito administrativo y aún no había dictado el Tribunal Supremo las Sentencias comentadas de 26 de septiembre de 2018, que rechaza dicha traslación pero, en la práctica, configura una posición jurídico-administrativa similar

Respecto a la figura del indefinido no fijo, que es conforme a la cual se redacta la cuestión prejudicial (concretamente la C-429/18), las Conclusiones recogen lo nuclear de aquella: que la relación "indefinida no fija" finaliza cuando la plaza vacante se ocupa de modo permanente o se amortiza, lo que -curiosamente en nota a pie de página- lleva a la Abogada General a señalar que "es evidente que el personal indefinido no fijo no se encuentra en una mejor posición que el personal temporal interino". Sin embargo, da cuenta de las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2018 para señalar que no se encuentra en condiciones de responder a la cuestión, pues de aquellas Sentencias se derivaría que el nombramiento abusivo debe sancionarse, por un lado, mediante el mantenimiento de la relación de servicio hasta que la Administración la ponga fin creando una plaza estructural y proveyéndola reglamentariamente y, por otro, reconociendo al empleado afectado una indemnización.

Correspondería al tribunal remitente valorar si tales medidas, en conjunto, pueden considerarse suficientemente eficaces para sancionar los abusos, pero la Abogada General concluye este apartado con una serie de valoraciones que sin duda alguna propiciarán reivindicaciones y nuevas cuestiones prejudiciales.

En primer lugar, recomienda al tribunal que plantea la cuestión que tenga en cuenta la Sentencia *Santoro*[41], donde el Tribunal de Justicia, para los casos en que la normativa nacional no contempla la posibilidad de transformar la relación de servicio en caso de abuso, estableció que la Directiva impondría, como respuesta a aquel, el

[41] *Santoro*, 7 marzo 2018 (C-494/16).

reconocimiento de "un derecho a una indemnización que permita una reparación proporcionada y completa del perjuicio sufrido", derecho que para hacerlo valer el afectado no puede verse sometido a unos requisitos de prueba - en relación con la pérdida de oportunidades de empleo y la consiguiente pérdida de ingresos- tales que impidan o dificulten en extremo su ejercicio. Pero, en segundo lugar, además de ese derecho a una indemnización por los daños sufridos, también se debería prever un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio. En suma, indemnización al funcionario temporal objeto de abuso y sanción efectiva y disuasoria a la Administración que realiza el abuso.

Relevantes son valoraciones que al respecto formula la Abogada General KOKOTT. Así, señala que, en principio, no constituye una medida sancionadora para la Administración el derecho al mantenimiento de la relación de servicio, "dado que el empleado público de que se trate será cesado en caso de amortización de la plaza o de incorporación a esta de personal fijo". Además, "la creación de nuevas plazas conforme a las necesidades comprobadas de personal no es útil para los empleados públicos temporales cuando no se llevan a cabo los necesarios procesos selectivos para la cobertura con carácter permanente de tales plazas", pues el "el mantenimiento de la relación de servicio temporal, exigida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, solo supone, en estas circunstancias, una perpetuación de la precariedad".

5.3.4. La transformación de la relación temporal en fija.

Cuestionados los procesos de consolidación y la figura del indefinido no fijo como sanción adecuada al abuso en la sucesión de nombramientos, la Abogada General aborda la trascendental cuestión de si el Derecho europeo, ante la carencia de medidas internas, ampararía la transformación por los Jueces y Tribunales nacionales de las relaciones temporales en fijas.

Implícitamente la Abogada General asume el argumento de que "una norma nacional que únicamente prohíbe en el sector público la transformación de sucesivas relaciones de servicio temporales en una relación de servicio por tiempo indefinido solo sería compatible con el Acuerdo Marco si el Derecho nacional aplicable en ese sector estableciera alguna otra medida eficaz para evitar el uso abusivo de las relaciones de servicio temporales sucesivas y, en su caso, sancionar dicho uso". Por tanto, si el Ordenamiento jurídico-administrativo carece de medidas eficaces para evitar y, sobre todo, para sancionar los abusos en la sucesión de nombramientos de funcionarios temporales en el Sector Público, la disposición interna que prohíbe o impide la transformación de la relación temporal en fija sería incompatible con el Derecho europeo, lo que permitiría a los Jueces y Tribunales aplicar esa medida sancionadora.

En realidad, esta proposición incluye alguna premisa discutible, aunque la Abogada General sólo rechaza la conclusión que se infiere. En efecto, ya hemos señalado anteriormente que la transformación de las relaciones temporales en fijas no

es una disposición precisa e incondicional de la Directiva 1999/70 que permita dotarla de eficacia directa ante el incumplimiento por los Estados de establecer medidas sancionadoras en caso de abuso en la sucesión de relaciones temporales. En cualquier caso, lo que las Conclusiones refutan es la potestad de los Jueces y Tribunales nacionales, derivada del Derecho europeo, de lleva a cabo esa transformación, incluso ante la falta de medidas por los Estados.

Y es que la Abogada General KOKOTT considera que la Directiva 1999/70 no permite "al juez nacional obviar una clara prohibición del Derecho nacional y sancionar el uso abusivo de sucesivas relaciones de servicio temporales mediante el reconocimiento inmediato de un puesto fijo en el caso concreto", pues ello sería contrario al principio de proporcionalidad en tanto en cuanto iría más allá de lo necesario para lograr el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, que no es otro que establecer un sistema de medidas para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.

Esta argumentación basada en el principio de proporcionalidad se despliega en las Conclusiones de una manera un tanto confusa: "Si se permitiera a los tribunales nacionales sancionar el abuso reconociendo en el caso concreto un puesto fijo al personal temporal, esto tendría graves consecuencias para el acceso a la función pública en su conjunto y pondría seriamente en cuestión el objetivo de los procesos de selección. En primer lugar, las personas que hubieran superado un proceso selectivo, pero que aún no hubieran recibido un nombramiento para ejercer sus funciones con carácter permanente, serían tratadas del mismo modo que aquellas que no hubieran participado en ese proceso o que no lo hubieran superado. Además, apenas sería posible tomar debidamente en consideración la diversa duración del uso abusivo y los méritos adquiridos por el interesado". Parece, pues, que se señala que ello iría contra el principio de igualdad (al referirse a quienes participan y superan un proceso selectivo, por un lado, y a quienes no participan en dicho proceso o no lo superan, por otro) Pero también contra el principio de mérito, porque trataría por igual a los funcionarios temporales objeto de abuso, sin diferenciar en función de la duración del abuso o de los méritos adquiridos por aquellos durante la prestación temporal de sus servicios, lo que implícitamente supone hacer del abuso padecido un mérito.

De ahí que, partiendo de la (discutible) premisa de que "pudiera considerarse que la cláusula 5 del Acuerdo Marco exige la transformación de relaciones de servicio temporales en relaciones de servicio indefinidas y fijas debido a la falta de otras posibilidades de sanción", la Abogada General termina por considerar "indispensable que exista un procedimiento ordenado para la ejecución de la sanción, de modo que pueda determinarse de modo comprensible, sobre la base de criterios objetivos y transparentes, el orden en los nombramientos".

5.3.5. Valoración de las Conclusiones.

Los razonamientos de la Abogada General KOKOTT en el asunto *Sánchez Ruiz* son lo suficientemente confusos como para debilitar las conclusiones a las que llega. Las valoraciones que hace de la eficacia de los procesos de consolidación y de la posición jurídica del indefinido no fijo responden más bien a una incompleta identificación de la realidad jurídica y fáctica del Ordenamiento interno que, aunque se defiere a los Tribunales nacionales su interpretación, no impide la realización de apreciaciones que inevitablemente resultan imprecisas.

Más cuestionable es la interpretación que se hace del alcance de la Directiva 1999/70 en lo que respecta a la obligación de los Estados de prevenir y, sobre todo, de sancionar los abusos en la utilización sucesiva de nombramientos temporales. En efecto, las Conclusiones, aunque admiten que el juicio de apreciar si el Ordenamiento interno carece de mecanismos sancionadores de abusos compete a los Jueces y Tribunales nacionales, primero acotan tales medidas, como hemos visto, cuestionando las relativas a los procesos de consolidación y a la posición jurídica del «indefinido no fijo» y, después, reducen el juicio a una alternativa: o transformación en fija de la relación, o indemnización. Más aún, la Abogada General -asumiendo los razonamientos de la propia cuestión prejudicial- parte de la premisa de que la transformación en fija es la regla general o prioritaria de reacción a los abusos, por constituir la protección óptima y más eficaz de los trabajadores, de manera que, si se descarta esta medida en un sector como el de la Función Pública, no sólo debería estar motivada como tal excepción sino también y sobre todo debe necesariamente establecerse una medida resarcitoria en forma de indemnización, pues sería la única medida eficaz y disuasoria.

Sin embargo, la conclusión de que si no hay transformación debe haber indemnización a título de abuso es el resultado de una lectura reduccionista de la sentencia *Santoro*. Si en ésta el Tribunal de Justicia maneja esa alternativa concreta es porque es la opción del sistema italiano de empleo cuando se verifican abusos en la sucesión de relaciones temporales[42], pero en dicha sentencia el Tribunal parte del principio de que son los Estados los que deben elegir las medidas sancionadoras de abusos, sin que ni la Directiva ni la jurisprudencia europeas contemplen esa situación dicotómica alternativa de ambas soluciones: transformación o indemnización. Según

[42] El fallo de la sentencia *Santoro,* 7 marzo 2018 (C-494/16), afirma la inexistencia de dicotomía entre transformación e indemnización, en sentido abstracto, pero además su juicio final se redacta a partir del Derecho positivo italiano, aquí con alcance singular respecto al mismo: ñ*La cláusula 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente*ò.

sus propias palabras, "los Estados miembros no están obligados, a la luz de lo dispuesto en la cláusula 5 del Acuerdo marco, a prever la transformación de los contratos de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Por lo tanto, tampoco se les puede imponer conceder, si no se realiza esta transformación, una indemnización destinada a compensar la inexistencia de tal transformación del contrato" (n. 47).

De hecho, el Tribunal, al valorar más adelante la adecuación de la indemnización prevista en la legislación italiana como medida sancionadora de abuso y, más particularmente, la indemnización a título de responsabilidad por daño que también reconoce la jurisprudencia italiana para los perjuicios padecidos (por daño emergente y lucro cesante, en este caso por pérdida de oportunidades de empleo, cuyo principal problema es la exigencia de acreditación[43]), tiene en cuenta otras medidas previstas por el Ordenamiento italiano para sancionar los abusos: "la normativa nacional incluye otras medidas destinadas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada. Por ejemplo, el artículo 36, apartado 5, del Decreto Legislativo n.o 165/2001 establece que las administraciones están obligadas a recuperar de los directivos responsables los importes abonados a los trabajadores en concepto de reparación del perjuicio sufrido debido a la infracción de las disposiciones relativas a la selección o a la contratación, cuando esta infracción es intencional o resultado de una falta grave. Además, esta infracción se tiene en cuenta en la evaluación del desempeño de estos directivos, quienes, debido a ella, no pueden obtener complementos salariales vinculados al resultado. A mayor abundamiento, el artículo 36, apartado 6, de este Decreto Legislativo dispone que las administraciones públicas que hayan infringido disposiciones relativas a la selección o a la contratación no pueden llevar a cabo procesos selectivos de ningún tipo durante los tres años posteriores a la infracción".

Tales medidas, específicas del ámbito del Sector Público y diferentes a las aplicables en el sector privado, no pueden solo por eso presumirse menos efectivas: "En todo caso, el que la medida adoptada por el legislador nacional para sancionar la utilización abusiva de contratos de duración determinada por los empleadores del sector privado constituya la protección más amplia que se puede reconocer a un trabajador no puede por sí mismo tener como consecuencia atenuar el carácter efectivo de las medidas nacionales aplicables a los trabajadores del sector público".

Por tanto, el estándar de protección efectiva en el sector público no puede valorarse ni deslegitimarse por el mero hecho de no establecer la transformación de la relación en fija, lo que tampoco significa que se de un cheque en blanco al Legislador

[43] De hecho el Tribunal de Justicia admitirá la prueba por presunciones e indicios: ñ*Habida cuenta de las dificultades inherentes a la demostración de la existencia de una pérdida de oportunidad, debe declararse que un mecanismo de presunción que tiene por objeto garantizar al trabajador que ha sufrido, debido al uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, una pérdida de oportunidades de empleo la posibilidad de eliminar las consecuencias de tal infracción del Derecho de la Unión puede satisfacer el requisito de efectividad.*ò

para establecer cualquier medida que no sea eficaz y disuasoria para reaccionar a los incumplimientos de la Directiva.

Por último, sin duda alguna el pronunciamiento con más trascendencia de las Conclusiones es el relativo a que el Derecho europeo no confiere a los Jueces y Tribunales nacionales la potestad de transformar en fijas las relaciones temporales objeto de abuso en el sector público. La fundamentación de esta conclusión es un poco confusa al invocar la eficacia de los procesos selectivos, aunque también implícitamente la igualdad al participar o no en los procesos selectivos y la no diferenciación del abuso padecido. Explícitamente no menciona -como sí hicieron otros Abogados Generales- la singularidad institucional de la Función Pública y los principios que la conforman, que constituirían bienes jurídicos cuya ponderación permite -más aún, exige- una regulación específica a la hora establecer los medios para prevenir y sancionar los abusos. El Tribunal de Justicia ha sido consciente de esta singularidad institucional de la Función Pública a la hora de delimitar el alcance de la Directiva 1999/70 para adecuar su objetivo de evitar y sancionar abusos en las condiciones de trabajo y en la temporalidad de las relaciones de duración determinada. Pero una cosa es adecuar los medios y otra abdicar de los objetivos de protección

5.4. Límites europeos a la transformación.

5.4.1. Ausencia de eficacia directa de la posibilidad de transformación de las relaciones temporales en fijas.

La mención en la Directiva europea de la transformación en "indefinida" (o fija) de las relaciones temporales objeto de abuso en su duración carece de eficacia directa, por lo que el incumplimiento de los Estados de aquella al prever mecanismos de respuesta a los abusos que se puedan producir no permite a los Jueces y Tribunales llevar a cabo esa transformación. Tampoco cabe dotar indirectamente de tal eficacia directa a esa previsión por considerar que no existe otra medida adecuada en el Ordenamiento interno.

5.4.2. Incompatibilidad con el Derecho europeo de la prohibición interna de transformación.

También se ha planteado la incompatibilidad con el Derecho europeo de la prohibición interna de transformación, lo que facultaría a los Jueces y Tribunales a inaplicar la norma que impide dicha transformación, independientemente del rango constitucional o legal de aquella. Este argumento se refutaría por lo erróneo de la premisa, pues la prohibición interna de transformación no es contraria formalmente a ninguna obligación derivada del Derecho europeo, pues éste en ningún caso impone de forma vinculante esta transformación, permitiendo a los Estados que establezcan cualquier otra medida reactiva que resulte eficaz y disuasoria.

5.4.3. Aplicación de la transformación en el sector público por equivalencia con el sector privado.

Ante la constatación de la ausencia de medidas disuasorias y eficaces que sancionen los abusos en la sucesión de nombramientos de funcionarios temporales, los Jueces y Tribunales estarían obligados y facultados para identificar en el Derecho interno una medida disuasoria y eficaz que, aunque prevista para situaciones internas, sea aplicable al supuesto europeo (principio de equivalencia). De esta manera, como el Ordenamiento jurídico-laboral contempla una medida eficaz y disuasoria -más aún, la más disuasoria frente a la Administración y las más eficaz para proteger a los trabajadores-, a saber, la transformación en fija de la relación temporal como consecuencia del abuso, los Jueces y Tribunales, constatado que el Derecho de la Función Pública no recoge medidas adecuadas para reaccionar a los abusos, podrían y deberán trasladar tal solución de transformación a los abusos padecidos por los funcionarios temporales.

Este argumento invoca el principio de equivalencia. En virtud de éste, siempre que no exista regulación europea sobre la ejecución del Derecho de la Unión o normativa nacional específica que establezca el régimen jurídico interno de dicha ejecución, el principio de equivalencia exigirá que se aplique a la ejecución de las normas europeas el Derecho nacional establecido con carácter general para regular la ejecución del Derecho interno[44]. El principio de equivalencia se caracteriza por su engañosa apariencia de facilidad en su aplicación pues el problema no radica en sus consecuencias sino en sus presupuestos, en tanto en cuanto es preciso que se dé una similitud entre las situaciones europea y nacional, desde el punto de vista de su objeto, de su causa y de sus elementos esenciales, a efectos de llevar a cabo un juicio de equivalencia. Lo cual, en ocasiones, no resulta evidente y, en muchas ocasiones, posible.

En el caso que nos ocupa, la semejanza de situaciones en caso de abuso entre los trabajadores laborales y los funcionarios temporales presenta una radical diferencia que impide colmar la laguna jurídico-administrativa con una interpretación analógica de la norma laboral. Radical diferencia que estribaría en la ausencia de identidad de razón en lo que respecta a los elementos esenciales de constitución de la relación que, existiendo en la relación laboral privada, en la relación funcionarial exigen un procedimiento administrativo previo que articule los principios de igualdad y de mérito por lo que una eventual transformación de dicha relación no sería posible ante la ausencia de dicho procedimiento administrativo, el cual se erige como un elemento constitutivo esencial sin el cual, por tanto, no es posible transformar la relación.

También cabría discutir que en el Derecho de la Función Pública se pueda considera como laguna jurídica la ausencia de previsión de transformación de relación

[44] *ÖBB Personenverkehr*, 28 enero 2015 (C-417/13), n. 74.

temporal en fija en casos de abuso en la utilización sucesiva de nombramientos. Siendo el Derecho Administrativo, en general, y el Derecho de la Función Pública, en particular, un Ordenamiento específico de la Administración, diferente al Ordenamiento que regula las relaciones laborales privadas, respondiendo ambos a principios estructurales diversos, la eventual ausencia de una institución o técnica jurídica en el Derecho de la Función Pública, que en cambio pueda existir en el Derecho del Trabajo, no significa que el Legislador de aquel haya dejado, por omisión, de regular o prever dicha institución o técnica jurídica, sino que normalmente implicará que no la considera oportuna o adecuada para la relación de servicio que se regula por el Ordenamiento jurídico-administrativo.

Por tanto, el principio de equivalencia no permitiría que la solución que el Derecho interno prevé para sancionar abusos en la contratación laboral temporal se extienda a los casos de abuso en los nombramientos funcionariales temporales, por la falta de semejanza de situaciones.

5.4.4. Efectividad de la Directiva e interpretación conforme.

Ante la imposibilidad formal de aplicar el principio de equivalencia, se podría recurrir al otro principio ejecutivo que limita la autonomía de los Estados al regular y aplicar el Derecho europeo: el principio de efectividad. Partiendo de la normativa nacional, el principio de efectividad exige que aquella normativa nacional ni impida ni dificulte excesivamente la eficacia del Derecho europeo. A tal fin, el principio de efectividad exige la máxima potenciación del principio de interpretación conforme para que los Jueces y Tribunales puedan extraer del conjunto del Ordenamiento nacional la modalidad ejecutiva más adecuada para obtener los resultados perseguidos por el acto europeo. Y con más alcance aún que en el ámbito del principio de equivalencia, el Tribunal de Justicia procederá a interpretar el Derecho nacional para proporcionar a los Jueces nacionales parámetros desde los cuales no ya cohonestar las eventuales contradicciones entre ambos Ordenamientos sino incluso identificar la solución aplicativa interna que permita a la norma nacional desplegar efectos de la mejor manera posible.

En relación con la Directiva 1999/70, el principio de efectividad exigiría identificar las medidas existentes en el Derecho interno para conseguir que los objetivos de aquella se alcancen. Concretamente, deducir del Ordenamiento interno aquellas técnicas o soluciones más eficaces para sancionar los abusos que se produzcan al constatarse una utilización sucesiva de nombramientos funcionariales temporales. De esta manera, se aplicarían los medios o instrumentos para alcanzar los resultados queridos por la Directiva. Por ello, el principio de efectividad es un principio de resultados.

De esta característica de obligación de resultado que impondría el principio de efectividad, se derivaría la consecuencia de reconocer a los Jueces y Tribunales, una

vez concluido –implícita o explícitamente- que una norma nacional impide o dificulta excesivamente a la disposición europea desplegar sus efectos, ya sea por la regulación que hace o por la falta de ella, la facultad de adoptar decisiones positivas que permitan la eficacia del acto europeo. Esta aproximación positiva al papel de los Jueces y Tribunales ha terminado por erigirse en un corolario autónomo del principio de efectividad, consagrando el principio de tutela judicial efectiva.

Para aplicar este principio de efectividad los Jueces y Tribunales deben potenciar la interpretación conforme del Ordenamiento interno, en virtud del cual los órganos administrativos o judiciales de los Estados miembros encargados de la aplicación del Derecho europeo, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, deben ejercer sus competencias de tal manera que garanticen la plena efectividad del Derecho de la Unión y alcanzar una solución adecuada al perseguido por éste[45].

Esta obligación de interpretación conforme se ha construido sobre la base de los poderes de los jueces ante el incumplimiento de transposición de las Directivas, si bien constituye un principio que obliga a todos los poderes públicos, también a la Administración, en su función de ejecución y aplicación del Derecho europeo y sobre la que igualmente pesa el imperativo de primacía del Derecho europeo, teniendo obviamente en cuenta que sus potestades difieren cualitativamente de las de aquellos y, por tanto, las consecuencias que se pueden derivar del juicio de conformidad del Ordenamiento nacional con el europeo.

En cuanto al alcance de este principio, podemos advertir dos facetas: una negativa y otra positiva. Negativamente, la interpretación conforme se encamina a evitar que se llegue a la conclusión de la incompatibilidad entre normas de los dos Ordenamientos, con la subsiguiente activación de las técnicas oportunas (inaplicación de leyes nacionales[46], invalidez de normas o actos administrativos nacionales, etc.). Positivamente, el principio impone un mandato al órgano que aplica el Derecho europeo para que la efectividad de éste se vea alcanzada utilizando todo el Ordenamiento nacional necesario. En el fondo, ambas facetas no son sino el haz y el envés de una misma obligación, pues la necesidad de utilizar todos los medios del Ordenamiento nacional para conseguir la efectividad máxima del Derecho europeo no hace sino evitar que se pueda llegar a constatar un incumplimiento del Ordenamiento nacional por no prever y disponer de los medios imprescindibles para ejecutar la norma europea.

En cualquier caso, la efectividad que condiciona la obligación de interpretación conforme no impide reconocer límites a la misma en los principios generales del

[45] *Klausner*, 11 noviembre 2015 (C-505/14), n. 34.

[46] Así, según el Tribunal de Justicia, ñla cuestión de si ha de excluirse la aplicación de una disposición nacional, en la medida en que sea contraria al Derecho de la Unión, sólo se plantea si no es posible una interpretación conforme de tal disposiciónò: *Domínguez*, 24 enero 2012 (C-282/10), n. 24.

Derecho y en la prohibición de interpretaciones *contra legem*[47], como sería el caso de, en aras de la efectividad de la Directiva 1999/70, transformar las relaciones funcionariales temporales en fijas como medida sancionadora a los abusos en la sucesión de nombramientos, cuando el Ordenamiento interno no permiten esa transformación al exigir el respecto de los principios de igualdad y de mérito, articulados a través de un proceso selectivo.

5.4.5. Ponderación de las características de la Función Pública a efectos de adecuar los medios encaminados a la consecución de los objetivos de la Directiva 1999/70.

Aunque la Directiva 1999/70 no menciona explícitamente ni a las Administraciones Públicas ni a los trabajadores del sector público y utiliza, en cambio, una terminología eminentemente genuina del sector privado, el Tribunal de Justicia ha afirmado sin ambages que tal Directiva se aplica igualmente a la Función Pública.

No obstante, reconocerá la necesidad de adecuar los medios encaminados a la consecución de los objetivos de la Directiva a las peculiaridades del sector público, lo cual será resultado de una ponderación entre los intereses públicos y las características institucionales de las Administraciones Públicas, como los principios de igualdad y de mérito y capacidad que rigen, en particular, el ingreso en la Función Pública, así como las exigencias estructurales de imparcialidad, eficacia e independencia que implican un mayor grado de permanencia y estabilidad en la relación de servicio.

Así lo evidencia, por ejemplo, la sentencia *Ayovi*[48], donde el Tribunal de Justicia –contra el criterio de la Abogada Geneal KOKOTT- entiende justificado el tratamiento diferente que el art. 96.2 del TREBEP depara a los despidos del personal laboral considerados posteriormente improcedentes, en tanto en cuanto la readmisión sólo se aplica al personal laboral fijo y no al indefinido no fijo (por tanto, temporal). Para el Tribunal de Justicia, esta diferencia de trato encontraría justificación en "características del Derecho de la función pública nacional", pues "consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Estas consideraciones, que no tienen equivalente en el Derecho laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente. Por consiguiente, es necesario considerar que la readmisión automática de los trabajadores fijos forma parte de un contexto muy diferente, desde un punto de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que se encuentran los trabajadores que no son fijos".

[47] *Impact*, 15 abril 2008 (C-268/06), *Rec.* p. I-2483, n. 100.
[48] *Ayovi*, de 25 de julio de 2018 (C-96/17).

Igualmente rotunda fue la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Motter*[49], al considerar que "no cabe considerar que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que solo toma en consideración como máximo las dos terceras partes de la antigüedad de más de cuatro años adquirida en virtud de contratos de trabajo de duración determinada, sobrepase lo necesario para ajustarse a los objetivos previamente examinados y alcanzar un equilibrio entre los intereses legítimos de los trabajadores con contrato de duración determinada y los de los trabajadores fijos, respetando los valores meritocráticos y las consideraciones de imparcialidad y de eficacia de la administración en que se basa la selección de funcionarios mediante oposición".

De esta manera, la jurisprudencia ha reconocido la necesidad de equilibrar el carácter tuitivo que informa los objetivos de la Directiva, ponderando –que no supeditando- los intereses públicos con los intereses privados de los empleados. Por ello, las medidas que se adopten en el sector público para sancionar los abusos en la sucesión de relaciones no tienen por qué ir inevitablemente encaminadas a resarcir o compensar al funcionario temporal afectado, ya sea económicamente en forma de indemnización por daños o a tanto alzado, ya en especie transformando su relación en fija (*Santoro*). Tal resarcimiento o compensación se deberá articular a través de la responsabilidad que genera la vulneración de los derechos que el Ordenamiento europeo atribuye al funcionario temporal en cuanto que trabajador. Pero el Tribunal de Justicia entendería que es necesario tener en cuenta las "características del Derecho de la función pública nacional" a la hora de respetar que el ingreso en la Administración a título fijo se haga a través de los procedimientos que salvaguarden aquellas características.

5.5. Límites internos a la transformación: principios constitucionales del sistema de Función Pública.

5.5.1. Imposibilidad de soslayar el procedimiento administrativo que articule los principios constitucionales de igualdad y de mérito. Figuras alternativas a la transformación en funcionario de carrera.

El acceso a la Función Pública, en calidad de funcionario de carrera, viene regido por los principios constitucionales de igualdad y de mérito y capacidad, que se articulan legislativamente a través de procedimientos administrativos selectivos. Es imposible devenir funcionario de carrera sin la participación en dicho procedimiento en el que, por un lado, se debe constatar la capacidad general para realizar las funciones abstractas de un funcionario de carrea y la capacidad específica para desempeñar las funciones concretas y propias del Cuerpo al que se accedería y, por otro, se debe probar el mayor mérito para el acceso respecto al resto de candidatos, en la medida en

[49] *Motter*, 20 septiembre 2018 (C-466/17).

que sólo se admite el mérito como el criterio diferenciador de los ciudadanos para acceder a los puestos públicos.

La posibilidad de convertirse en funcionario de carrera como consecuencia de haber padecido abuso en la sucesión de nombramientos funcionariales temporales no está contemplada en el Derecho de la Función Pública española. A lo más que se ha llegado, invocando instituciones como la desviación de poder y el fraude de ley, es a anular los ceses de funcionarios temporales objeto de abuso cuando no obedecían a las circunstancias objetivas de provisión definitiva y reglamentaria de la plaza o amortización de la misma, pues cuando se ha constatado el abuso por sucesión de nombramientos que denote la existencia de necesidades permanentes y no temporales, no cabe alegar posteriormente el fin de la temporalidad de la causa de nombramiento. De esta manera, se limitan las posibilidades para la Administración de poner fin a la relación funcionarial temporal, dotando de una estabilidad relativa a dicha relación. Ciertamente, el cese continuará siendo discrecional, en tanto en cuanto tanto la amortización de la plaza como su ocupación de forma definitiva depende de su potestad de autoorganización, pero ambas posibilidades deberán estar debidamente motivadas y realizarse conforme a los correspondientes procedimientos administrativos.

Esta estabilidad relativa de los funcionarios temporales, que responde en gran medida al estatus jurídico-administrativo creado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 26 de septiembre de 2018, presenta una mayor importancia cuando los funcionarios temporales no ocupan plaza de plantilla, pues en tales casos su régimen jurídico no les garantiza que su relación sólo cesa por provisión reglamentaria de la plaza o por amortización de ésta. Por tanto, se trata, en el régimen general de Función Pública, de los supuestos de funcionarios interinos por programa o por acumulación de tareas y, en el régimen especial de la Función Pública sanitaria, de los eventuales sanitarios, clase ésta que por su volumen ha dado lugar a numerosa conflictividad y ha propiciado pronunciamientos clave del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, los Tribunales han arbitrado soluciones variadas que han pasado incluso por la imposición a la Administración de la obligación de la creación de la plaza de plantilla para reconocer esa estabilidad relativa que es consecuencia del abuso en los nombramientos sucesivos porque subyacen necesidades estructurales en la relación.

Ya se ha explicado más arriba que incluso el Derecho europeo distinguiría una doble dimensión en el abuso: el subjetivo, en cuanto perjuicio que padece el trabajador; y el objetivo, en cuanto que incumplimiento de la Directiva. En el ámbito interno, cabría hacer una diferenciación semejante, de manera que el abuso subjetivo se resarza a través del instituto de la responsabilidad administrativa, pero no institucionalmente a través de la modulación o excepción de los principios de igualdad o de mérito y capacidad.

Así ocurriría si se organizaran *procesos selectivos restringidos* en los que sólo pudieran participar los funcionarios temporales objeto de abuso en la sucesión de sus nombramientos. La excepcionalidad con la que el Tribunal Constitucional ha justificado ocasionalmente estas pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) no exime siquiera de la organización y realización de las mismas y de la imprescindible acreditación del mérito para acceder a la Función Pública[50], por lo que -incluso si se arribara a la existencia de esa necesidad excepcional por la situación generada- en ningún caso podría prescindirse del correspondiente procedimiento selectivo.

5.5.2. ¿Convalidación del procedimiento selectivo que dio origen a la relación funcionarial temporal?

Cabría preguntarse, asimismo y a efectos de una transformación automática en funcionarios de carrera, sobre la posibilidad de considerar como tal procedimiento selectivo el que en su día superaron los funcionarios interinos para poder ser tales. Hay que partir de la obviedad de que el funcionario interino es tal por no haber superado precisamente un proceso selectivo encaminado al ingreso en la Función Pública en calidad de funcionario de carrera, bien por no haber participado en uno con tal objeto sino en uno dirigido al nombramiento o a la constitución de bolsas de funcionarios interinos, bien por haber participado en un proceso selectivo de ingreso como funcionario de carrera pero no haber alcanzado competitivamente el nivel de mérito suficiente y haber engrosado una lista de funcionario temporal así prevista en la convocatoria.

Todas esas vías, directas o indirectas, para devenir funcionario temporal estaban previa y públicamente establecidas con tal objeto. Modificar a posteriori la eficacia y el alcance de esos procedimientos podría vulnerar la seguridad jurídica y la igualdad de oportunidades en el acceso del resto de ciudadanos que no participaron en los procesos. Como señalara el Tribunal Supremo respecto a los Jueces sustitutos -temporales- objeto de abuso en sus nombramientos, el reconocimiento como «indefinida» de la relación temporal supone el ingreso en la Función Pública. Sin embargo, el acceso a ésta tiene un «estatuto constitucional» que «no puede ser obviado por los incumplimientos que puedan haberse producido en nombramientos temporales» (en el caso en cuestión, Jueces sustitutos y Magistrados suplentes). Ello supondría la vulneración de la igualdad, pues «si se permitiera el acceso a la carrera judicial a través de unos mecanismos que, además de no estar previstos en la ley (orgánica en este caso), no fueran ofrecidos con carácter general a la totalidad de

[50] ñLa previsión legal de pruebas específicas para consolidar una situación precaria precedente no puede ser entendida, a la luz de los arts. 23.2 y 103.3 C.E., como autorización a la Administración para establecer o regular estas pruebas sin respetar los conceptos de mérito y capacidad, requisitos constitucionales que no impiden el reconocimiento o evaluación del mérito consistente en el tiempo efectivo de servicios, pero que en ningún caso puede convertir a ese tiempo efectivo de servicios en título de legitimación exclusivo que permita el acceso a una función pública de carácter permanente, al tener que respetarse en todo caso, también para los interinos y contratados, los principios constitucionales de mérito y capacidadò (STC 27/1991, de 14 de febrero).

personas que, sabedoras de que las consecuencias del desempeño de funciones como juez sustituto o magistrado suplente habría sido la integración en la carrera judicial, podrían haber tenido interés en participar en los procesos convocados para dichos nombramientos[51]».

Pero tampoco podría no ser respetuoso con el principio de mérito, por cuanto los procedimientos de selección de personal temporal son menos exigentes en los estándares que se establecen respecto a los de los funcionarios de carrera, aunque la heterogeneidad de situaciones hace difícil una generalización, pues se dan casos de procesos selectivos de personal temporal muy exigentes y otros en los que prácticamente no existe ni exigencia ni proceso.

Podría alegarse -como de hecho se hace- que el tiempo de servicios prestado es prueba suficiente y contrastada de la capacidad para el desempeño de las funciones. Ciertamente ello se puede presumir, aunque falten procedimientos de evaluación de dicho desempeño que certifiquen el nivel de capacidad y de mérito del funcionario temporal. Pero en cualquier caso, aunque la capacidad pudiera admitirse, la asunción sin más del mérito por los servicios prestados durante el tiempo de la relación resulta problemática. Y es que el mérito no es un concepto absoluto -predicable y verificable exclusivamente respecto al interesado- sino relativo -por su valoración concurrencial respecto al resto de candidatos-, de ahí que la apreciación del mérito no consista en que si un candidato lo tiene sino si lo tiene más y mejor en relación con los demás.

Además de no deformar el concepto de mérito, incluyendo en el mismo el abuso, que es un daño o perjuicio causado por la Administración y padecido por el funcionario, pero no el resultado de la combinación de talento potencial y esfuerzo real debidamente acreditados a través de títulos y pruebas oficiales[52], lo cierto es que el sistema de Función Pública sí tiene en cuenta -y es justo que así lo haga- el tiempo de servicios prestados durante la relación temporal objeto de abuso a través de la modalidad del concurso-oposición. Sería conveniente que, aparte de la siempre compleja proporcionalidad del peso de la fase de concurso respecto a la de oposición, la valoración de los méritos se diseñe de tal manera que la extensa duración de las relaciones temporales se puede hacer valer de forma efectiva, sin que se alcance el tope de puntuación por experiencia o servicios prestados con pocos años.

5.5.3. Transformación en funcionario de carrera *de facto* pero no *de iure*.

Otra de las posibilidades -siempre incompletas- es que los funcionarios interinos objeto de abuso en la sucesión de sus relaciones vean reconocida una posición jurídica

[51] STS de 13 de marzo de 2017 y de 19 de febrero de 2015.

[52] Sobre el concepto y contenido del mérito como principio institucional de la Función Pública, *Vid.* FUENTETAJA, J.: ñIgualdad y mérito como principios estructurales de la Función Públicaò en *Carta Iberoamericana de la Función Pública. Realidades tangibles y promesas incumplidas,* Universidad Externado de Colombia, 2019.

homologable en su contenido a la de los funcionarios de carrera, obviando la imposibilidad de transformación jurídica.

De alguna manera es lo que pretendía el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid que planteó las cuestiones prejudiciales en el asunto *Sánchez Ruíz*, al preguntar al Tribunal de Justicia: "En el caso de abuso en la relación temporal sucesiva, la conversión de la relación estatutaria temporal interina en una relación indefinida o fija, la misma ¿puede entenderse que solo cumple con los objetivos de la [Directiva 1999/70] y su Acuerdo Marco, cuando el empleado estatutario temporal que ha sufrido el abuso goza de las mismas e idénticas condiciones de trabajo con respecto al personal estatutario fijo (en materia de protección social, promoción profesional, provisión de vacantes, formación profesional, excedencias, situaciones administrativas, licencias y permisos, derechos pasivos, y cese en los puestos de trabajo, así [como] participación en los concursos convocados para la provisión de vacantes y la promoción profesional) bajo los principios de permanencia e inamovilidad, con todos los derechos y obligaciones inherentes, en régimen de igualdad con los informáticos estatutarios fijos?"

De esta manera se combinarían los dos objetivos de la Directiva de evitar abusos en las relaciones temporales tanto respecto a su contenido (condiciones de empleo) como respecto a su duración. La medida sancionadora por el abuso en la sucesión de relaciones temporales vendría dada por el reconocimiento de un estatus jurídico idéntico al de los funcionarios de carrera en sus derechos, incluida la permanencia e inamovilidad. Se enriquecería cualitativamente la posición jurídico-administrativa indefinida no fija (o del llamado funcionario interino indefinido), que no sólo se caracterizaría por la estabilidad relativa que le proporciona no poder ser cesado salvo por provisión reglamentaria de la plaza o por amortización de la misma sino también por la completa equiparación de condiciones de trabajo entre funcionarios interinos y funcionarios de carrera, más allá incluso de lo que "*sea adecuado a la naturaleza de su condición*" (art. 10.5 TREBEP), pues se reconocerían derechos no por ser lo adecuado a la naturaleza de su condición (temporal) sino para sancionar el abuso padecido. En suma, funcionarios *de facto*, pero no *de iure.*

Esta construcción recuerda a la construcción de la jurisprudencia constitucional del «interino de larga duración», en la que el Tribunal Constitucional procedía a intensificar el régimen jurídico de aquellos funcionarios interinos cuya relación se prolongaba más allá de un umbral temporal que aquel mismo cifró en los cinco años[53].

[53] Eufemística e intrínsecamente contradictoria figura la del «funcionario interino de larga duración», cuya razón de ser es el reconocimiento de más derechos a los funcionarios interinos en cuestión, al intensificar su régimen jurídico en la medida en que se consideraría que le serían de aplicación más contenidos del régimen jurídico de los funcionarios de carrera como consecuencia de la extensión temporal de la relación. Así, por ejemplo, se reconocido a estos funcionarios interinos «de larga duración» la posibilidad de disfrutar de excedencias (SSTC 240/1999, de 20 de diciembre y 203/2000, de 29 de julio, comentadas adecuadamente por CANTERO MARTÍNEZ, J.: «Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo» en *RAP*, n.º 176, 2008, pp. 161-197.);

Bien es cierto que esta singular categoría del «interino de larga duración» la construye el Tribunal Constitucional no sólo como consecuencia al abuso en la temporalidad de la relación sino también por la presencia en juego de otros bienes constitucionales que considera igualmente protegibles (por ejemplo, la protección de la familia). No es por tanto –al menos en su origen– una finalidad en sí misma de igualdad de trato entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, ni siquiera un criterio de prohibición de discriminación por razón de la temporalidad de la relación. Y prueba de ello es que sólo respecto a los «interinos de larga duración» se verifica en la práctica esa equiparación de regímenes donde haya bienes constitucionales en juego, permaneciendo el resto de los interinos con un régimen jurídico que puede albergar diferenciaciones de trato. Por tanto, desde la perspectiva del Derecho europeo, la categoría del «interino de larga duración» resulta contradictoria en relación con los objetivos de la Directiva 1999/70, pues aunque tenga como finalidad la sanción de los abusos en la sucesión o duración de los nombramientos temporales, implica una discriminación en el seno de estos. Por ello, no constituye una respuesta adecuada, ni en su fundamento ni en su alcance, a los abusos en los nombramientos temporales de empleados públicos sometidos al Derecho Administrativo.

En cualquier caso, esta interpretación flexible y generosa de las condiciones que se podrían reconocer a los funcionarios temporales objetos de abuso en la sucesión de sus nombramientos vulnera abiertamente el marco jurídico actual, no sólo el legal (art. 10.5 TREBEP) sino el constitucional, pues supondría un "fraude de Constitución" al reconocer un mecanismo fáctico de ingreso permanente en la Función Pública, algo a lo que ni el Derecho europeo impele, como hemos visto más arriba.

6. Conclusión: La transformación automática de los funcionarios interinos en funcionarios de carrera ni es impuesta por el Derecho europeo ni es amparada por el Derecho interno de la Función Pública.

El Derecho europeo no exige una medida concreta para sancionar jurídicamente los abusos en la sucesión de relaciones temporales, si bien, al mencionar ejemplificativamente la transformación en indefinidas de aquellas relaciones, ha inducido a los Tribunales a pensar que tal debe ser la solución preferente, soslayando, si fuera necesario, el marco normativo e institucional interno. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado el alcance de esa obligación de establecer medidas que reacciones a los abusos en la sucesión de relaciones temporales, descartando que ni siquiera la protección más amplia que constituye la transformación en fija de la relación deba ser compensada, de descartarse en el ámbito público, con una indemnización que resarza al empleado objeto de abuso por los perjuicios que tal abuso le haya causado. Incluso ante la falta de medidas diferentes a la transformación que pudieran considerarse efectivas y disuasorias para sancionar los abusos cabría dotar de eficacia

---

derechos retributivos (STS de 30 de junio de 2014 sobre el complemento de carrera profesional del personal estatuario) o el acceso a la carrera horizontal (STS de 8 de marzo de 2017).

directa a la mención de la transformación en la Directiva 1999/70. Finalmente, los límites de los principios de equivalencia (para intentar extender al ámbito público la sanción prevista al abuso en el ámbito privado) y de efectividad (al no amparar interpretaciones *contra legem* del Ordenamiento interno) no permiten soslayar los límites del Derecho interno a la transformación automática de las relaciones funcionariales interinas por mucho que se constate un uso abusivo de las mismas.

Ciertamente las propuestas y argumentaciones que se realizan desde diferentes ámbitos (Tribunales internos, Abogados Generales, colectivos implicados) se encuentran en ocasiones imbuidas más por encontrar soluciones de justicia singulares ante patentes casos de abuso por la Administración que por formular doctrinas coherentes en el seno de los principios del sistema de Función Pública. Por ello, la refutación teórica de la hipótesis que se planteaba en este trabajo no puede ni ocultar ni justificar el problema de la temporalidad en el empleo público, que no sólo perjudica a los propios funcionarios temporales objeto de abuso sino también a la adecuada prestación de los servicios públicos, obligando a replantearse y reformar tanto el marco jurídico como la gestión administrativa de los funcionarios temporales.

2a sessió
19/11/19

El Reial Decret-llei 6/2019, d'1 de març, de mesures urgents per a la garantia de la igualtat de tracte i d'oportunitats entre dones i homes en la feina i l'ocupació. Mesures de conciliació de la vida laboral i familiar i permisos per naixement.
Carolina Gala Duran, catedràtica de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat Autònoma de Barcelona.

El nomenament de funcionaris interins per a la cobertura de les funcions reservades a funcionaris de carrera. El cas de la policia local.
Josefa Cantero Martínez, professora titular de Dret Administratiu de la Universitat de Castella-La Manxa.

Els processos de subrogació de personal derivats del canvi en els models de gestió dels serveis locals després de la Llei de Contractes del Sector Públic i dels últims pronunciaments jurisprudencials comunitaris i nacionals.
Federico Castillo-Blanco, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de Granada.

Seminari
sobre relacions col·lectives

FEDERACIÓ DE MUNICIPIS DE CATALUNYA

Las novedades del RDL 6/2019

Carolina Gala Durán

Universitat Autónoma de Barcelona

19 de noviembre de 2019

Contenidos del RDL 6/2019

1. Medidas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar → Medidas importantes y que afectan a ámbitos diversos → desarrollo del art. 39 CE… y se pretende, sobre todo, fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores.

2. No discriminación entre hombres y mujeres. Especial intervención en materia retributiva.

3. Planes de igualdad en las empresas y Administraciones Públicas → a partir de 50 trabajadores. Obligatorios en todas las AP → DA 7ª TREBEP → deben aplicar un PI a desarrollar en el CC o AF.

4. Medidas de protección de las víctimas de violencia de género.

5. Cuidado de personas dependientes → Convenios especiales de cuidadores no profesionales.

Y, 6. Medidas dirigidas a los trabajadores autónomos.

Cuestiones generales…

- Entró en vigor el día 8 de marzo de 2019 → con posterior convalidación el día 3 de abril.
- Afecta a normas importantes: LO 3/2007, ET, TREBEP, LGSS, LETA, LISOS.
- Las novedades en materia de conciliación de la vida laboral y familiar se aplican a los supuestos que se produzcan a partir de su entrada en vigor.
- Determinadas medidas se empezaron a aplicar a partir del día 1 de abril de 2019. En otras existe un régimen transitorio (permiso por nacimiento y cuidado de menor, planes de igualdad…).
- Se aplica tanto al sector privado como al sector público. También al trabajo autónomo.

CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

Contenidos

- 1. Art. 34.8 ET → cambios del horario o forma de prestación de servicios sin reducción de la remuneración.
- 2. Permiso por lactancia → unificación de la normativa aplicable al personal laboral y al personal funcionario → modificación del art. 7 del TREBEP → Aplicación del art. 48.f) TREBEP.
- 3. Permiso por nacimiento y cuidado de menor → → unificación de la normativa aplicable al personal laboral y al personal funcionario → modificación del art. 7 del TREBEP.
- Permiso por nacimiento para la madre biológica → art. 49 a) TREBEP.
- Permiso por adopción, guarda o acogimiento → art. 49 b) TREBEP.

Contenidos

- Permiso para el progenitor diferente de la madre biológica → art. 49 c) TREBEP.
- PERÍODO TRANSITORIO HASTA 1-1-2021.
- Regulación en materia de Seguridad Social → nueva prestación por nacimiento y cuidado de menores → personal laboral y personal funcionario.
- Se mantiene el subsidio especial para el caso de nacimiento y madre biológica.

4. Permiso por hijos prematuros → art. 37.5 ET → personal laboral.

Y, 5. Excedencia por cuidado de hijos/as → art. 46.3 ET → personal laboral.

1) Personal laboral → "¿Jornada a la carta?"

1) Modificación del art. 34.8 ET: Distribución del tiempo de trabajo → aplicable al personal laboral

- Las **personas trabajadoras** tienen derecho a **solicitar** las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, **en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia**, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. **Dichas adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.**
- **En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.**

Conciliación → Personal laboral

- **En la negociación colectiva se pactarán los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo.**
- **En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de 30 días.**
- **Finalizado el mismo, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. En este último caso, se indicarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.**
- **La persona trabajadora tendrá derecho a solicitar el regreso a su jornada o modalidad contractual anterior una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto.**

Conciliación → Personal laboral

Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37.

Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social → MUY IMPORTANTE → Sentencia sin posible recurso.

ST J Social Salamanca 9/8/2019, recurso 546/2019.

Trabajadora PL interina que solicita trabajar en turno de mañana y noche, excluyendo la tarde (centro de atención a personas con alzheimer). 2 hijos, uno de 2 años (guardería) y otro con 8 años (con trastorno de conducta). El marido trabaja en unidad de urgencias 112 y guardias de 24 horas y también como docente.

JUZGADO:

1. Este precepto se dicta para el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y reconoce el derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, sin reducción de la misma, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar.

2. A tenor de la nueva redacción, cuando el trabajador solicita la adaptación de la jornada, a falta de previsión en el CC, será la empresa y no el trabajador, la obligada a abrir un proceso de negociación durante un período máximo de 30 días, finalizado el cual, deberá comunicar al trabajador y por escrito su decisión, ya sea la de aceptar la petición, plantear una propuesta alternativa o negar la solicitud, en este caso indicando las razones objetivas de su decisión.

ST J Social Salamanca 9/8/2019

3. El precepto establece como exigencia de esta petición, que sea razonable y proporcionada en relación con las necesidades del trabajador por un lado, y las necesidades organizativas o productivas de la empresa por otro, y además expresamente dispone que el cauce para resolver las discrepancias es el art. 139 LRJS.

4. La finalidad de la reforma es remarcar el derecho a la conciliación, y esta finalidad es por tanto la que ha de prevalecer y servir de orientación para resolver las pretensiones que se planteen.

5. La petición no puede denegarse directamente –aunque sea de forma motivada-, es obligatorio abrir un período de negociación → esa fase hubiera facilitado a la trabajadora ofrecer los datos relativos a sus circunstancias familiares y personales y plantear cambios o soluciones alternativas que hubieran permitido buscar la adaptación del tiempo de trabajo de forma compatible con los diferentes intereses de ambas partes.

ST J Social Salamanca 9/8/2019

6. Lo que no puede argumentarse es que la trabajadora podría acudir a la reducción de jornada, y ello porque no está obligada a hacerlo, y porque de entenderse que esta es la única vía que tenía para hacer valer su derecho a conciliar la vida laboral y familiar, supondría dejar vacía de contenido al art. 34.8 ET, al que es necesario dotar de contenido concreto.

7. Es un derecho individual, ya sea hombre o mujer, que se puede ejercitar cuando tenga hijos, hasta 12 años, con el fin de poder conciliar y, que el precepto únicamente condiciona a que su petición sea razonable y proporcionada, en atención a sus necesidades y a las de la empresa.

8. La trabajadora es madre de 2 niños de corta edad y su marido trabaja en el 112 en turnos de 24 horas e imparte cursos → "con la situación familiar descrita, es lógico deducir sin mucho esfuerzo, la dificultad de conciliación por parte de la trabajadora…".

ST J Social Salamanca 9/8/2019

9. “Esta conciliación sin duda será menos gravosa, si la prestación de servicios por parte de la actora coincidiera con la asistencia al colegio de sus hijos, que en todo caso es al menos en horario de mañana, y con las noches, en que están dormidos, y estar exenta de hacerlo durante el tiempo en que es viable compartir tiempo con los menores, en horario de tarde. Los razonamientos expuestos conducen a calificar de razonable y proporcionada la petición de adaptación de su horario formulada por la trabajadora, y frente a la cual la demandada perdió la oportunidad de entrar en un proceso negociador a fin de poder llegar a una solución consensuada..”.

Y, 10. “… en la contestación dada a la trabajadora no se arggumentan debidamente razones organizativas que justifiquen suficientemente su negativa, más allá de la lógica incidencia en los turnos del resto de trabajadoras del Centro de igual categoría, que de apreciarse por sí solo impediría de forma sistemática en la mayoría de los casos el ejercicio de este derecho. Los cuadrantes aportados además, constatan que en el turno de tarde no siempre hay 12 trabajadores, o 9 si es fin de semana.. Y además son frecuentes los cambios de turno entre las trabajadoras…”.

ST J Social Salamanca 9/8/2019, recurso 545/2019

Trabajadora PL interina que solicita trabajar en turno de mañana y noche, excluyendo la tarde. Tiene 1 hija de 2 años. Su pareja es guardia civil. Centro de enfermos de alzheimer.

JUZGADO:

Misma argumentación → Reconoce el derecho a turnos fijos de mañana y noche.

** ST Juzgado Social Salamanca 7/6/2019 (recurso 344/19): transportista al que le cambian el horario de trabajo (antes 9,30-14 y 16,15 a 19,30 h//ahora de 11 a 18,45 horas) → padre de 2 hijos → solicitar volver al horario anterior → "el precepto invocado exige como es lógico, que las adaptaciones que se soliciten… sean razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora, y sin embargo en este caso el demandante ni alega ni ha acreditado los motivos por los que el cambio pretendido facilitarían conciliar… ni incidiría favorablemente en el ejercicio del derecho a la guarda legal, a fin de poder valorar si su petición es razonable…".

SJS Ciudad Real 13/3/2019 → empresa privada → trabaja algunos días por la tarde y solicita trabajar solo en turno de mañana, 2 hijas.

Se reconoce el derecho:

1. Hay que ponderar las circunstancias concurrentes desde una perspectiva constitucional, valorando en especial la afectación de los arts. 14 y 39 CE, a los efectos de resolver el litigio y las dudas interpretativas que pudieran plantearse respecto de los preceptos legales o convencionales a aplicar.
2. No habiendo comparecido la empresa al juicio a explicar los motivos de su negativa, no habiendo acreditado imposibilidad organizativa o productiva o de otra índole para acceder a la concreción horaria solicitada o que se cause perjuicio a otras trabajadoras.

ST J Social Mataró 12/9/2019

Fisioterapeuta que solicita no trabajar por las tardes para poder ir a buscar a sus hijos al colegio

JUZGADO: SÍ

1. Según el TC, hay que valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurran en el trabajo, así como la organización del régimen de trabajo de la residencia para poder si la negativa empresarial constituye o no un obstáculo injustificado para la conciliación. La conciliación es un criterio interpretativo.

2. Hay que tener presente el número de hijos, edad y situación escolar, situación laboral del cónyuge y la posible incidencia que la denegación de salir 30 m antes pueda tener en su conciliar. Y valorar si en caso de aceptar la propuesta, se pueden provocar graves dificultades organizativas suficientemente importantes como para excluir dicha petición.

ST J Social Mataró 12/9/2019

- 2 hijos menores, el marido sale de trabajar a las 19,30 horas, el año anterior se le permitió salir antes para un curso de francés, y la empresa no ha acreditado la imposibilidad que la actora pudiera realizar 30 m de trabajo a distancia cada día, al tener presente que parte del trabajo de fisioterapeuta es rellenar historiales.
- La empresa no ha acreditado de ningún modo las dificultades organizativas: que no pueda la trabajadora hacer su trabajo en otro horario.
- La actora no tiene que acreditar si los abuelos –ni mucho menos terceros ajenos a la familia- están disponibles o no para recoger a los hijos al colegio. La patria potestad es de los padres.
- No existe ningún dato que permita afirmar que la petición de horario suponga una imposibilidad o que admite el mismo sea notablemente gravoso, y existen diferentes posibilidades que no generan dificultades organizativas para la empresa.

ST J Social Mataró 12/9/2019

Concede la adaptación del horario y abre la puerta al posible teletrabajo si se acuerda + reconocimiento de una indemnización por daños morales de 3.215 euros por la situación de ansiedad creada por no poder conciliar la vida laboral y familiar.

** ST JS Guadalajara 13/5/2019 → sobre reducción de jornada y turno fijo → “la interpretación de los mandatos de protección a la familia en sentido amplio, de las normas legales, inclusive la de la Unión Europea, debe hacerse de la forma más favorable para la efectividad del derecho reconocido sin que por ello pueda dejar de ponderarse las razones que ha aducido el empleador, debiendo valorarse que la alegación de causas generales no pueden erigirse en circunstancias obstaculizadoras del ejercicio de los derechos y ello teniendo en cuenta la importancia de la posibilidad de conciliar la vida laboral y familiar”.

2) Permiso de lactancia → normativa aplicable al personal laboral

Art. 7 del TREBEP:

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.

No obstante, <u>en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia</u>, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el presente Estatuto, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del ET sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho.

Normativa aplicable al personal laboral

Y nueva DA 22ª ET. Permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.

Resultarán de aplicación al personal laboral de las Administraciones públicas los permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia regulados en el TREBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones de la presente Ley sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho.

Permiso lactancia → personal laboral y personal funcionario

- **Art. 48.f) TREBEP:**

f) Por lactancia de un hijo menor de 12 meses tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada, o en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad.

El permiso constituye un derecho individual de los funcionarios (hombres y mujeres)**, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor.**

Permiso de lactancia → personal laboral y funcionario

Se podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. **Esta modalidad se podrá disfrutar únicamente a partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica respectivo, o una vez que, desde el nacimiento del menor, haya transcurrido un tiempo equivalente al que comprenden los citados permisos.**

Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, **adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento** múltiple → idea de protección del menor.

3) Transformación de los permisos por “maternidad” y “paternidad” → Personal funcionario y personal laboral

- Anterior “permiso por parto” → Permiso por nacimiento para la madre biológica → Misma duración y beneficiarios → Importantes cambios en la forma de disfrute → Ininterrumpido e interrumpido. Horizonte 12 meses del menor.
- Anterior “permiso por adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente” → Misma denominación → Misma duración y beneficiarios → Importantes cambios en la forma de disfrute → Ininterrumpido e interrumpido.
- Anterior “permiso por paternidad” → Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija → Incrementa su duración y es totalmente intransferible. Disfrute ininterrumpido e interrumpido → Régimen transitorio que acaba en 2021.

Transformación de los permisos por “maternidad” y “paternidad” → Personal funcionario y personal laboral

- Importante **cambio desde la perspectiva de Seguridad Social**:
  - Desaparece la prestación por paternidad.
  - Todos los permisos anteriores se cubren con la “prestación por nacimiento y cuidado de menor” → art. 177 y ss. LGSS.

A) Permiso por nacimiento para la madre biológica → Art. 49 a) TREBEP → PL Y PF

1. Supuesto de hecho: nacimiento de hijo o hija.

2. Beneficiaria: madre biológica que trabaja (PF, PL). En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste de permiso (acumulándolo a su permiso).

3. Duración: 16 semanas (1 hijo o hija):

   a. 2 semanas más si el hijo o hija es discapacitado/a (al menos 33 por 100, una semana para cada progenitor).

   b. 2 semanas más por cada hijo o hija a partir del 2º (una semana para cada progenitor).

   c. En caso de fallecimiento del hijo o hija → el periodo de duración del permiso no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las 6 semanas de descanso obligatorio, se solicite la reincorporación al puesto.

4. Descanso obligatorio 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, ininterrumpidas y a jornada completa → Recuperación de la salud (el resto es voluntario).

A) Permiso por nacimiento para la madre biológica → Art. 49 a) TREBEP → PL Y PF

5. En el caso de que ambos progenitores trabajen y transcurridas las 6 primeras semanas de descanso obligatorio, **el período de disfrute de este permiso podrá llevarse a cabo a voluntad de aquellos, de manera interrumpida y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.**

Por tanto: 10 semanas restantes:

- Acuerdo de los progenitores (antes, la madre).
- Cabe el disfrute ininterrumpido.
- Cabe disfrute interrumpido si los dos trabajan (PL, PF, sector privado, TA) → por semanas –acumuladas o no. Límite → 12 meses de edad del menor y preaviso de al menos 15 días.
- Cabe disfrute a tiempo completo o a tiempo parcial, cuando las necesidades del servicio lo permitan → justificación suficiente.

A) Permiso por nacimiento para la madre biológica → Art. 49 a) TREBEP → PL Y PF

6. En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales.

7. Durante el disfrute de este permiso**, una vez finalizado el período de descanso obligatorio**, se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Y, 8. Si se cumplen los requisitos se podrá acceder a la correspondiente prestación por nacimiento o cuidado de menor (contributiva o asistencial) a cargo del sistema de Seguridad Social.

B) Permiso por adopción, guarda o acogimiento → Art. 49 b) TREBEP → PL y PF

1. Supuestos: adopción, por guarda con fines de adopción, o acogimiento, tanto temporal como permanente → CC o leyes civiles de las CC.AA., debiendo tener el acogimiento temporal una duración no inferior a un año.

2. Duración: 16 semanas.

* Se amplía en 2 semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo o hija, a partir del segundo, en los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, una para cada uno de los progenitores.

3. **6 semanas deberán disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después** de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento.

El cómputo del plazo **se contará a elección del progenitor**, a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

B) Permiso por adopción, guarda o acogimiento → Art. 49 b) TREBEP → PL y PF

4. Si solo uno de los progenitores trabaja, será éste el único beneficiario y el disfrute del permiso será ininterrumpido.

5. Si ambos progenitores trabajan y una vez transcurridas las 6 primeras semanas de descanso obligatorio, el descanso puede ser ininterrumpido o interrumpido → y **ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al hecho causante hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses. Se requiere, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.**

*** Si se adopta un menor mayor de 12 meses cabe entender que el disfrute ha de ser ininterrumpido.**

6. Puede disfrutarse a TC o a TP, cuando las necesidades de servicio lo permitan → debidamente justificado.

B) Permiso por adopción, guarda o acogimiento → Art. 49 b) TREBEP → PL y PF

7. Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta 2 meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia de ese permiso de hasta dos meses, el permiso por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, tanto temporal como permanente, podrá iniciarse hasta 4 semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

8. Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Y, 9. Podrá accederse a la prestación de Seguridad Social → prestación por nacimiento y cuidado de menor (no subsidio especial).

C) Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda, acogimiento o adopción → art. 49 c) TREBEP → PL y PF

1. Supuesto de hecho: nacimiento, guarda con fines de adopción, adopción o acogimiento (CC, CC.AA.)

2. Es **intransferible** → nacimiento → el otro progenitor que no sea la madre biológica/quien no disfrute del permiso por adopción… → **garantizar corresponsabilidad.**

3. **Régimen transitorio: DT 9ª TREBEP**

- **2019: 8 semanas** → las 2 primeras semanas ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.
- Las 6 semanas restantes ininterrumpidas o de disfrute interrumpido → ya sea con posterioridad a las 6 semanas inmediatas posteriores al periodo de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos por nacimiento o adopción, guarda o acogimiento.
- El disfrute interrumpido requiere que ambos progenitores trabajen.
- A TC o a TP las últimas 6 semanas.

C) Permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda, acogimiento o adopción → art. 49 c) TREBEP → PL y PF

- **2020**: **12 semanas** → las 4 primeras semanas serán ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.
- Las 8 semanas restantes pueden ser ininterrumpidas o de disfrute interrumpido → ya sea con posterioridad a las 6 semanas inmediatas posteriores al periodo de descanso obligatorio para la madre, o bien con posterioridad a la finalización de los permisos contenidos por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento. TC o TP.
- El disfrute interrumpido requiere que ambos progenitores trabajen.
- **2021:** 16 semanas → 6 primeras semanas ininterrumpidas y posteriores a la fecha de nacimiento o adopción..
- Las otras 10 → ininterrumpidas o de disfrute interrumpido.

Reglas comunes a todos los permisos → 2019/2020/2021

1. En el supuesto de fallecimiento del hijo o hija, el periodo de duración del permiso no se verá reducido, salvo que, se solicite la reincorporación al puesto de trabajo.

2. Durante el disfrute de este permiso, transcurrido el tiempo de descanso obligatorio, se podrá participar en los **cursos de formación** que convoque la Administración.

3. El permiso **se amplía en 2 semanas más**, una para cada uno de los progenitores, en el supuesto de discapacidad del hijo o hija, y por cada hijo o hija a partir del segundo en los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples, a disfrutar a partir de la fecha del nacimiento, de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o acogimiento, o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Reglas comunes 2019/2020/2021

4. En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, este permiso se ampliará en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de 13 semanas adicionales.

5. Todos los permisos se computará como de servicio efectivo a todos los efectos, garantizándose la plenitud de derechos económicos, durante todo el periodo de duración del permiso, y, en su caso, durante los periodos posteriores al disfrute de este, si de acuerdo con la normativa aplicable, el derecho a percibir algún concepto retributivo se determina en función del periodo de disfrute del permiso **(art. 49 a) a c).**

Y, 6. Se tiene derecho, una vez finalizado el periodo de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo en términos y condiciones que no les resulten menos favorables al disfrute del permiso, así como a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia. **(art. 49 a) a c).**

1-1-2021

1. Duración de 16 **semanas de las cuales las 6 semanas inmediatas posteriores al hecho causante serán en todo caso de descanso** obligatorio → puede di**stribuirse por el progenitor que vaya a disfrutar del mismo siempre que las 6 primeras semanas sean ininterrumpidas e inmediatamente posteriores a la fecha del nacimiento, de la decisión judicial de guarda con fines de adopción o acogimiento o decisión judicial por la que se constituya la adopción.**

2. Si solo trabaja uno → disfrute ininterrumpido.

3. Si trabajan ambos → disfrute ininterrumpido o interrumpido → **transcurridas las 6 primeras semanas, disfrute interrumpido y ejercitarse desde la finalización del descanso obligatorio posterior al parto hasta que el hijo o la hija cumpla 12 meses. En el caso del disfrute interrumpido se requerirá, para cada período de disfrute, un preaviso de al menos 15 días y se realizará por semanas completas.**

2021

4. Disfrute a TC o a TP (salvo 6 primeras semanas).

5. En el caso de que se optara por el disfrute del presente permiso con posterioridad a la semana 16 del permiso por nacimiento, si el progenitor que disfruta de este último permiso hubiere solicitado la acumulación del tiempo de lactancia de un hijo menor de 12 meses en jornadas completas (art. 48 f), será a la finalización de ese período cuando se dará inicio al cómputo de las 10 semanas restantes del permiso del progenitor diferente de la madre biológica.

Y, 6. Disfrute de la prestación de Seguridad Social por nacimiento y cuidado de menor.

Seguridad Social → Art. 42 LGSS

c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; **nacimiento y cuidado de menor;** riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; **ejercicio corresponsable del cuidado del lactante**; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; pensión de viudedad; prestación temporal de viudedad; pensión de orfandad; prestación de orfandad; pensión en favor de familiares; subsidio en favor de familiares; auxilio por defunción; indemnización en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente.

Prestación por nacimiento y cuidado de menor → personal laboral y personal funcionario

Art. 177. Situaciones protegidas.

Nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, de conformidad con el CC o las leyes civiles de las CC.AA. que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con el art. 49. a), b) y c) del TREBEP.

Requisitos → art. 178

Serán beneficiarios del subsidio las personas, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 (afiliación/alta), acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

a) Si la persona trabajadora tiene menos de 21 años en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción**, no se exigirá período mínimo de cotización**.

b) Si la persona trabajadora **tiene cumplidos 21 años y es menor de 26** en la fecha del nacimiento, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Requisitos → art. 178

Y, c) si la persona trabajadora **tiene cumplidos 26 años en la fecha del nacimiento**, o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Cuantía de la prestación → art. 179

1. La prestación económica consistirá en **un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora** correspondiente → equivalente a la que esté establecida para la prestación de IT, derivada de contingencias comunes.

Y, 2. El subsidio podrá reconocerse por el INSS mediante resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso.

Nacimiento de la prestación → art. 180

- El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando **trabajara** por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

Prestación por nacimiento y cuidado de menor → subsidio especial → arts. 181 y 182

Serán beneficiarias del subsidio por nacimiento, las trabajadoras incluidas en este Régimen General que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, salvo el período mínimo de cotización.

Tiene el carácter de no contributiva.

Prestación por nacimiento y cuidado de menor → subsidio especial → arts. 181 y 182

La cuantía de la prestación será igual al 100 por 100 IPREM vigente en cada momento, salvo que la base reguladora fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a esta.

La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las mismas causas establecidas en el artículo 180.

Prestación por nacimiento y cuidado de menor → subsidio especial → arts. 181 y 182

La duración se incrementará en 14 días naturales en los siguientes supuestos:

a) Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con la Ley 40/2003.

b) Nacimiento de hijo en una familia monoparental.

c) Parto múltiple.

d) Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento.

El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurran dos o más circunstancias de las señaladas.

4) Permiso por hijos/as prematuros → personal laboral

- **Art. 37.5 ET: Hijos/as prematuros**

- Las **personas trabajadoras** tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.
- Para el disfrute de este permiso se estará a lo previsto en el artículo 37.7.

Y, 5) Excedencia por cuidado de hijos/as → personal laboral

- **Art. 46.3 ET: Excedencia por cuidado de hijos/as:**

- No obstante, cuando la **persona trabajadora** forme parte de una familia que tenga reconocida la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial. **Cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 18 meses.**

VIOLENCIA DE GÉNERO

Permiso → Funcionarias

Art. 49 d) TREBEP

1. Las faltas de asistencia, de las funcionarias víctimas de violencia de género, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o de salud según proceda.

2. Asimismo, para hacer efectiva su protección o su derecho de asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca el **plan de igualdad de aplicación o, en su defecto**, la Administración Pública competente en cada caso.

3. En el supuesto enunciado en el párrafo anterior, la funcionaria pública mantendrá sus retribuciones íntegras cuando reduzca su jornada en un tercio o menos.

Contrato de prácticas y para la formación → personal laboral

Art. 11 ET → Las situaciones de incapacidad temporal, **nacimiento**, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y **violencia de género** interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

Período de prueba → personal laboral

Art. 14.3 ET:

Si existe acuerdo de las partes, la situación de violencia de género interrumpe el cómputo del período de prueba.

Despido por causas objetivas → personal laboral

- **Art. 53.4 ET:** Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos: …

a) La de las **personas trabajadoras** durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por **nacimiento**, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las **personas trabajadoras** que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho **a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral**.

c) La de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por **nacimiento**, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de **doce** meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. **Para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida.**

En el **resto de supuestos**, la decisión extintiva se considerará procedente cuando se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva y se hubiesen cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo. En otro caso se considerará improcedente.

Despido disciplinario → personal laboral

Art. 55.5 ET:

a) El de las **personas trabajadoras** durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por **nacimiento**, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las **personas trabajadoras** que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho **a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.**

Despido disciplinario → personal laboral

Y, c) el de las **personas trabajadoras** después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por **nacimiento**, adopción, **guarda con fines de adopción** o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de **12 meses** desde la fecha del nacimiento, la adopción, **la guarda con fines de adopción** o el acogimiento.

PLANES DE IGUALDAD

MUY IMPORTANTE → DA 7ª TREBEP (vigente desde hace años)

Planes de igualdad. 1. Las Administraciones Públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, **las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable.**

Modificación LO 3/2007

- **Art. 45.2:**

En el caso de las empresas de **50 o más trabajadores**, las medidas de igualdad deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidoso, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral → art. 85 ET

Contenidos

- **Modificaciones art. 46.2:**

2. Los planes de igualdad **contendrán** un conjunto ordenado de medidas **evaluables** dirigidas a **remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad efectiva de mujeres y hombres.** Con carácter previo se elaborará un **diagnóstico** negociado**, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras,** que contendrá **al menos** las siguientes materias:

a) Proceso de selección y contratación.

b) Clasificación profesional.

c) Formación.

d) Promoción profesional.

e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.

f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.

g) Infrarrepresentación femenina.

h) Retribuciones.

i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

La elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en este apartado, así como los datos del Registro regulados en el artículo 28, apartado 2 del ET.

Registro

- **Nuevos art. 46.4, 5 y 6 LO 3/2007:**

4. Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.

6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso.

Entrada en vigor

- **Nueva DT 12ª LO 3/2007:**

- Las empresas de más de 150 personas trabajadoras y hasta 250 personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad → 8/8/2020.

- Las empresas de más de 100 y hasta 150 personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de 2 años para la aprobación de los planes de igualdad → 8/8/2021.
- Las empresas de 50 a 100 personas trabajadoras dispondrán de un periodo de 3 años para la aprobación de los planes de igualdad → 8/3/2022.

Modificación LISOS

- Art. 7. 13. No cumplir las obligaciones que en materia de planes **y medidas** de igualdad establecen la **Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,** el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.

Representación del personal

Art. 64 ET:

3. También tendrá derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, **en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos** sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

3.º De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, **especialmente en materia salarial**.

NO DISCRIMINACIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES

No discriminación → personal laboral

- **Nuevo art. 9.3 ET:**

3. En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor.

Trabajo a tiempo parcial → personal laboral

- **Art. 12.4.d) ET:**

Las **personas trabajadoras a tiempo parcial** tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado, **debiendo garantizarse en todo caso la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.**

Período de prueba → personal laboral

- **Art. 14.2 y 3 ET:**

Durante el periodo de prueba, la **persona trabajadora** tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la **persona trabajadora** en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, **nacimiento**, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y **violencia de género**, que afecten a la **persona trabajadora** durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

Clasificación profesional → personal laboral

- **Art. 22.3 ET:**

- La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas **que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones**, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. **Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1.**

Igualdad salarial → personal laboral

- **Art. 28 ET: Igualdad de remuneración por razón de sexo:**

El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.

El empresario está obligado a llevar un registro con los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de su plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor.

Igualdad salarial → personal laboral

Las personas trabajadoras tienen derecho a acceder, a través de la representación legal de los trabajadores en la empresa, al registro salarial de su empresa.

Cuando en una empresa con al menos cincuenta trabajadores, el promedio de las retribuciones a los trabajadores de un sexo sea superior a los del otro en un veinticinco por ciento o más, tomando el conjunto de la masa salarial o la media de las percepciones satisfechas, el empresario deberá incluir en el Registro salarial una justificación de que dicha diferencia responde a motivos no relacionados con el sexo de las personas trabajadoras.

EL NOMBRAMIENTO DE FUNCIONARIOS INTERINOS PARA LA COBERTURA DE LAS FUNCIONES RESERVADAS A FUNCIONARIOS DE CARRERA. EL CASO DE LA POLICÍA LOCAL

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Castilla-La Mancha

josefa.cantero@uclm.es

SUMARIO: I. Introducción: dos recientes sentencias contradictorias sobre policías locales interinos. II. En general, el problema del ejercicio de autoridad y el interinaje en la Administración local. 1. El punto de partida: la reserva de funciones al funcionario público. 2. La explicación: la inamovilidad como garantía de objetividad e imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones. 3. Algunas incoherencias teóricas del modelo: el interino que realiza funciones reservadas. **III. En especial, su tratamiento en los Cuerpos de Policía Local. Las funciones de seguridad y el interinaje.** 1. El aval jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999. 2. La respuesta dada en las distintas legislaciones autonómicas sobre coordinación de las policías locales. 3. El punto de inflexión: la nueva interpretación literal realizada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 14 de junio de 2019 y los importantes problemas prácticos que planteaba. 4. La solución a través de la sentencia interpretativa e integradora del ordenamiento jurídico funcionarial dictada por el Tribunal Constitucional el 19 de septiembre de 2019. **IV. A modo de conclusión.**

I. INTRODUCCIÓN: DOS RECIENTES SENTENCIAS CONTRADICTORIAS SOBRE POLICÍAS LOCALES INTERINOS

El debate sobre la posibilidad de que los funcionarios interinos puedan ejercer funciones públicas reservadas a los funcionarios de carrera ha vuelto a resurgir en los

últimos meses a raíz de dos importantes sentencias que se han pronunciado sobre los policías locales, resolviendo el problema de manera muy diferente.

El primero de estos pronunciamientos ha sido dictado por el Tribunal Supremo el 14 de junio de 2019 y ha realizado una interpretación exclusivamente literal de la dicción del art. 92.3 de la *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)*. Interpretó que las Administraciones Locales no podían nombrar policías locales interinos para ejercer funciones de autoridad tras la modificación introducida en la redacción de este precepto por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, que al establecer la reserva de funciones se refiere exclusivamente a los "funcionarios de carrera".

Este pronunciamiento supuso un gran impacto en los Ayuntamientos españoles porque impedía el nombramiento como funcionarios interinos a los policías locales para hacer frente a necesidades urgentes de carácter temporal, especialmente graves en algunas corporaciones locales si tenemos en cuenta las limitaciones en la tasa de reposición de efectivos que hemos sufrido en los últimos años en las Administraciones Públicas con motivo de la crisis, agravada especialmente en este último año con motivo de la nueva regulación que permite a este colectivo anticipar en varios años su jubilación[1]. La sentencia tuvo también un gran impacto por los problemas que se podrían plantear para garantizar la seguridad ciudadana en algunos Ayuntamientos turísticos, especialmente durante los meses de verano, cuando aumenta considerablemente su población.

Asimismo, aunque los pronunciamientos se referían exclusivamente a los policías locales, la misma argumentación resultaba perfectamente extrapolable a cualquier otro funcionario interino de las Administraciones locales cuando se tratara del ejercicio de funciones que impliquen ejercicio de autoridad, salvaguarda de intereses generales o, en general, de aquellas otras funciones que se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

---

[1] El *Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, por el que se establece el coeficiente reductor de la edad de jubilación en favor de los policías locales al servicio de las entidades que integran la Administración Local*, posibilita el adelanto de su edad de jubilación a la edad de 59 o 60 años.

El segundo pronunciamiento relevante ha sido del Tribunal Constitucional, tan solo tres meses después. Su Sentencia 106/2019, de 19 de septiembre, ha permitido mitigar el desasosiego creado por aquella sentencia en los Ayuntamientos, dadas las consecuencias que la interpretación literal realizada por el Tribunal Supremo podía tener en el resto de cuerpos funcionariales, especialmente en el de los habilitados de carácter nacional. Aunque su doctrina se fijó como consecuencia del problema planteado por los policías locales, resultaba perfectamente extrapolable al resto de funcionarios interinos. A diferencia de lo que hizo el Tribunal Supremo, la Sentencia del Tribunal Constitucional realiza una interpretación de la legislación básica de régimen local y de la legislación básica sobre empleo público para deducir lo que era lógico, esto es, que los policías locales pueden ser nombrados como funcionarios interinos con toda normalidad para realizar las funciones de autoridad que desempeñan los policías de carrera siempre y cuando, claro está, concurra alguno de los supuestos habilitantes que prevé el art. 10.1 del *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* (en adelante, TREBEP).

En virtud de lo previsto en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al ser la Constitución la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, los Jueces y Tribunales deben interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Por tanto, ni la figura del policía local interino está prohibida por la legislación básica estatal de régimen local ni las leyes autonómicas podrían introducir ninguna limitación al respecto, dado el carácter formal y materialmente básico que tienen los artículos 9 y 10 del TREBEP.

Estos pronunciamientos han vuelto a hacer que resurja el debate sobre la reserva funcionarial. Nuestro ordenamiento local establece para los funcionarios una reserva de todas aquellas funciones que impliquen autoridad, ejercicio de potestades públicas, salvaguarda de intereses públicos y, en general, de todas aquellas que requieran una especial objetividad e imparcialidad en su ejercicio. La naturaleza de las funciones a realizar es el criterio básico que se utiliza para determinar la naturaleza laboral o

funcionarial del empleado, pues se ha entendido que el derecho a la inamovilidad en el empleo, del que sólo disfrutan los funcionarios de carrera, es una garantía de la objetividad e imparcialidad en su desempeño. Ahora bien, una vez definida la naturaleza de las funciones y clarificada, pues, la existencia de una reserva para los funcionarios, se plantea el problema de determinar si ésta se refiere exclusivamente a los funcionarios de carrera o si, por el contrario, pueden ser ejercidas también por los funcionarios interinos, toda vez que éstos tampoco disfrutan de dicha inamovilidad.

Son varias las dudas que surgen al respecto. Como reflexión general o punto de partida, ¿Por qué determinadas funciones deben ser reservadas a funcionarios públicos? ¿A qué responde esta reserva? ¿Deben existir realmente policías locales interinos dadas las importantes funciones de autoridad que realizan, el uso de armas y la especial formación y profesionalidad que se espera de ellos? En fin, dado que la actividad policial ha de subvenir a situaciones que, en no pocos casos, presentan caracteres de imprevisibilidad o exigen la aplicación de los efectivos a cometidos determinados por la demanda social en ciertas zonas, épocas o circunstancias, ¿Cómo se puede hacer frente a dichas situaciones? En las siguientes páginas intentaremos contestar a estos interrogantes.

II. EN GENERAL, EL PROBLEMA DEL EJERCICIO DE AUTORIDAD Y EL INTERINAJE EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En nuestro ordenamiento jurídico hemos realizado una construcción dogmática de la distinción entre funcionarios y laborales a partir fundamentalmente de la nota de la "inamovilidad" en el empleo público. Como sólo los funcionarios de carrera disfrutan de ella, sólo ellos pueden realizar las funciones más importantes de la Administración, aquéllas que tienen que ver con el ejercicio de autoridad, con la salvaguarda de intereses generales, con el ejercicio de potestades públicas y, en general, con todas aquellas funciones que requieran una actuación objetiva, independiente e imparcial de la Administración.

Este planteamiento teórico es el que se plasmó textualmente en la nueva redacción que la Ley 27/2013 dio al art. 92.3 de la LBRL, que reservó estas funciones a los funcionarios de carrera. La reserva para los funcionarios de carrera entraña la filosofía

esencial del modelo, llevándola hasta sus últimas consecuencias. Aunque el modelo planteaba importantes incoherencias, éstas no se han evidenciado de una forma tan explícita hasta que se ha planteado el problema con los funcionarios de los Cuerpos de la Policía Local y se ha negado la posibilidad de que éstos puedan ser nombrados con carácter interino. La cuestión teórica se ha convertido en un importante problema práctico y ha permitido sacar a la luz las importantes disfunciones e incoherencias teóricas que plantea el modelo y que realmente tienen difícil solución.

Sin embargo, el problema interpretativo no es nuevo, toda vez que, con independencia de las reformas de que ha sido objeto el art. 92.3 de la LBRL, ya el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Loca*l, que no se ha modificado en estos años, venía a establecer la misma reserva a favor de los funcionarios de carrera. Según dicho precepto, efectivamente, "corresponde a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril" (actual art. 92.3). De hecho, algunas sentencias anularon nombramientos de interinos por incumplir la reserva establecida para los funcionarios de carrera. Podemos traer a colación, meramente por citar algún ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de febrero de 1997, Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, que anuló el nombramiento como funcionario interino de un policía local en el Ayuntamiento de Granada, al entender que la reserva del art. 132 era exclusivamente para los funcionarios de carrera y no abarcaba a los funcionarios interinos. También la STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de mayo de 2005, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, anuló el nombramiento de un arquitecto interino como jefe administrativo del área de urbanismo porque, según se desprendía de la descripción de ese puesto de trabajo, se trataba de un puesto de jefatura que, al ser el superior jerárquico del personal de urbanismo, tiene atribuidas funciones que implican ejercicio de autoridad y que, en consecuencia, debían quedar reservadas a los funcionarios de carrera.

Este antiguo debate ha vuelto a resurgir ahora con tanta intensidad al tratarse de una Sentencia del Tribunal Supremo que impacta en un colectivo muy importante, que

puede afectar a miles de personas que se encargan directamente de la seguridad ciudadana, y con el riesgo de que el planteamiento, además, se pudiera extender a otros colectivos especialmente sensibles, como el de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional, dificultando sensiblemente el gobierno de las Administraciones Locales.

1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA RESERVA DE FUNCIONES AL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA GARANTÍA DE LA INAMOVILIDAD

La redacción originaria del art. 92.2 de la LBRL de 1985 ya establecía la técnica de la reserva exclusiva de funciones para el "personal sujeto al Estatuto funcionarial". Sólo ellos podían realizar las funciones que implicaran ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas otras que se reservaran a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

Sin embargo, fue el art. 9.2 de la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP),* el que vino a perfilar definitivamente y con carácter de norma básica, una reserva de funciones exclusivamente para aquella categoría de empleados públicos que fueran "funcionarios" y que, además, conforme a lo dispuesto en el art. 57 de dicha ley, tuvieran nacionalidad española. Desde ese momento, sólo los funcionarios pueden ejercer las funciones "*que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca*[2]*".* Éste es el criterio de clasificación esencial que utilizó el legislador para distinguir básicamente la naturaleza jurídica de los puestos de trabajo en la Administración, es decir, si éstos podían ser desempeñados por el personal laboral o forzosamente debían ser ocupados por aquellos empleados públicos que tuvieran la condición de funcionario público. Sus contenidos se mantienen

[2]Según este precepto, los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea pueden acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

exactamente en los mismos términos en el actual TREBEP de 2015. A partir de ahí, las diferencias entre ambos regímenes jurídicos son muy importantes. Los funcionarios se vinculan en virtud del nombramiento, se les aplica el Derecho Administrativo y son inamovibles en el cargo (que no en el puesto). Los laborales se vinculan mediante en un contrato, no disfrutan del privilegio de la inamovilidad y se les aplica su propio sistema de fuentes. Ambos colectivos están sometidos al mismo código de conducta y han de regirse por los mismos principios éticos.

Una vez definida la naturaleza de las funciones y clarificada, pues, la existencia de una reserva para los funcionarios se plantea el problema de si ésta se refiere exclusivamente a los funcionarios de carrera o si, por el contrario, pueden ser ejercidas también con carácter temporal por los funcionarios interinos.

La correcta delimitación del debate nos lleva a plantearnos previamente los criterios para la distinción de ambos colectivos, el funcionarial y el laboral[3]. Sin embargo, la concreción de la reserva no resultaba fácil por la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que han tenido que ser interpretados y perfilados por la jurisprudencia[4].

[3] En sus orígenes, la elaboración doctrinal que trataba de distinguir el ámbito de la aplicación del Derecho público y del Derecho privado en el ámbito funcionarial se concretó en la clásica distinción entre los funcionarios de gestión y los funcionarios de autoridad. Los funcionarios que realizan actos de autoridad serían aquéllos que encarnan el poder público, que realizan las funciones más esenciales del Estado, funciones que implican mando y autoridad. Por ello son nombrados a través de un acto unilateral del poder público y no disfrutarían de derechos de naturaleza sindical. Los funcionarios que no realizan más que actos de pura gestión, son los denominados funcionarios de gestión, que están en la misma situación que los agentes o empleados privados. Estarían ligados a la Administración a través de un verdadero contrato; podrían declararse en huelga y formar sindicatos en la medida en que realizan actos que permiten asimilarlos a los obreros o empleados privados (BERTHÉLEMY, *Traité elementaire de Droit administratif,* séptima edición, 1912). Para profundizar sobre esta materia nos remitimos a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 5, 2013, pág. 82 a 99.

[4]Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de junio de 2016, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSI-F) impugna una Orden por la que se encomienda la realización de determinadas actividades de carácter material y técnico al Instituto Andaluz de Patrimonio Histórico, que era una agencia pública formada exclusivamente por personal laboral. Se anula dicha Orden porque las funciones encomendadas debían estar reservadas a los funcionarios al estar directamente vinculadas con el ejercicio de potestades administrativas, como son la investigación, protección, tutela, conservación y restauración de bienes integrantes del patrimonio histórico andaluz. ejerciendo las funciones de investigación, protección, conservación y restauración. Se entiende que dicha reserva ha de extenderse también a todas las actuaciones técnicas, científicas y operativas que son necesarias para la correcta ejecución de los trabajos encomendados. Entre otras, se citan en la Sentencia las funciones de evaluación, que son el presupuesto de la aprobación o de la adopción de medidas por parte de la Administración pública; la participación en la protección del patrimonio mediante la elaboración de contenidos de resoluciones o mediante la elaboración de documentaciones técnicas, que suponen participar en la formación de la voluntad del poder público de manera directa; los informes sobre cartas, desarrollo de inventarios o afecciones al patrimonio arqueológico subacuático, que indican actuaciones de la Administración sobre hechos concretos en el ejercicio de su función tutelar; el seguimiento y control desde una plataforma tecnológica, toda vez que implica funciones de detección y participación, en consecuencia, en las medidas que dan sentido a dicha actividad, etc.

Como se ha dicho, el legislador no remata la faena, pues no define ni concreta qué tipo de actividades se encuentran incluidas en dicho ámbito[5].

El establecimiento de una reserva de funciones plantea algunos problemas teóricos importantes en nuestro ordenamiento porque es algo ajeno a nuestra tradición funcionarial, al menos su establecimiento en términos tan explícitos, por la simple razón de que siempre ha sido la regla general. Así lo interpretó tempranamente la STC 99/1987, de 11 de junio, al entender que, al haber optado nuestro constituyente en su art. 103.3 por un régimen estatutario funcionarial, la regla general debía ser la de ocupación de los puestos de trabajo por funcionarios y, la excepción, la del personal laboral, debiendo el legislador establecer, en todo caso, los puestos que pueden ser ocupados por éstos.

Aunque no me voy a detener en ello, alguna reflexión general sí me gustaría hacer. El criterio relativo a la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas aporta realmente poca información. Por definición, todas las funciones que realiza la Administración se hacen para satisfacer los intereses públicos y en su defensa, ya sea del Estado, de las Comunidades Autónomas o de la Administración Local. Así lo establece claramente el art. 103.1 de la Constitución al señalar que la Administración sirve con objetividad los intereses generales y, como veremos, a esta interpretación también ha acudido la última doctrina del Tribunal Constitucional a la que haremos referencia. En consecuencia, al menos desde una construcción teórica y doctrinal, toda la actividad que se realiza en su seno, independientemente de que la realice un laboral o un funcionario, responde a esta finalidad. Como criterio distintivo relevante podría tener poco recorrido, salvo que se quiera interpretar por relación a las funciones que tienen directamente que ver con las cuestiones relativas al control y fiscalización interna de las Administraciones, con la gestión económico-financiera y presupuestaria o con las funciones de contabilidad y tesorería.

[5] FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008.

Por lo que se refiere al ejercicio de potestades públicas, se intuye que debe tratarse de una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública y, por consiguiente, irrenunciables e indisponibles[6]. La potestad hace referencia a una situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del *status* existente. Ha sido definida como una expresión de una situación de poder público, de supremacía o superioridad que se manifiesta en la posibilidad de producir efectos jurídicos que los sujetos han de soportar. No se corresponde con ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad [7].

Ello nos sitúa directamente en el plano de aquel tipo de funciones o cometidos que exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa trascendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho y que por ello precisamente adquieren relevancia las notas de objetividad, imparcialidad e independencia, que son las que caracterizan al funcionario frente al laboral. Tal es el caso del ejercicio de la potestad sancionadora, de la potestad expropiatoria, de la potestad normativa e incluso de la potestad de inspección y control. Dado que el ejercicio de estas potestades se ejerce siempre a través del correspondiente procedimiento administrativo, puede concluirse que necesariamente deben reservarse a los funcionarios públicos todas las funciones relacionadas con su tramitación y especialmente con su resolución, toda vez que a través de este acto administrativo resolutorio la Administración exterioriza el ejercicio frente a terceros de prerrogativas o poderes exorbitantes a los que posee cualquier sujeto privado, manifiesta su poder público, gozando además del privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva[8].

---

[6] SÁINZ MORENO, Fernando, "Ejercicio privado de funciones públicas", *Revista de Administración Pública,* nº 100-102, enero-diciembre de 1983 y "El estatuto de la función pública después de la Sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988", *Revista de Administración Pública,* nº 117, 1988.

[7] CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación),* Comares, Granada, 2003; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, Las potestades Administrativas, Tecnos, Madrid, 1986.

[8] QUESADA LUMBRERAS, Javier, "La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía", en la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 317, septiembre-diciembre de 2011.

Este primer acercamiento restrictivo al concepto de ejercicio de potestades públicas, sin embargo, tampoco conseguiría solucionar del todo los problemas interpretativos que plantea la redacción de esta cláusula, toda vez que resulta muy difícil poder marcar una línea divisoria entre lo que sería el ejercicio estricto de este tipo de funciones y las tareas de auxilio o colaboración a las mismas que podrían realizar otros empleados (tramitación de los procedimientos, por ejemplo), pero que también pueden resultar imprescindibles para el adecuado ejercicio de aquéllas y que, en consecuencia, también podrían considerarse incluidas en esta cláusula como "participación indirecta" en el ejercicio de las potestades administrativas. Además, las notas de imparcialidad y objetividad también se exigen con todo su rigor en esta concreta fase de tramitación de los procedimientos administrativos.

2. LA EXPLICACIÓN: LA INAMOVILIDAD COMO GARANTÍA DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD DEL FUNCIONARIO EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES

Además de la tradición y de nuestros condicionantes históricos, la inamovilidad del funcionario, es el principal argumento que, a día de hoy, permitiría justificar la existencia de una reserva funcionarial e introducir cierta lógica en el modelo. La inamovilidad aparece configurada jurídicamente en el art. 14 del TREBEP como un derecho exclusivo de los funcionarios públicos. No disfrutan de ella el resto de empleados públicos, ni el personal laboral ni el eventual ni los funcionarios interinos. Se ha entendido que ello es una garantía de la imparcialidad y objetividad del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Blinda al funcionario de cualquier tipo de injerencias políticas, partidistas o de otro tipo. De esta manera, las funciones más importantes de la Administración, como son aquellas que implican ejercicio directo o indirecto de potestades públicas, salvaguardia de intereses generales, ejercicio de autoridad o, en general, cualesquiera otras en las que deba garantizarse especialmente su objetividad e imparcialidad, sólo podrían llevarlas a cabo aquellos empleados que son inamovibles, esto es, por los funcionarios de carrera.

La inamovilidad del funcionario es la única forma de garantizar su neutralidad, su imparcialidad y su independencia frente a cualquier influencia de intereses partidistas. Este derecho permite dotar al funcionario de garantías que eviten cualquier intento de

injerencia en su actuación por parte del político de turno. La objetividad e imparcialidad permiten asegurarse de que la actuación de la Administración coincide con el fin específico de la potestad atribuida por la norma, que se ejerce previa ponderación de todos los intereses en juego y de acuerdo con los criterios que la propia norma determina para la satisfacción del interés general, sin que este proceso se vea perturbado por la influencia de otros intereses personales o espurios del funcionario. La imparcialidad afecta de modo especial al ámbito subjetivo de la Administración, esto es, a sus empleados, que deben actuar con prohibición de otorgar preferencias o disfavores a determinadas personas no amparados en las normas, es decir con igualdad de trato[9] y evitando que el funcionario pueda tener otro criterio distinto al establecido por el legislador, como pueden ser sus intereses personales o intereses de carácter político.

Pues bien, hemos realizado una construcción doctrinal del régimen funcionarial a partir de la nota de la inamovilidad, toda vez que ésta es la principal garantía que existe para asegurar que el funcionario va a realizar sus funciones con objetividad e independencia, sin favoritismos ni discriminaciones, de una forma completamente desinteresada y al margen de consideraciones políticas o preferencias personales[10]. En este sentido, la inamovilidad supone un freno importante frente a cualquier intento de intromisión del político de turno, pues, aunque no cumpla con sus instrucciones tiene la confianza de que no puede ser cesado. La conexión entre objetividad e imparcialidad es la de la relación causa-efecto: cuando la autoridad o funcionario actúa con imparcialidad y neutralidad, el resultado será la objetividad de la actuación administrativa que predica el art. 103.1 de la Constitución[11].

---

[9] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general*, Iustel, Madrid, 2018, pág. 71.

[10] ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia, "El principio de objetividad en el empleo público II: la objetividad como deber de los empleados públicos", *Documentación Administrativa*, nº 289, enero-abril de 2011; GUILLÉN CARAMÉS, Javier y FUENTETAJA PASTOR, Jesús, "El principio de objetividad en la función pública (un análisis desde la jurisprudencia)", en la revista *Documentación Administrativa*, nº 289, enero-abril de 2011; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2013; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público, entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001 y "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* nº 5, 2013.

[11] MORELL OCAÑA, Luis, "La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución", en la *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 111, 2001.

El legislador habría querido asegurarse de que los empleados encargados de realizar dichas funciones tienen un especial estatus que garantiza la objetividad, imparcialidad e independencia en su ejercicio. Su ejercicio requiere, efectivamente, de las máximas garantías de objetividad, independencia e imparcialidad que, al menos en principio, parecen mejor salvaguardadas en el ámbito funcionarial que en el laboral, aunque sólo sea porque la nota de la inamovilidad en el cargo sólo a ellos se les reconoce.

Sobre estas notas de objetividad, independencia e imparcialidad también se pronunció la STC 37/2002, de 14 de febrero a propósito del art. 92.2 de la LBRL en su redacción originaria. Dicho precepto fue cuestionado ante el TC por disponer que se reservarían a los funcionarios determinadas funciones públicas para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función, sin especificar qué concretas funciones revestían estos caracteres. Sin embargo, consideró el Tribunal que esta locución no había que considerarla como una pura reserva a los funcionarios públicos de funciones residuales, sino de la que, por el contrario, deriva que los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia son los que han de regir las decisiones de la Administración. De alguna manera se viene a recoger como criterio que los contratados laborales que presten sus servicios en la Administración no pueden desarrollar funciones de especial responsabilidad en garantía precisamente de la objetividad, imparcialidad e independencia. Es decir, aquéllos sólo podrán ocupar puestos que no requieran la adopción de decisiones de especial trascendencia, los cuales exclusivamente podrán ser cubiertos por quienes tengan la condición de funcionario.

Según el TC, el precepto cuestionado contiene una doble afirmación. Por un lado establece que determinadas funciones, que se detallan expresamente y son calificadas de públicas, quedan reservadas al personal funcionario; por otro, que además también habrán de ser realizadas por funcionarios aquellas funciones que les sean reservadas por la normativa que desarrolle la Ley de bases, con vistas a garantizar mejor la objetividad, imparcialidad e independencia con que deben ser ejercidas las funciones públicas. De este modo el precepto preserva y asegura la realización de determinadas funciones públicas en el ámbito de la Administración local por personas sujetas a la relación funcionarial, y añade la previsión de que otras funciones, en ese momento aún

no determinadas, también deberán quedar reservadas al personal funcionario en atención a las condiciones en que deben ejercerse. En consecuencia, no se puede afirmar que el precepto abra las puertas a que una indeterminada cantidad de funciones públicas puedan ser atendidas por personal laboral, puesto que, precisamente, lo único que asegura es todo lo contrario, esto es, que una serie de funciones expresamente citadas, así como otras varias que se les podrán añadir, sólo cabe que sean realizadas por personal funcionario y, por tanto, ni siquiera por vía de excepción cabe atribuirlas a personal laboral.

Es más, el precepto contiene una determinación material que sería, por sí, suficiente de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios públicos y, a sensu contrario, de las que no pueden ser encomendadas al personal contratado, el cual no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen el ejercicio de las funciones enumeradas en el primer inciso del art. 92.2 LBRL, esto es, las que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública.

3. ALGUNAS INCOHERENCIAS TEÓRICAS DEL MODELO: EL INTERINO QUE REALIZA FUNCIONES RESERVADAS

Si la explicación dogmática sobre la distinción entre funcionarios y laborales se ha construido a partir de la nota y garantía de la inamovilidad, con buena lógica podía argumentarse que ningún otro colectivo de empleados públicos que no disfrutara de este derecho podría realizar las funciones reservadas, incluidos los interinos, que, por su propia naturaleza son figuras de carácter temporal.

Ahora bien, si esto es así, ciertamente pueden encontrarse algunas incoherencias internas en este modelo. Algunas de ellas de carácter eminentemente teórico, porque estas notas de objetividad e imparcialidad se han de predicar de igual manera -y por imperativo constitucional (art. 103.1)- a todas y cada una de las funciones y tareas que realice cualquier empleado público, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que lo une con la Administración. Otras son de carácter práctico. Si decimos que las garantías que van anejas a la inamovilidad del funcionario son relevantes para

la distinción, sería una incoherencia del sistema la existencia misma del personal interino, en la medida en que se estaría aceptando que esta categoría de empleados, que goza incluso de menor estabilidad que los laborales fijos, pueda ejercer directa o indirectamente potestades públicas y funciones de autoridad[12].

La cuestión dogmática se enfrenta en este punto a una cuestión meramente pragmática y de difícil armonización. ¿Quién sustituye a los funcionarios de carrera en el ejercicio de sus funciones? Las funciones tan importantes que realizan no pueden dejar de prestarse por el hecho de que el funcionario se ausente temporalmente de su puesto de trabajo o duren mucho tiempo los procesos selectivos. Además, en los últimos años hemos pretendido "administrativizar" o "publificar" el empleo público aumentado los supuestos que permiten el nombramiento de interinos, posiblemente porque su nombramiento resultaba más cómodo para la Administración que la contratación de personal laboral temporal. Hemos extendido el interinaje a otros supuestos nuevos, para hacer frente a un exceso o acumulación de tareas y realización de programas de carácter temporal (que puede prorrogarse hasta cuatro años si así lo deciden las Comunidades Autónomas). Con ello hemos desnaturalizado la figura del interino y hemos complicado todavía más el ya complejo debate dogmático sobre esta figura, la reserva de funciones y la inamovilidad en la Administración.

Desde otra perspectiva, habría que tener en cuenta que, hoy en día, las garantías de imparcialidad y objetividad no sólo provienen de la naturaleza del vínculo que une al empleado con la Administración, sino también y en gran medida del propio procedimiento administrativo y del régimen jurídico al que se someten los empleados públicos. En este sentido, conviene recordar que todos ellos están sometidos por igual a un estricto código de conducta y a determinados principios éticos que han de regir su actuación. Es decir, la sumisión de la toma de decisiones administrativas al procedimiento legal o reglamentariamente establecido en cada caso, así como la existencia de causas de abstención y recusación, son también elementos esenciales

[12] FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, Jorge, "El Estatuto Básico del Empleado Público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 139, 2008; BOLTAINA BOSCH, Xavier, *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

para garantizar las notas de objetividad e imparcialidad de la actuación administrativa[13]. Buena prueba de ello ha sido el ejercicio de funciones inspectoras y sancionadoras por parte del personal laboral en algunos organismos reguladores y durante muchos años, sin que ello haya sido cuestionado por ningún tribunal. La *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, supuso un importante punto de inflexión en este sentido.

A pesar de estas importantes incoherencias del modelo, no nos hemos enfrentado a ellas hasta que se ha planteado el problema con los policías locales y el Tribunal Supremo ha extraído las consecuencias lógicas que se derivan del esquema teórico que hemos construido a partir de la nota de la inamovilidad y que tenía su plasmación normativa en la nueva redacción del art. 92.3 de la LBRL al restringir la reserva de funciones exclusivamente a los funcionarios de carrera e impidiendo a los interinos su ejercicio.

Cuando se ha tratado de otros colectivos de funcionarios de la Administración Local no hemos derivado las mismas consecuencias del modelo ni hemos interpretado en términos tan estrictos la reserva funcionarial. Así ha ocurrido, por ejemplo, con el colectivo de funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional**,** que realizan las funciones de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y, de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y contabilidad, tesorería y recaudación[14]. La necesidad de garantizar la objetividad e independencia de estos funcionarios en el ejercicio de sus funciones explica que nuestro ordenamiento haya establecido un doble sistema de reservas para garantizar que el "personal controlador" de las corporaciones locales actúa "con plena independencia". No sólo establece una reserva a "funcionarios de carrera" de ese tipo de funciones "para la mejor garantía de la

---

[13] CASTILLO BLANCO, Federico, "¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral?: una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral", en *Revista de administración pública*, nº 190, 2013, págs. 309 y ss.

[14] Su régimen jurídico también se ha visto reformado de un modo muy importante por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local,* que introdujo un nuevo artículo en la LBRL, el art. 92 bis, para sustituir el régimen de los "funcionarios con habilitación de carácter estatal" que previamente había regulado la disposición adicional segunda de la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto básico del empleado público*, otorgando importantes competencias a las Corporaciones Locales en la gestión de su régimen jurídico.

objetividad, imparcialidad e independencia" en su ejercicio (art. 92.3 LBRL), sino que, además, esta reserva se hace a favor de una modalidad específica de funcionarios, los funcionarios "con habilitación de carácter nacional", que son los encargados de realizar las tareas de secretaría e intervención, "necesarias en todas las Corporaciones locales" (art. 92 bis, apartado primero, LBRL, añadido por el art. 1.25 de la Ley 27/2013). La nueva regulación introducida en el año 2013 atribuía importantes competencias al Estado y a las Comunidades Autónomas, en detrimento de la Administración local, por lo que fue objeto de impugnación, entre otras, por parte de la Comunidad andaluza al entender que vulneraba la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141.1 CE).

La STC 45/2017, de 27 de abril, ha despejado las dudas a este respecto al entender que el legislador estatal dispone de competencias para diseñar un sistema de controles internos destinados a asegurar la independencia y profesionalidad de los Secretarios e Interventores —los órganos de control— respecto de las corporaciones locales —las entidades controladas—. Es legítimo, por ello, que se establezcan normas que alejan del nivel local determinadas decisiones relacionadas con el reclutamiento, formación y sanción de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y que el legislador básico encomiende al Estado y a las Comunidades Autónomas las más relevantes decisiones relacionadas con aquellos aspectos para evitar que quien las tome sea la corporación local que aquellos funcionarios han de controlar[15]. A pesar de la importancia de las funciones que realizan estos funcionarios y de que no cabe duda alguna de que se encontrarían inmersos también dentro de la reserva del art. 92 de la LBRL, no ha planteado duda alguna la posibilidad de que puedan nombrarse funcionarios interinos. Así lo acredita el *Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, que es el que regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional*, cuyos artículos 52 y 53 prevén la posibilidad de nombramientos temporales para el ejercicio de estas funciones. El primero de estos preceptos prevé el

[15] Estas normas hallan cobertura en el artículo 149.1.18 CE como bases en materia de función pública local (STC 32/2002, de 14 de febrero). A su vez, cabe reconducir a la competencia normativa plena sobre haciendas locales (art. 149.1.14 CE) el "régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos, así como la legalidad, eficacia y eficiencia en su gestión" (STC 111/2016, de 9 de junio y STC 130/2013, de 4 de junio). Por lo demás, el artículo 92 bis LBRL no ha excluido por completo la participación de los entes locales en las tareas de selección, formación y disciplina relativas a los funcionarios con habilitación nacional llamados a controlar su actividad. Simplemente restringe sus posibilidades de actuación, pero siguen teniendo competencias para la fijación de los "méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local", la aprobación de las bases del "concurso ordinario" y la cobertura de puestos de trabajo reservados a estos funcionarios por el procedimiento de libre designación (posible solo excepcionalmente en determinados entes locales) del apartado sexto, así como la instrucción y resolución de determinados procedimientos disciplinarios (apartado 10).

nombramiento accidental de un funcionario de la propia Administración Local con preparación suficiente, aunque en este supuesto se establece la cautela de que no podrá ser habilitado accidentalmente un funcionario interino para desempeñar un puesto reservado a funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional. El segundo de ellos prevé abiertamente la posibilidad de que la Corporación Local proponga a la Comunidad Autónoma el nombramiento de un funcionario interino cuando no fuera posible la provisión de los puestos reservados por funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, en cuyo caso, el interino debe estar en posesión de la titulación exigida para el acceso al subgrupo A1 y la Comunidad Autónoma puede establecer pruebas selectivas para formar la correspondiente bolsa de trabajo. Como cautela, se prevé que el nombramiento autonómico del funcionario interino sólo pueda efectuarse si la Corporación Local no ha propuesto funcionario previamente seleccionado por ella y que quede acreditado en el expediente la imposibilidad de proveer el puesto por funcionario de administración local con habilitación de carácter nacional. Para este colectivo, pues, y a pesar de las funciones reservadas que realiza, no existe ningún inconveniente para el nombramiento de interinos.

III. EN ESPECIAL, SU TRATAMIENTO EN LOS CUERPOS DE POLICÍA LOCAL. LAS FUNCIONES DE SEGURIDAD Y EL INTERINAJE

En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los Cuerpos de Policía Local tienen a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad[16]. Así lo recoge el art. 7 de la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, y de forma explícita para este colectivo, el punto 5 de la Disposición Transitoria Cuarta del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*. También lo ha declarado de forma expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 175/2011, de 8 de noviembre, con motivo de la cuestión de inconstitucionalidad que se planteó frente a la

[16] Algunos autores han realizado una sutil distinción entre el funcionario que ostenta carácter de autoridad y el que se presenta como agente de autoridad. El primero tendría capacidad, bien para ordenar o ratificar un acto llevado a cabo por otros o bien para emitir una declaración o resolución vinculante. Por el contrario, el agente de autoridad necesitaría que sus actos fueran autorizados o ratificados por otros. Sus funciones se limitarían, bien a ejecutar lo decidido por la autoridad, bien a esperar a su ratificación para su validez. Para un análisis más detallado nos remitimos a CANALS I AMETLLER, Dolors, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad (control, inspección y certificación),* Comares, Granada, 2003.

legislación autonómica cántabra, que permitía soslayar el requisito de titulación en la promoción interna de este colectivo. Esta sentencia es muy importante porque nos permite aclarar la especial naturaleza de estos funcionarios públicos que, aunque son agentes de autoridad y realizan funciones de seguridad, tienen naturaleza estatutaria funcionarial[17]. Son funcionarios de los Ayuntamientos que, además de las funciones de seguridad, realizan otras muchas funciones públicas que permiten distinguirlos de las restantes policías autonómicas y, por extensión, de los demás Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. Para que los funcionarios públicos puedan ejercer la autoridad en la seguridad pública local, según la Sala, necesitan previamente la cobertura competencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos locales[18].

En dicho pronunciamiento clarificó el Tribunal que los policías locales son funcionarios públicos de la Administración municipal cuyo régimen jurídico tiene determinadas singularidades en virtud de que son "agentes de la autoridad que desempeñan especiales funciones y ostentan específicas atribuciones al participar del ejercicio de la autoridad". Asimismo, tras el análisis del sistema de fuentes que los regulan, concluyó que "*la policía local tiene, por una parte, naturaleza de fuerza y cuerpo de seguridad (art. 2 LOFCS), integrada, por otra parte, en institutos armados de naturaleza civil (art. 52 LOFCS), regida por los principios de mérito, capacidad y antigüedad (art. 6.6 LOFCS) e integrada por funcionarios al servicio de la Administración local (arts. 130, 171.1 y 2 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local) coordinados por las Comunidades Autónomas de conformidad con la LOFCS y LBRL y con funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad (art. 92.2 LBRL), razón por la cual su desempeño se reserva exclusivamente a* ***personal funcionarial*** *(art. 92.2 LBRL y*

[17] El sistema de fuentes de este colectivo es especialmente complejo. Además de la aplicación de la correspondiente legislación autonómica sobre coordinación de la Policía Local, según el art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), los cuerpos de policía local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, según lo dispuesto en el art. 92.1 de la Ley 7/1985, los funcionarios al servicio de la Administración Local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley, por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los términos previstos en el artículo 149.1.18ª de la Constitución.

[18] Este criterio vendría avalado por la STC 154/2005 de 9 junio, en la que se señaló que "la determinación de que la actividad controvertida sea o no de naturaleza policial (en sentido estricto o por inherencia) sólo puede derivarse de la ponderación de su contenido y finalidad, de acuerdo con la doctrina tradicional sobre los criterios de incardinación competencial y no de la apreciación meramente mecánica de la relación que los órganos estatales a los que se haya atribuido su ejercicio puedan tener con la organización policial. En definitiva, erigiéndose el estatuto funcionarial en garantía adicional del ejercicio de las funciones policiales tuitivas (estatus y condiciones distintos de las propias funciones de «seguridad pública»), la sujeción de todos los funcionarios a las mismas condiciones de acceso y promoción constituye una garantía adicional, residenciada en el título competencial del art. 149.1. 18 CE".

art.172 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local)".

No cabe, duda, pues, de que las funciones de los funcionarios de estos Cuerpos quedan incluidas dentro de la reserva funcionarial.

A partir de ahí, se han planteado dos problemas importantes, uno teórico, de configuración del modelo, y otro práctico. El problema teórico, efectivamente, ha surgido a partir de la nueva redacción dada al art. 92.3 de la LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, que, al establecer la reserva de funciones, ya no se refiere al "**personal funcionarial**", como categoría comprensiva de los funcionarios de carrera y de los funcionarios interinos, sino textualmente a los "**funcionarios de carrera**". El problema práctico tiene que ver con las dudas que plantea la existencia misma de la figura del interino en el ámbito de la policía local, dado que no existe en otros institutos armados como la Guardia Civil[19] y la Policía Nacional[20]. La condición de miembros en estos otros Cuerpos se articula a través de una relación de "carácter permanente" que requiere, en todo caso, el sometimiento a un riguroso proceso formativo previo. En estos Cuerpos, las necesidades urgentes o extraordinarias de personal se suelen paliar a través de las comisiones de servicio. A partir de ahí se plantea una duda esencial. ¿Han de aplicarse estas mismas reglas al régimen de los policías locales y excluir la interinidad en este ámbito? La respuesta nos llevaría a analizar las funciones que realizan.

Ciertamente, la especial naturaleza de las funciones de autoridad que realizan los policías locales y el uso de armas exige, al igual que en aquellos otros Cuerpos,

[19] El art. 3 de la *Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil*, los define como aquellos españoles vinculados al Cuerpo de la Guardia Civil por una relación de servicios profesionales de carácter permanente como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y que, por la naturaleza militar del Instituto en el que se integran, son militares de carrera de la Guardia Civil. La condición de guardia civil se adquiere al obtener el primer empleo, conferido por el Rey y refrendado por el Ministro de Defensa, e incorporarse a la escala correspondiente del Cuerpo. El primer empleo se obtiene mediante la superación de las pruebas de selección y del plan de estudios del centro docente de formación correspondiente.

[20] Según el art. 16 de la *Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional*, son funcionarios de carrera de la Policía Nacional quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a la Administración General del Estado, como miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente. Los funcionarios de carrera de la Policía Nacional recibirán la denominación genérica de Policías (art. 5).

determinadas especialidades en cuanto a su acceso, formación y régimen jurídico aplicable. Por ello se someten a un especial procedimiento selectivo que sería difícil de garantizar con el mismo rigor a través de la conformación de bolsas de trabajo para el nombramiento de interinos. Además de las pruebas teóricas, se realizan pruebas de carácter psicotécnico y entrevistas personales, exigentes pruebas físicas, reconocimientos médicos, cursos selectivos en un centro especial de formación y suelen someterse a un período de prácticas. Toda su actuación suele estar sometida a principios especiales que rigen sus relaciones con la ciudadanía y el modo en el que han de desempeñar sus funciones (principio de integridad, imparcialidad y neutralidad; principio de actuación de manera equitativa y respetando en todo momento los principios de igualdad y no discriminación; evitación de cualquier práctica abusiva, arbitraria o que entrañe violencia física o moral o que pueda comprometer el prestigio o eficacia de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de la Administración pública de la que dependan; actuación en todo momento con integridad y dignidad; sometimiento en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación, debiendo respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos; etc.).

Sin embargo, también habría que tener en cuenta las especialidades que tienen los policías locales respecto de estos otros institutos armados. La doctrina del Tribunal Constitucional ha diferenciado los Cuerpos de la Policía Local de otros Cuerpos y Fuerzas de Seguridad atendiendo a las funciones que desempeñan los mismos, lo que también determina el título competencial aplicable en cada caso (STC 86/2014, de 29 de mayo y STC 154/2017 de 21 diciembre). Nos sirve también el análisis que hizo la STC 175/2011, de 8 de noviembre, en este caso propósito de las reflexiones que realiza la Sala sobre la legislación catalana de 1994 que permitía dispensar el requisito de titulación para la promoción a sargento, subinspector e inspector de los Mossos d´Esquadra. Analizó el TC la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/1986, que remite la regulación de la Policía Autónoma de Cataluña a su Estatuto de Autonomía y a las normas que lo desarrollen. Este esquema de fuentes no sería aplicable a los policías locales porque son, ante todo, funcionarios locales y, en consecuencia, se someten al estatuto básico del empleado público. Ello es así porque los Mossos d'Esquadra estarían inmersos «en el ámbito material de la seguridad pública». Por el contrario, si repasamos las funciones de los agentes municipales se aprecia que trascienden del

mantenimiento de la seguridad pública. Desarrollan, además -y de forma predominante- funciones «de policía administrativa» en materia de salud y salubridad municipal (mercados, sanidad animal, funerarias…), medio ambiente (ruidos, vibraciones, emisiones…), protección del patrimonio (particular, publico, histórico…), horarios comerciales, locales de ocio, urbanismo, etc. Realizan tareas de supervisión, control e intervención procedimental destinadas a velar por la sujeción de los particulares al Derecho en sus relaciones de convivencia, que se diferencian netamente de las predominantemente «de seguridad» de otros cuerpos policiales (estatales o autonómicos), en los que el ejercicio de las funciones de seguridad es lo definitivo.
Con este pronunciamiento quedaba claro que los policías locales, además de realizar funciones de seguridad, realizan otras funciones que, a mi juicio, bien podrían explicar que no se sometieran a las mismas limitaciones que existen para los otros cuerpos y fuerzas de seguridad en cuanto al interinaje.

Todos estos factores explican las dudas que plantea el interinaje en este ámbito y, posiblemente, la ausencia de regulación explícita de esta figura en la mayor parte de las legislaciones autonómicas sobre coordinación de sus policías locales. Sin embargo, aunque no hayan previsto expresamente esta figura, es una evidencia que los municipios utilizan el nombramiento de funcionarios o funcionarias interinas para subvenir necesidades urgentes no cubiertas por la plantilla en servicio. Tal práctica ha venido avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo históricamente, pero plantea el problema de que los deberes y quehaceres del funcionario interino son correlativos a los del funcionario de carrera al que suple, sin que hasta ahora estuvieran bien perfilados los mecanismos que facilitasen la formación y la profesionalidad que es exigible, dadas las importantes funciones de autoridad que realizan y la posibilidad de utilizar las armas de fuego.

1. EL AVAL JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 1999

Aunque la presencia de funcionarios interinos realizando funciones de la Policía local no ha sido en modo alguno pacífica por la ausencia de un régimen jurídico claro al respecto, la cuestión fue resuelta por vía jurisprudencial a través de la famosa

Sentencia del *Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª*, dictada en recurso de casación en interés de ley. El asunto se planteó frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 28 de febrero de 1998, que estimó el recurso contencioso-administrativo, promovido por la Junta de la Comunidad de Castilla-La Mancha contra los Acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Herencia, que aprobaron las bases de la convocatoria para el nombramiento de un policía local como funcionario interino y anuló dichos actos.

Aunque la redacción originaria del art. 92.2 de la LBRL reservaba las funciones al "personal sujeto al estatuto funcionarial", la sentencia recurrida tuvo también en cuenta lo dispuesto en el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*, que volvía a hacer referencia explícita para el ejercicio de estas funciones a los "funcionarios de carrera". Efectivamente, según establecía la literalidad del precepto, "corresponde a los *funcionarios de carrera* el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril[21], así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo". Esta reserva a los funcionarios de carrera tenía su lógica explicación porque, según la Sala castellanomanchega, esta concreta modalidad de funcionarios se caracteriza por la nota de permanencia, frente a la temporalidad del personal interino. La inamovilidad, concluía la sentencia, se configura como un requisito para el ejercicio de unas funciones que, por su entidad y trascendencia, hacen necesario su desempeño con la máxima objetividad e independencia, condiciones que hay que suponer mejor garantizadas para aquellos funcionarios que gozan de un régimen de permanencia, que los que lo ocupen transitoriamente. El Ayuntamiento de Herencia interpuso el recurso de casación en

[21] La redacción originaria de este precepto disponía que "son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a *personal sujeto al Estatuto funcionarial*, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función".

interés de la ley contra dicha Sentencia en la medida en que imposibilitaba la selección de policías locales en régimen de interinidad.

El Tribunal Supremo entendió que, si bien en una primera lectura parece sólidamente fundada la doctrina que se expone en la sentencia recurrida, sin embargo, un examen en profundidad permite advertir que, en realidad, descansa en una interpretación literal de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 132 del TRLBRL, que dispone que corresponde a "funcionarios de carrera" el desempeño de puestos de trabajo que tengan atribuidas funciones de autoridad. Esta interpretación ha de ceder a la que se extrae de ese mismo precepto, si se pone en relación con los demás que en ese mismo Texto Refundido regulan la situación del personal al servicio de las Entidades Locales, y con los de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 y demás disposiciones en aquel Texto, objeto de refundición o que por expresa remisión legal o estar relacionadas con el tema impugnado, resultan aplicables.

Entre los múltiples argumentos que utiliza el Tribunal para casar aquélla doctrina, afirma que la reserva de exclusividad de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que se realiza en el art. 92.2 LBRL, lo es, en general, para el personal sujeto al estatuto funcionarial y que también el funcionario interino está sujeto a ese Estatuto o régimen general funcionarial. Tampoco las notas de imparcialidad, objetividad e independencia, a que alude la sentencia recurrida, pueden ser decisivas a efectos interpretativos, pues tales características son propias de la acción de toda la Administración, y del régimen estatutario que configura los deberes de los funcionarios públicos, según se infiere del art. 103 de la Constitución y de la regulación del régimen disciplinario y de incompatibilidad de aquéllos, que es también aplicable a los funcionarios interinos, en tanto que permanecen como tales.

Asimismo, al regular la figura del funcionario interino en el art. 128 del Texto Refundido de 1986, se prohíbe que pueda nombrarse personal interino para plazas que no se hayan incluido en la oferta de empleo público, salvo cuando se trate de vacantes realmente producidas con posterioridad a su aprobación, pero no se establece prohibición alguna a la interinidad en la específica regulación que dedica a la policía local.

Lo mismo sucede en la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, 2/1986, en el Título V se regula específicamente a la Policía Local y no contiene ningún precepto que establezca una prohibición relativa al desempeño como interino de funciones de esa índole. Curiosamente, el Tribunal tiene en cuenta la normativa autonómica catalana y trae precisamente a colación su disposición adicional cuarta, en la que, tal como antes hemos apuntado, se admite expresamente el nombramiento de policías locales, en régimen de funcionarios interinos. A la hora de realizar una interpretación sistemática de todo el ordenamiento funcionarial, y especialmente el local, recurre incluso a lo dispuesto en la Disposición adicional tercera del *Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local* que, tanto para la selección de los policías locales como de los bomberos, se remite directamente a lo establecido en dicha norma en cuanto no se oponga a sus normas específicas. Y esas normas, y más concretamente su Disposición adicional primera, habilita al Presidente de la Corporación para efectuar nombramientos de personal funcionario interino para plazas vacantes, una vez efectuada la convocatoria, siempre que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera. Sólo se requiere que el interino reúna los requisitos generales de titulación y las demás condiciones exigidas para participar en las pruebas de acceso, dando preferencia a aquellos aspirantes que hayan aprobado algún ejercicio en las pruebas de acceso de que se trate. Es más, la Sala trae también a colación el entonces vigente *Real Decreto 1174/1987, que reglamenta el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional*. También se encontrarían afectadas en este caso funciones esenciales que implican ejercicio de fe pública, asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económica, a las que también aludía el art. 92.2 LBRL y, sin embargo, su art. 42.2 permitía expresamente la figura del funcionario interino.

El conjunto normativo expuesto permite concluir finalmente a la Sala que *"la interpretación contraria a la admisión de la posibilidad de selección, en régimen de interinidad, de los funcionarios de la policía local, que la sentencia impugnada extrae de la literalidad del párrafo primero del art. 132.1 TRLBRL, y de las notas de imparcialidad, objetividad e independencia propias de la función de la policía local, no debe prevalecer*

sobre la que se infiere del examen de ese precepto dentro del contexto normativo en que inmediatamente se integra, que únicamente está dirigida a precisar que en la Administración Local, no cabe que los puestos de trabajo que tengan atribuidas funciones que impliquen ejercicio de autoridad, como es el caso de los de la policía local, puedan ser desempeñados por personal contratado laboral, ni por personal eventual que desempeñe puestos de confianza o asesoramiento especial, que son las únicas clases de funcionarios a que alude el art. 89 LBRL, que sirve de inmediato fundamento al art. 92.2 de la misma Ley".

En definitiva, pues, considera el Tribunal que la sentencia recurrida incurre en grave error cuando interpreta la normativa citada en el sentido de que, cumplidos los presupuestos legales a los que, con carácter general, se supedita la posibilidad de nombramiento de funcionarios locales en régimen de interinidad, no pueda sin embargo acudirse a la forma de nombramiento como interino respecto de los funcionarios de la policía local. Por lo que procede dar lugar al recurso de casación en interés de la ley, promovido por el Ayuntamiento de Herencia y fijar como doctrina legal, que "***ante las situaciones de urgente necesidad y previo cumplimiento de las previsiones legales, y con el carácter temporal implícito en su propio concepto, pueden convocarse, para ser cubiertas en régimen de interinidad, plazas de policía local***".

De esta manera quedaban jurisprudencialmente zanjadas todas las dudas existentes sobre la posibilidad de nombrar a interinos para ejercer las funciones de policía local.

2. LA RESPUESTA DADA EN LAS DISTINTAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS SOBRE COORDINACIÓN DE LAS POLICÍAS LOCALES

En el ámbito autonómico existe una gran disparidad de regulaciones y son pocas las normas que han querido introducir algo de seguridad jurídica en esta materia estableciendo una regulación específica al respecto.

Si nos fijamos en algunas de las legislaciones autonómicas sobre coordinación de las policías locales reformadas más recientemente, vemos que la cuestión del interinaje no es en modo alguno pacífica y se aborda a través de diversos mecanismos, ya sea a

través de la asociación de municipios para prestar este servicio público, a través de la comisión de servicios o de otras fórmulas de cooperación con la policía autonómica, ya sea a través de la creación de agentes auxiliares de los policías locales. Aunque no pretendemos hacer un análisis de cada uno de los diecisiete modelos autonómicos existentes, nos vamos a detener simplemente en algunas de las últimas reformas para observar cómo se afronta esta cuestión.

Hay algunas Comunidades Autónomas, como la murciana o la castellanomanchega, que establecen una regulación muy restrictiva y llegan a prohibir de modo expreso esta figura. Así, el art. 14 de la *Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*, exige que los miembros de los Cuerpos de Policía Local sean personal funcionario de carrera del Ayuntamiento respectivo, prohibiendo expresamente la contratación de naturaleza laboral, cualquiera que fuere el tipo o duración del contrato y el nombramiento de funcionarios interinos. Exactamente con el mismo contenido se pronuncia el art. 19 de la *Ley 8/2002, de 23 de mayo, de Coordinación de Policías Locales de Castilla-La Mancha*. La atención eventual a las necesidades de personal se canaliza, de modo similar a lo que ocurre en otras Comunidades Autónomas, a través de las asociaciones de municipios o de los convenios de colaboración entre Ayuntamientos, mediante la figura de la comisión de servicios de carácter voluntario, en cuyo caso, el convenio habrá de ser comunicado a la junta o delegados de personal de los Ayuntamientos afectados (art. 15).

En estos casos se potencia especialmente la herramienta de la comisión de servicios, que permite cubrir plazas vacantes o atender eventualmente a necesidades extraordinarias del servicio. En la legislación de Castilla-La Mancha, por ejemplo, su art. 27 permite que los Ayuntamientos autoricen comisiones de servicios funcionales a policías locales pertenecientes a Cuerpos de otros municipios de Castilla-La Mancha, siempre que entre los Ayuntamientos interesados se hubiera establecido un convenio de colaboración a tal fin. Los funcionarios sujetos a este régimen especial de comisión de servicios seguirán percibiendo sus retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio que les correspondan del Ayuntamiento en el que son titulares. En el correspondiente convenio se deberá establecer el sistema de compensación económica entre los Ayuntamientos afectados. En este caso, se establecen también

algunas limitaciones. No podrán tener una duración superior a quince días y en ningún caso un Ayuntamiento podrá recurrir a este sistema extraordinario más de dos veces durante un mismo año natural, además del Día de la Región, remitiendo a la Junta de Comunidades para que establezca reglamentariamente las Normas-Marco que regulen las comisiones de servicio funcionales.

Por el contrario, otras Comunidades, como Baleares o Cataluña, han regulado con toda normalidad esta figura. El art. 41 de la *Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Illes Balears*, sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado la STC 106/2019 a la que después nos referiremos, exige para el nombramiento de un policía local interino haber superado la parte teórica del curso pertinente de formación básica para policía local de la Escuela Balear de Administración Pública, de acuerdo con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, y cumplir los requisitos establecidos en los sistemas de selección, así como formar parte de una bolsa de trabajo constituida al efecto por el Ayuntamiento.

La Disposición adicional cuarta de la *Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña,* también prevé el nombramiento de policías interinos exclusivamente para los Ayuntamientos que vean aumentada la afluencia de visitantes durante la época turística por sus especiales circunstancias. En ese caso, pueden convocar plazas de Policía en régimen de funcionario interino, por un período máximo de seis meses. Se adoptan, no obstante, determinadas cautelas y limitaciones a su actuación. Aunque lleven el uniforme reglamentario, no pueden llevar armas y tienen funciones limitadas, toda vez que no pueden instruir atestados por accidentes de circulación acaecidos dentro del núcleo urbano, ni proteger a autoridades, ni ordenar ni señalizar el tráfico. Tampoco pueden ejercer como Policía judicial. Se les exige superar unas mínimas pruebas selectivas, entre las cuales habrá, como mínimo, una prueba psicotécnica, una prueba física, una revisión médica y tendrán que seguir un curso de formación en la Escuela de Policía de Cataluña, de una duración de ciento veinte horas o de veinte días lectivos. El nombramiento debe contar con la correspondiente previsión de consignación presupuestaria, ser objeto de oferta de ocupación pública y la convocatoria debe publicarse en el Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña. Asimismo, su art. 23 regula las necesarias relaciones de colaboración entre los

Ayuntamientos limítrofes y la policía autonómica. En los casos de necesidad, se prevé específicamente que los Ayuntamientos puedan suscribir acuerdos de cooperación entre sus Policías, previa autorización del Consejero de Gobernación, y que se pueda solicitar el apoyo de la policía autonómica para servicios temporales o concretos que, debido a su volumen o especialización, no puedan ser asumidos por la respectiva Policía local.

La mayoría de legislaciones autonómicas, sin embargo, no contiene una regulación específica del interinaje, lo que no evita que, por aplicación de las reglas generales del TREBEP, puedan nombrase policías interinos. Todas ellas suelen prever también otras medidas alternativas para subvenir las necesidades puntuales de personal. Por ejemplo, en la *Ley 1/2018, de 22 de febrero, de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad de Madrid*, define en su art. 36 define a los policías locales como "funcionarios de carrera de los Ayuntamientos respectivos". Las necesidades temporales de personal o las eventuales situaciones especiales y extraordinarias que puedan producirse y que no requieran un aumento permanente de plantilla, suelen solucionarse a través de distintos mecanismos de colaboración entre los Ayuntamientos, incluso creando asociaciones de municipios para sumar los recursos que requiere la prestación eficaz y sostenimiento de los servicios de policía local. En la legislación madrileña, por ejemplo, los Ayuntamientos pueden suscribir acuerdos o convenios, previo informe de la Consejería competente, para que miembros de los Cuerpos de policía local de otro ayuntamiento actúen dentro de sus propios términos municipales, en régimen de comisión de servicios, por tiempo determinado, percibiendo las retribuciones e indemnizaciones que se fijen en ellos y bajo la superior jefatura de la persona titular de la alcaldía del municipio donde se realicen (art. 31).
Ley Foral 23/2018, de 19 de noviembre, de las Policías de Navarra reconduce las necesidades temporales de personal a la figura del Auxiliar de Policía Local (art. 1 y art. 23). Lo define como el personal contratado temporalmente en régimen administrativo por las Entidades Locales de Navarra que dispongan de Policía Local para el apoyo del personal de la misma por causas de absentismo, la provisión temporal de las vacantes existentes en sus respectivas plantillas orgánicas o la atención de necesidades relacionadas con la seguridad pública cuando no sea suficiente el personal fijo para hacer frente a las mismas. Por providencia del TC de 17 de septiembre de 2019, no

obstante, se ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra esta ley y, en concreto, sobre estos preceptos.

Más completa es la regulación realizada en la última reforma llevada a cabo en el País Vasco. La propia exposición de motivos de la *Ley 7/2019, de 27 de junio, de quinta modificación de la Ley de Policía del País Vasco*, señala la necesidad de adoptar medidas diversas para dar respuesta jurídica a prácticas ya existentes. Reconoce el legislador que el nombramiento de funcionarios interinos para subvenir necesidades urgentes en las plantillas de los Cuerpos de Policía local es una realidad, máxime en los últimos años como consecuencia de limitaciones a la reposición de efectivos y a partir del año 2019 con el adelanto de su edad de jubilación. Prevé diversos mecanismos legales para subvenir necesidades urgentes no cubiertas por la plantilla en servicio en cada momento, desde la colaboración de la Ertzaintza o los mecanismos de cooperación intermunicipal, al nombramiento de funcionarios interinos para reforzar determinadas tareas de los cuerpos de policía como auxiliares.

Cuando se trata de nuevos nombramientos con carácter temporal, se preocupa especialmente por acotar los supuestos que los amparan con el fin, por una parte, de profesionalizar a estos funcionarios interinos y estabilizar plantillas y, por otra, de impedir la consolidación de soluciones transitorias. Para ello vincula la posibilidad de la cobertura de vacantes de la Policía local mediante nombramiento de funcionarios interinos exclusivamente al inicio del proceso de cobertura definitiva de la plaza. Por otra parte, contempla como medida excepcional y para regularizar las situaciones de hecho ya producidas, procesos de consolidación de empleo que posibiliten la cobertura en propiedad de plazas hoy cubiertas en interinidad.

Se han introducido, efectivamente, varios preceptos para posibilitar el nombramiento de policías interinos. Parece deducirse que su nombramiento se prevé con carácter excepcional y con numerosas cautelas porque el legislador se preocupa fundamentalmente de su formación y de su profesionalización. Se ofrecen varias vías alternativas para cubrir los puestos de trabajo de forma urgente y temporal en las diferentes categorías de los cuerpos de Policía local. Los Ayuntamientos pueden optar por recurrir a los mecanismos de cooperación intermunicipal previstos legalmente, a

los sistemas de colaboración con la policía autonómica o por nombrar interinos conforme a lo establecido en la legislación de función pública general, siempre que se garantice una formación básica del interino para el desempeño de su labor. Si se trata de cubrir vacantes de plantilla solo procederá el nombramiento si previamente se hubieran incluido estas vacantes en la oferta pública de empleo y se hubiera iniciado el proceso para su cobertura en propiedad o se hubiera solicitado a la Academia Vasca de Policía y Emergencias la encomienda de gestión de su selección. Dicha Academia puede formar bolsas de trabajo para el nombramiento de ***funcionarios interinos como auxiliares de Policía local*** o funcionarios de Policía local por quienes hayan superado cursos básicos específicos organizados por ella (art. 120). Si los Ayuntamientos no disponen de cuerpo de policía o si temporalmente tienen necesidades de personal porque sus efectivos no alcanzan a dar cobertura a la totalidad de los servicios de su competencia, pueden solicitar la asistencia de la Ertzaintza en aquellas funciones de naturaleza estrictamente policial que correspondan a los cuerpos de Policía local, así como en la ordenación y dirección de tráfico en las travesías urbanas.

En relación con ello, el nuevo artículo 117 bis, permite que los Ayuntamientos, cuando existan necesidades eventuales que así lo requieran, puedan nombrar funcionarios interinos con funciones de auxiliar de policía para complementar a la Policía local en el desempeño de las funciones comprendidas en los párrafos d) e i) del artículo 27.1 de su ley, así como la de colaborar con la Policía local en la ordenación del tráfico en casco urbano en municipios que no cuenten con agentes de movilidad[22]. Para el desempeño de sus funciones, los auxiliares de Policía local deberán vestir el uniforme correspondiente al Cuerpo de Policía local, sin placa-emblema, ni distintivo alguno en las hombreras, y haciendo constar su condición de auxiliar de policía visiblemente, tanto en la uniformidad como en el documento de acreditación profesional.

Semejante preocupación ha existido también en la legislación valenciana, que se ha fijado como uno de sus objetivos acabar con la inestabilidad laboral de un elevado

[22] Dichos apartados se refieren a las funciones de policía Administrativa en lo relativo a ordenanzas, bandos y demás disposiciones y actos municipales dentro de su ámbito de competencia, así como velar por el cumplimiento de la normativa vigente en materia de medio ambiente y protección del entorno en el ámbito de las competencias locales en dichas materias. El apartado i) se refiere a la cooperación en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

número de agentes de Policía Local en situación de interinidad. Una situación que trae causa, por un lado, de la necesidad de atender sin demora la prestación ordinaria del servicio y, por otro, de la imposibilidad de incluir las vacantes de modo regular en las ofertas de empleo público debido a las restricciones en la tasa de reposición de efectivos recogidas en las leyes de presupuestos anuales, con especial intensidad desde el año 2010. Por ello, la reforma llevada a cabo a través de la *Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana*, afronta directamente dos situaciones coyunturales que las policías valencianas deberán encarar en un breve espacio de tiempo. En primer lugar, un proceso de consolidación de los funcionarios interinos para acabar con la precarización laboral instaurada en la última década y con la finalidad también de eliminar de forma definitiva el personal interino en las plantillas de las policías locales valencianas. Y, en segundo lugar, mitigar los efectos que puede tener en este colectivo funcionarial la reciente regulación de su jubilación anticipada.

Su Disposición transitoria primera regula los procesos de consolidación de empleo de naturaleza estructural temporal. Habilitaba a los Ayuntamientos para que en estos últimos tres años, hasta el 2019, pudieran efectuar convocatorias tendentes a eliminar el empleo temporal de carácter estructural en sus cuerpos de Policía Local, en la categoría de agente, escala básica, mediante sistemas selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad y en los que serán objeto de valoración, entre otros, los servicios prestados y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Mientras concluyen estos procesos, el personal interino que esté prestando el servicio no podrá portar armas de fuego, destinándose, en consecuencia, a servicios y funciones de policía administrativa, medio ambiente, tráfico y seguridad vial.

También se habilita a los Ayuntamientos valencianos, como una solución transitoria, para que durante el año 2018, puedan nombrar personal funcionario interino en sus cuerpos de policía local, con la categoría de agente, de acuerdo con lo que se prevé en el artículo 10.1.d del texto refundido del TREBEP y en el artículo 16.2.d de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de ordenación y gestión de la función pública valenciana. Para ello, los Ayuntamientos podrán constituir bolsas de trabajo o hacer uso

de las que tuvieran válidamente constituidas en el momento de entrada en vigor de esta disposición transitoria, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la selección de las personas aspirantes. En todo caso, los nombramientos de personal funcionario interino realizados al amparo de esta disposición transitoria finalizaron el 31 de diciembre de 2018. También en este caso se adoptan algunas cautelas para la mejor formación del interino y se establecen algunas limitaciones en cuanto al uso de armas. Así, una vez efectuada la selección del personal aspirante, y previamente a su nombramiento, los Ayuntamientos tienen que solicitar un informe a la Agencia Valenciana de Seguridad y Respuesta a las Emergencias, adjuntando la documentación acreditativa de la cobertura presupuestaria de los puestos, así como del cumplimiento de todos los requisitos necesarios por parte de las personas aspirantes[23]. También en este caso se insiste en que el personal interino no podrá llevar armas de fuego, y ejercerá sus funciones en materias de policía administrativa, medio ambiente, tráfico y seguridad vial (Disposición transitoria decimosegunda).

3. EL PUNTO DE INFLEXIÓN: LA NUEVA INTERPRETACIÓN LITERAL REALIZADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SU SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2019 Y LOS IMPORTANTES PROBLEMAS PRÁCTICOS QUE PLANTEABA

Ante este marco jurídico tan disperso y complejo no es extraño que hayan vuelto a resurgir estas dudas sobre la posibilidad de nombrar a funcionarios interinos y, en este caso, la postura del Tribunal Supremo se ha apartado claramente de la línea jurisprudencial que había apuntado veinte años antes.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 828/2019, Recurso 922/2017, se ha dictado ante la interposición de un recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Santurtzi y del Gobierno Vasco, respectivamente, contra la sentencia de apelación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que había anulado el nombramiento de cuatro agentes de la Policía Local en régimen de interinidad para cubrir plazas

[23] DECRETO 180/2018, de 5 de octubre, del Consell, por el que se desarrolla la disposición transitoria primera de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre, de la Generalitat, de coordinación de policías locales de la Comunitat Valenciana.

vacantes, el Acuerdo de la Academia Vasca de Policía y Emergencias por el que se convocó un procedimiento de selección para la creación de una bolsa de agentes interinos y el Convenio de Colaboración suscrito entre el Consistorio y dicha Academia para efectuar los correspondientes nombramientos en régimen de interinidad[24].

La sentencia apelada (STSJ del País Vasco de 15 de diciembre de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª, núm. 622/2016) había anulado la sentencia de instancia al entender que, tras la reforma introducida en la redacción del art. 92.3 de la LBRL en el año 2013, se habría producido un desplazamiento de la normativa autonómica vasca que permitía el nombramiento de interinos. Había concluido que "*las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, en los que se incluyen las propias de los agentes de las policías municipales, han de ser, necesariamente, ejercidas por funcionarios de carrera, no interinos".*

La STS supone un importante punto de inflexión respecto de la línea jurisprudencial que apuntó la STS de 12 de febrero de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, dictada en el recurso de casación en interés de la ley, en la que se estableció que, de conformidad con la normativa vigente en el momento, era conforme a derecho el nombramiento de funcionarios de la Policía Local en régimen de interinidad. En dicha Sentencia se fijó como doctrina legal que *"ante las situaciones de urgente necesidad y previo cumplimiento de las previsiones legales, y con el carácter temporal implícito en su propio concepto, pueden convocarse, para ser cubiertas en régimen de interinidad, plazas de policía local*".

[24] También en esas mismas fechas se dictó otro pronunciamiento importante sobre esta misma materia. Me refiero a la STS de 18 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, núm. 848/2019 de 18 junio, dictada a propósito del caso de la policía local de Baleares. El recurso de casación se interpuso por la Administración balear contra la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2016 por el TSJ de las Islas Baleares, que estimaba el recurso planteado por la Asociación de Policías Interinos de Baleares frente al Decreto 28/2015, de 30 de abril, que aprobaba el reglamento marco de coordinación de su policía local. Este reglamento desarrollaba el artículo 41 de la Ley balear 4/2013, de 17 de julio, que se había aprobado unos meses antes de la Ley 17/2013 y permitía el nombramiento de los policías locales interinos. La antinomia de dicho precepto con el art. 92.3 de la LBRL fue resuelta por la Sala inaplicando el precepto legal balear. El TS anula dicha sentencia por considerar que infringe la doctrina constitucional respecto de la denominada "cláusula de prevalencia" establecida en el artículo 149.3 de la Constitución, que no puede utilizarse como criterio automático para la inaplicación de la norma legal autonómica, sino que ha de plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. La modificación de la normativa estatal básica de obligado acatamiento por las comunidades autónomas no provoca la derogación o desplazamiento del precepto legal autonómico anterior y contrario a esa nueva normativa básica, sino que provoca su "inconstitucionalidad sobrevenida", por lo que no puede un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar, por su propia y exclusiva autoridad, esa norma de rango legal. La depuración del ordenamiento legal corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes.

En el caso que analiza veinte años después el Tribunal Supremo, los recurrentes en casación, con buen criterio, señalaban que el TREBEP no contiene limitación o prohibición al ejercicio de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas a cargo de funcionarios interinos, sino que la reserva se circunscribe literalmente a los "funcionarios públicos", en cuyo ámbito se incluyen también los funcionarios interinos.
Así delimitado el conflicto, el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se concreta en determinar si, dada la redacción de los artículos 3.2, 9.2 y 10 del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (coincidentes con los mismos artículos del TREBEP), y del artículo 92.3 de la Ley de Bases de Régimen local en su redacción dada por la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, resulta o no ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad para la cobertura de plazas vacantes. Si bien es cierto que el TREBEP, a la hora de regular a los funcionarios interinos, no establece para ellos ninguna limitación o prohibición para que puedan ejercer funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas, la Sala tiene en cuenta el nuevo sistema de fuentes para el personal de la Administración Local y la remisión directa que contiene a la legislación local con preferencia sobre las demás. El art. 92.1 de dicha Ley, efectivamente, dispone que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en la legislación básica de régimen local, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas. En consecuencia, los policías locales se someterían, con preferencia, al régimen especial previsto en la legislación básica de régimen local. Y este régimen especial vendría a limitar considerablemente el concepto de funcionario interino, al reservar las funciones que implican ejercicio de autoridad exclusivamente a los empleados que tengan la condición de funcionario de carrera.

Planteado así el debate, la Sala analiza la naturaleza de las funciones que realizan los policías locales. Según la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad,* los Cuerpos de la Policía Local son institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, que tienen la consideración de fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 2 y art. 51 de dicha Ley). En el ejercicio de sus funciones

tienen a todos los efectos legales el carácter de "agentes de autoridad" (art. 7 de la Ley Orgánica 2/1986). Dado que los policías locales realizan funciones que implican ejercicio de autoridad, estarían incluidos dentro del ámbito de la reserva funcionarial que, con carácter básico, establece el art. 9.2 del TREBEP, en relación con lo dispuesto en el art. 92.3 de la LBRL y el art. 132 del *Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*[25], lo que supondría un desplazamiento de la legislación vasca.

Efectivamente, según la nueva redacción del art. 92.3 de la LBRL, introducida por la Ley 27/2013, "***Corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local*** 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. Igualmente son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a ***funcionarios de carrera***, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función". La literalidad del precepto incluye alguna novedad que es tenida en cuenta por la Sala, toda vez que el antiguo artículo 92.2 de la LBRL en su redacción originaria, básicamente con el mismo contenido, establecía la reserva de estas funciones "exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcionarial", con lo que no se excluía al funcionario interino.

Esta redacción del artículo 92.2 fue sustituida en el año 2013 por la redacción del artículo 92.3 que ya no se refiere al "personal sujeto al estatuto funcionarial", sino al "funcionario de carrera", que sería la única categoría de empleados públicos habilitada para ejercer funciones que conlleven autoridad.

[25] Según dicho precepto, corresponde a los *funcionarios de carrera* el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo.

A partir de la propia literalidad de la nueva redacción del art. 92.3 LBRL se deduciría la intención del legislador de conferir una "mayor restricción" a la reserva funcionarial, lo que justificaría el cambio de criterio respecto del sostenido en la STS de 12 de febrero de 1999, dictada en casación en interés de ley. En consecuencia, "***tras la modificación del art.92.3 LBRL por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre no resulta ajustado a derecho el nombramiento de agentes de la Policía Local en régimen de interinidad, dada la regulación especial de la norma frente al carácter general sentado en el apartado 1 con remisión al EBEP".*** En definitiva, pues, "***las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, en los que se incluyen las propias de los agentes de las Policías Municipales, han de ser, necesariamente, ejercidas por funcionarios de carrera, no interinos***".

El problema que planteaba la interpretación tan literal del precepto no era baladí. Suponía que, no sólo no se podrían nombrar policías locales en régimen de interinidad, sino que tampoco podrían nombrarse interinos para ejercer funciones que implicaran directa o indirectamente el ejercicio de potestades públicas o salvaguarda de los intereses generales o para realizar funciones que requirieran una especialidad objetividad o independencia. Pensemos, por ejemplo, en lo que sucedería con el ejercicio de las funciones públicas más específicas y relevantes de la Administración local como son las de secretaría, tesorería e intervención, a las que se refiere el art. 92.bis, en la redacción dada por la misma Ley 27/2013.

La interpretación tan precisa, escueta y plana realizada por la Sala no se basaba en el "ejercicio de autoridad", sino exclusivamente en la literalidad de la mención "funcionario de carrera", luego afectaba a toda la categoría de funcionarios interinos de la Administración local, para quienes se establecía un peculiar sistema de fuentes que se apartaba de las categorías elementales de empleados públicos establecidas por el legislador básico estatutario.

Como ha señalado Jiménez Asensio, aunque no lo dice la sentencia, porque no es el asunto del que se estaba conociendo, es lo que se deduce de su "línea argumental", lo que supone que la "figura del funcionario interino está, según esta doctrina

jurisprudencial, tocada de muerte en el ámbito local de gobierno[26]". Hubiera supuesto la desaparición de la figura del funcionario interino en la Administración Local, obligando a que todos los puestos de trabajo relacionados con las funciones públicas más importantes de la Administración fueran ocupados únicamente por funcionarios de carrera. Este planteamiento implicaba gravísimos problemas prácticos. ¿Cómo resolver los problemas temporales y urgentes causados por plazas vacantes o picos temporales de trabajo? ¿Qué ocurriría con el elevadísimo número de interinos que ya se encontraban prestando servicios en la Administración local? Faltando una pata de empleados públicos, el sistema funcionarial, en su conjunto, quedaba completamente cojo y falto de coherencia.

Además de los importantes problemas prácticos que se suscitaban exclusivamente en el ámbito local, se producía una ruptura de la filosofía inspiradora del modelo. El modelo de empleo público quedaba roto, tanto interna como externamente. Internamente porque desaparecía una categoría de empleados públicos. Externamente, porque la ruptura afecta exclusivamente a la Administración local. El modelo permanecía inalterado para la Administración autonómica y la Administración General del Estado puesto que en esos ámbitos no resultaba aplicable el art. 92.3 de la LBRL. Mientras que en el ámbito autonómico y estatal no planteaba ningún problema que los interinos realizaran funciones de autoridad, esta posibilidad se vetaba por completo para el mundo local. Para el resto de Administraciones públicas se seguiría aplicando la literalidad de los preceptos del TREBEP, cuyo art. 9 habla, en general, de "funcionarios" cuando establece la reserva y cuyo art. 10 no establece ninguna limitación o prohibición para los "funcionarios interinos", sino que se limita a definirlos como aquéllos que desempeñan las funciones propias de los funcionarios de carrera ante casos de necesidad y urgencia.

En fin, como se ha dicho, esta sentencia suponía un punto de inflexión y se alejaba de una interpretación sistemática, armónica y coherente de todo nuestro ordenamiento funcionarial. La interpretación literal del precepto citado "conducía al absurdo de

[26] JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, "Una interpretación supremamente "literal" (La STS 828/2019, sobre Policías Locales interinos: consecuencias más allá del problema analizado)", Blog *Hay Derecho*, 28 julio, 2019, disponible en https://hayderecho.expansion.com/2019/07/28/una-interpretacion-supremamente-literal-la-sts-828-2019-sobre-policias-locales-interinos-consecuencias-mas-alla-del-problema-analizado/

prohibir de facto la figura del funcionario interino solo en la Administración Local, que sería así un poder público territorial de peor condición[27]".

4. LA SOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA SENTENCIA INTERPRETATIVA E INTEGRADORA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO FUNCIONARIAL DICTADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2019

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2019, de 19 de septiembre, ha zanjado la cuestión relativa a la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan nombrar policías locales interinos para ejercer funciones de autoridad. Para ello ha realizado una interpretación armónica y sistemática de la legislación básica de régimen local con la legislación básica funcionarial.

Ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad que trae causa última en el recurso interpuesto por el Sindicato Profesional de Policías Municipales de España (SPPME) contra la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Llubí por la que se aprobaban las bases específicas de la convocatoria para constituir una bolsa extraordinaria de aspirantes para proveer, como funcionarios interinos, plazas vacantes de Policía Local. El asunto llegó al Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que decidió plantear una cuestión de inconstitucionalidad por la contradicción que se producía entre dos preceptos legales autonómicos que permitían a los Ayuntamientos crear bolsas de trabajo para el nombramiento de policías interinos y la nueva redacción del art. 92.3 de la LBRL, que literalmente reserva las funciones de autoridad a los funcionarios de carrera[28].

En su análisis, también reconoce expresamente el Tribunal que las funciones que realizan los policías locales son funciones de autoridad; que ese conjunto normativo que prohíbe el nombramiento de funcionarios interinos para el ejercicio de las funciones de policía local, tienen el carácter material y formalmente básico (STC

---

[27] *Ibidem*

[28] La contradicción se produce con la Disposición transitoria segunda del Decreto-ley 1/2017, de 13 de enero, del Gobierno balear, de modificación de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears, y de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y de medidas en materia de coordinación de las policías locales de las Illes Balear; y el art. 41 de la Ley 4/2013, de 17 de julio, de coordinación de las policías locales de las Islas Baleares.

236/2015, de 19 de noviembre, FJ 5) y que, efectivamente, se produce una contradicción entre las normas básicas estatales sobre el régimen jurídico de la Administración local y sus empleados públicos con las dos normas autonómicas de cuya constitucionalidad se duda. Ahora bien, hace una interpretación sistemática y armónica del art. 92.3 de la LBRL para concluir que la contradicción entre esta norma estatal de contraste y las disposiciones autonómicas cuestionadas no es efectiva e insalvable por vía interpretativa.

El debate jurídico-constitucional queda planteado en los siguientes términos: si este precepto se interpreta como una reserva absoluta de determinadas funciones a los funcionarios "de carrera", con exclusión de los interinos, la norma autonómica cuestionada será inconstitucional, pues regula un procedimiento de selección de funcionarios interinos para el ejercicio de una de estas funciones reservadas, en concreto "funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad". Así ha definido las funciones de la policía local la doctrina constitucional (SSTC 175/2011, de 8 de noviembre, FJ 4, y 154/2017, de 21 de diciembre, FJ 3), y así resulta también del Derecho positivo, a la vista de las funciones que tienen legalmente asignadas (art. 53 LOFCS) y del art. 7.1 de esta ley, que dice que, en el ejercicio de dichas funciones, "tendrán a todos los efectos legales el carácter de agentes de la autoridad". Por el contrario, si el art. 92.3 LBRL se interpreta como una reserva de esas funciones públicas, entre las que encajan las de la policía local, simplemente a los funcionarios, sin excluir a los interinos, los preceptos autonómicos serán constitucionales.

Finalmente, el Tribunal Constitucional, a diferencia de la interpretación exclusivamente literal que había realizado el Tribunal Supremo en el mes de junio, adopta una perspectiva sistemática de los preceptos señalados y, de modo especial, de lo dispuesto en el art. 9.2 del actual TREBEP, que establece una reserva de funciones a los "funcionarios públicos", sin más y a diferencia de la mención explícita de los "funcionarios de carrera" que realiza el primer párrafo de dicho precepto. Es ello lo que permite que otra clase de funcionarios, los interinos, puedan ejercer esas funciones reservadas, de conformidad con el art. 10.1 TREBEP, que dice: "Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de **funciones propias de funcionarios de carrera**, cuando se dé alguna circunstancia como la existencia de plazas vacantes que

no puedan cubrirse por funcionarios de carrera, la sustitución transitoria de sus titulares, la ejecución de programas de carácter temporal y el exceso o acumulación de tareas igualmente puntual.

Todo ello le lleva a concluir que en la interpretación del art. 92 LBRL a los efectos de este proceso constitucional, debe tenerse presente que, en el seno de la LBRL, la expresión "funcionarios de carrera" se utiliza como equivalente a la de funcionario público, sin exclusión de los interinos. Así resulta del art. 89, que abre su Título VII dedicado al "Personal al servicio de las Entidades locales", y que no ha sido modificado ni por el EBEP de 2007 ni por la Ley 27/2013, que dice: "El personal al servicio de las Entidades locales estará integrado por funcionarios de carrera, contratados en régimen de derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial". Y también de la rúbrica del Capítulo II de ese Título, en que se inserta este art. 92 es "Disposiciones comunes a los funcionarios de carrera". Ninguna de estas referencias específicas a los funcionarios "de carrera" ha sido interpretada nunca, desde la entrada en vigor de la LBRL en 1985, como una expresa prohibición de nombramiento de funcionarios interinos en la Administración local. Al contrario, esta clase de personal ha seguido existiendo. A mayor abundamiento, la amplitud de las funciones reservadas en este art. 92 a los "funcionarios de carrera", que incluye no solo las señaladas en el art. 9.2 TREBEP, sino en general todas aquellas que lo precisen "para la mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función" (art. 92.3 in fine), implicaría que una interpretación del mismo como norma prohibitiva del nombramiento de funcionarios interinos para todas esas funciones reservadas impediría no solo el nombramiento de funcionarios interinos para los cuerpos de policía local, sino en general para cualquier cuerpo o escala de las entidades que integran la Administración local, aunque esos cuerpos no ejerzan funciones de las estrictamente reservadas a funcionarios en el art. 9.2 TREBEP.

En su argumentación, tiene en cuenta también las circunstancias en que se gestó el precepto, toda vez que la reforma de 2013 no hace ninguna reflexión al respecto en su exposición de motivos ni se introdujo ninguna enmienda parlamentaria que pudiera arrojar algo de luz sobre la intención del legislador con este cambio. Si la intención del legislador hubiera sido la de establecer esa importante restricción, entiende el Tribunal que la norma debería haber sido más clara y explícita, pues una reforma de tanta

importancia y trascendencia para el funcionamiento ordinario de los entes que integran la Administración local (municipios, provincias e islas, comarcas, áreas metropolitanas y mancomunidades de municipios) debería haber venido precedida de informes, de un amplio debate en la tramitación parlamentaria del proyecto y del establecimiento de algún tipo de disposición de carácter transitorio para cubrir las vacantes que pudieran producirse o, en su caso, para regularizar el régimen al que quedarían sometidos los miles de policías locales que existen en nuestras Administraciones Públicas.

En definitiva, pues, la Sentencia realiza una interpretación que permite salvar la constitucionalidad de los preceptos autonómicos y, en consecuencia, considera que es ajustado a Derecho el nombramiento de policías locales en régimen de interinidad.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia interpretativa dictada por el Tribunal Constitucional ha permitido introducir algo de luz y sosiego en esta compleja y cambiante materia. No obstante, debería ser el legislador básico estatal, preferiblemente el del régimen local, quien introdujera alguna previsión mínima y explícita en el marco de la ley sobre la posibilidad de nombramiento de policías locales interinos. Razones de seguridad jurídica así lo exigen y evitarían el importante grado de dispersión normativa que existe en la actualidad en las distintas Comunidades Autónomas y que van desde aquellas que prevén explícitamente esta posibilidad y, además, las regulan con importantes cautelas, hasta aquellas otras que no dicen nada al respecto o que expresamente prohíben esta figura, tal como sucede con la última legislación de coordinación de las Policías Locales de la región de Murcia o la de Castilla-La Mancha.

Ahora bien, dadas las importantes funciones de autoridad que realizan, el uso de armas, la formación especial que requiere este tipo de empleados públicos y, sobre todo, dados los exigentes principios a los que han de someter toda su actividad, deberían ser los funcionarios de carrera los que ocuparan los puestos de policía local en los distintos Ayuntamientos. A mi juicio, ésta debería ser la regla general y, el interinaje, la excepción.

La interinidad en estos Cuerpos debería ser una excepción, utilizada únicamente cuando no se pueda recurrir a otros mecanismos de colaboración directa con los municipios limítrofes o, en su caso, con la propia policía autonómica en las Comunidades en las que exista. La comisión de servicios, en estos supuestos, se muestra como una figura más garantista de la profesionalización del funcionario para subvenir necesidades urgentes y temporales de personal.

Desde esta perspectiva, sería razonable acotar expresamente la interinidad a los supuestos de plazas vacantes durante los procesos selectivos y con limitaciones importantes, tanto en lo referente al uso de armas y ejercicio de funciones, como en lo relativo a la necesidad de que realicen algún tipo de formación previa antes de su nombramiento. El ejercicio de sus funciones en materia de seguridad pública exigiría acreditar un mínimo grado de profesionalización.

A mi juicio, habría que repensar con calma el resto de supuestos que habilitan para el nombramiento de interinos en la función pública. La posibilidad de nombrar policías interinos para la realización de programas de carácter temporal habría que replanteársela seriamente, sobre todo si tenemos en cuenta que esta opción puede prorrogarse hasta cuatro años. La sustitución de funcionarios y el exceso o acumulación de tareas, tal vez deberían reconducirse a otras fórmulas que resultan más garantistas para el ejercicio de las funciones de autoridad, tal como la comisión de servicios o los convenios de colaboración con otros Ayuntamientos limítrofes o con la policía autonómica, en caso de existir. Las soluciones apuntadas por el legislador catalán o el vasco bien podrían servir de modelo para orientar eventuales reformas autonómicas.

"*LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL DERIVADOS DEL CAMBIO EN LOS MODELOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS LOCALES DESPUÉS DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES COMUNITARIOS Y NACIONALES*".

Federico A. Castillo Blanco
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I.INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA ACONTECIDA COMO CONSECUENCIA DE LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL CUANDO SE REINTERNALIZAN SERVICIOS PÚBLICOS. 1. Un breve acercamiento a lo acontecido en los últimos años. 2. La normativa existente en ese momento y su aplicación al sector público. 3. Las respuestas del Derecho laboral en estos supuestos. II. LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACION DE EMPLEO PÚBLICO EN ESTOS PROCESOS DE REVERSIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS EXTERNALIZADOS. III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.1. Subrogación de trabajadores. 2. Contratos de servicios. IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES SUBROGADOS. V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO SE PODRÍA RESOLVER ESTE COMPLEJO ASUNTO DE LA SUBROGACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES DE SERVICIOS PREVIAMENTE EXTERNALIZADOS?.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA ACONTECIDA COMO CONSECUENCIA DE LOS PROCESOS DE SUBROGACIÓN DE PERSONAL CUANDO SE REINTERNALIZAN SERVICIOS PÚBLICOS.

1. Un breve acercamiento a lo acontecido en los últimos años.

Los denominados años de la "crisis" -si es que aún no vivimos inmersos en ella o de forma parcialmente ininterrumpida para la mayoría de los trabajadores de este país hemos comenzado otra- como es suficientemente conocido plantearon distintos escenarios como respuesta a la situación de déficit público que planteó la misma. De muy distinto recorrido y efectos en una amplia variedad de campos pero

específicamente, y en lo que a nosotros nos importa, en el empleo público. Ni siquiera enumeraremos todas las que acontecieron en el marco del empleo público (estancamiento en la reposición de efectivos, supresión de contratos, congelación de retribuciones, regulación de los expedientes de regulación de empleo en el sector público, etc.) que ocasionaron respuestas normativas tanto en el Derecho privado como en el Derecho público. Pero entre todos, y como consecuencia también de la irrupción en el panorama político de nuevos partidos de izquierda que asumieron relevantes responsabilidades en gobiernos locales y autonómicos, se planteó un cambio en los modelos de gestión de los servicios públicos que será lo que abordaremos en esta intervención.

Con poca fortuna, dado la impreciso de la terminología, irrumpieron los denominados procesos de "remunicipalización" y con ellos descubrimos las imprevisiones que nuestro ordenamiento jurídico tenía al respecto y la dificultad de cohonestar previsiones de cuerpos normativos con ópticas muy heterogéneas (comunitaria, estatal, convencional), con lógicas institucionales distintas (Derecho Administrativo y Derecho Laboral) y con el necesario respeto, además, a los principios de norma mínima y primacía del Derecho Comunitario.

En efecto, distintas problemáticas se plantearon como consecuencia de la puesta en marcha de estos procesos de reestructuración de nuestro sector público. De carácter financiero, procedimental, etc. pero, por sobre todos al menos desde mi punto de vista, destacó la subrogación en las relaciones laborales que mantenían operadores privados por parte de los organismos que componen el sector público.

Lo cierto es que las respuestas normativas a la problemática planteada en estos procesos de reestructuración del sector público lo habían sido fundamentalmente en el ámbito estatal y autonómico a través del dictado de normas con rango de ley[1]. Bien es cierto que se trataba de normas "ad hoc" dictadas, a propósito de la reordenación del sector público en el ámbito estatal o autonómico, y que agotaban su virtualidad

[1] Un riguroso análisis de estos procesos puede encontrarse en MONTOYA MARTIN, E. (2014), ñReestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategiasò, en *La reforma del Sector Público* (Dir. Castillo Blanco, F.A.), Instituto García Oviedo, Sevilla, págs. 107 y ss.

precisamente en el marco de dichos procesos[2]. Las soluciones aportadas, como decimos para resolver supuestos concretos de integración de personal en entes y órganos suprimidos en otros organismos o entidades como consecuencia de las reestructuraciones organizativas acontecidas durante la crisis económica, se han abordado en estas normas con rango de ley mediante la subrogación en las relaciones laborales mantenidas o transformando dichos empleos en plazas "a extinguir" y, en algunos supuestos a fin de hacer viable la reestructuración pretendida, negándoles el carácter de empleado público, haciéndose eco, parece ser, de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo a propósito de la reestructuración del sector público andaluz. Y solución que, a su vez, adoptaron la leyes presupuestarias de 2017 y 2018 que se preocuparon muy mucho de que, en el marco de dichos procesos, la subrogación en las relaciones laborales no otorgara a los trabajadores la condición de empleados públicos del artículo 8 EBEP[3].

Mayor problemática ha presentado el nivel local de gobierno. En efecto, como resulta de las normas vigentes en ese momento, y al menos hasta esas normas presupuestarias, no se había realizado previsión específica alguna sobre estos aspectos en el caso del sector publico local toda vez que, ni la legislación previa a la reforma de 2013, pero ni siquiera la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) abordaron dicha problemática a pesar de la amplia panoplia de medidas contenida en la misma que hubiese aconsejado prever alguna previsión normativa para los supuestos en que se

[2] Puede verse, a estos efectos, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa en el ámbito estatal y, a título de ejemplo, en el ámbito autonómico la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía; asimismo, la Ley 11/2011, de 20 de diciembre, de reestructuración del sector público de Cataluña; o, por fin y por poner un último ejemplo, la Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la Generalidad Valenciana, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional.

[3] En efecto, dichas disposiciones presupuestarias contemplaban que, desde la entrada en vigor de las mismas y con vigència indefinida (nótese que se trataba de normes presupuestarias), las Administraciones Públicas del art. 2 de Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), no podrán considerar como empleados públicos de su artículo 8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) a los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art. 2.3 de la Ley 40/15, 1 oct., BOE, 2 de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos; y b) al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. No obstante, la norma indica que a todos estos trabajadores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral

produjesen supuestos de reestructuración organizativa que implicasen la movilidad de recursos humanos. En efecto, nada se dijo sobre cómo se había de proceder ni en qué condiciones quedaría el personal afectado y nuestra legislación de empleo público dictada en tiempos de bonanza tampoco ofrecía soluciones precisas.

Esta situación ha propiciado, ante el vacío normativo en que el nivel local de gobierno se desenvolvía, un importante debate en torno a la aplicación de la institución laboral de la sucesión de empresas, básicamente en lo que se refiere a con qué alcance y con qué contenido, en los distintos procesos emprendidos de reversión de servicios públicos que hasta ese momento eran objeto de gestión indirecta por operadores privados. Básicamente la problemática jurídica planteada ha tratado de responder a las siguientes preguntas: ¿resultan de aplicación las previsiones establecidas en el artículo 44 del ET a los supuestos de reinternalización de servicios públicos? y si lo es ¿en qué supuestos de subrogación empresarial procede?, para, a renglón seguido, responder a la pregunta ¿en qué situación jurídica quedan los trabajadores que provienen de la reinternalización de servicios públicos?. Y todo ello, y al tratarse de organizaciones públicas, sujetas por ello a la legislación local, contractual, procedimental y general de empleo público, ha obligado a plantearse nuevas cuestiones, a saber: ¿resultan de aplicación a estos supuestos los instrumentos organizativos propios del empleo público: OEP, RPT, tasas de reposición de efectivos, masa salarial, regla de gasto, etc.? o ¿en qué medida resultan de aplicación las previsiones establecidas en los artículos 85, 86 y DA 9ª LBRL?.

En definitiva, y como es fácilmente deducible y ha dado lugar a un sinfín de comentarios doctrinales, un conjunto de cuestiones que han forzado finalmente al legislador, en el ámbito presupuestario y contractual, a introducir previsiones normativas, ahora sí, aplicables también a las entidades locales. Otra cosa es el acierto de éstas y si las mismas, nótese que son del mismo legislador, resultan coherentes entre sí.

1. La normativa existente en ese momento y su aplicación al sector público.

El mecanismo relativo a la subrogación en las relaciones laborales en los supuestos de sucesión de empresas aparece regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que, como es sabido, es trasunto de la normativa europea que se plasma en la Directiva 2001/23/CE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE del día 22 de Marzo de 2001). Es, por tanto, un asunto en que los Estados miembros han situado la competencia en el ámbito del Derecho europeo.

La regla general establecida en dicha directiva no es otra que su aplicación universal con independencia de la naturaleza pública o privada de cesionario y cedente y de la causa de la cesión. De esta forma el Tribunal de Justicia, en el ámbito comunitario, ha declarado de forma insistente que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23 (véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Mayeur, C 175/99, Rec. p. I 7755, apartados 29, 33 y 34, y de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, C 151/09, Rec. p. I-0000, apartado 23). No obstante, dicha norma contempla una excepción, a saber: la «reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas que no constituirán un traspaso a efectos de la presente Directiva» (art. 1.1.c).

En relación a esta excepción, doctrinalmente se han vertido opiniones contradictorias sobre el alcance de la misma[4], y la jurisprudencia comunitaria tampoco ha articulado una guía segura a fin de interpretar el contenido de esta. De esta forma, si bien la sentencia del TJUE de 15 de octubre de 1996 (Asunto C- 298/1994, asunto Henke) señaló que no opera la sucesión cuando se produce una reestructuración en las Administraciones públicas, traspasándose determinadas funciones a otro ente u

[4] Puede consultarse, a este respecto, GÓMEZ ALVAREZ, T. (2002): ñReestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españolesò, *Relaciones Laborales*, nº 8.

organismo público[5], la sentencia del TJUE 343/98, de 14 de septiembre de 2000, (asunto Collino) estableció que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración Pública, también se encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria, según recoge dicha sentencia, "importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria"[6]. La clave para la resolución de esta cuestión radica en la interpretación que, en torno a que haya de entenderse por ejercicio permanente y estable de prerrogativas del poder público y el ejercicio de potestades públicas en salvaguarda del interés general, ha realizado el TJUE.

La doctrina del TJUE lógicamente fue asumida como propia por los Tribunales españoles, que recogen en sus fallos referencias expresas a las sentencias comunitarias y reproducen parte de sus consideraciones, como puede verse en las SSTS de 27 de octubre de 2004, de 29 de mayo de 2008, de 10 de diciembre de 2008; o de 11 de julio de 2011 (que ya cita la fundamental sentencia de TJCE de 20 de enero de 2011).

Desde mi punto de vista, y a la vista de la jurisprudencia europea[7], si hay que entender excluidos de la Directiva los supuestos de reorganización administrativa de las

[5] En este caso, la señora Henke prestaba servicios como secretaria del alcalde. A raíz de una agrupación de municipios a la que se encomiendan las competencias administrativas, es despedida. La sentencia niega la aplicación de la Directiva, amparándose en su Exposición de Motivos, en la que figuran elementos finalistas de protección de los trabajadores ante situaciones económicas negativas, llegando a la conclusión que ñno constituye una «transmisión de empresa», en el sentido de la Directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicasò, en tanto que ñdicha cesión del municipio a la agrupación de municipios sólo afectó a actividades propias del ejercicio del poder público. Aun suponiendo que estas actividades incluyeran aspectos de carácter económico, éstos sólo podrían ser accesoriosò.

[6] En el mismo sentido puede verse la sentencia 6 de diciembre 2011, (C-108/10, caso Scattolon). Más recientemente, la la STJUE 20 de julio 2017 (C-416/16, caso Piscarreta), entiende que la Directiva 2001/23 es aplicable a un supuesto de reorganización de empresas municipales. En concreto, el caso se refiere a la disolución de una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, y sus actividades se transmiten parcialmente a ese municipio y pasan a ser ejercidas directamente por él y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el citado municipio es también único accionista.

[7] Pueden consultarse las conclusiones conjuntas del Abogado General Cruz Villalón presentadas en los asuntos Comisión/Bélgica (C-47/08, Rec. p. I-4105); Comisión/Francia (C-50/08, Rec. p. I-4195); Comisión/Luxemburgo (C-51/08, Rec. p. I-4231); Comisión/Austria (C-53/08, Rec. p. I-4309); Comisión/Alemania (C-54/08, Rec. p. I-4355), y Comisión/Grecia (C-61/08, Rec. p. I-4399), punto 97, y las sentencia de 24 de mayo de 2011. Asimismo, son de interés las sentencias Reyners, apartado 50; Comisión/Grecia apartado 8; y la de 22 de octubre de 2009, Comisión/Portugal, C-438/08, Rec. p. I-10219, apartado 35

autoridades públicas administrativas o el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas, no cabe excluir, sin más, otros supuestos que, como acontece en servicios que han sido objeto de concesión por un organismo de Derecho público, en la medida que su actividad no es propia del ejercicio del poder público ya que en ese caso no habrían podido ser objeto de gestión indirecta por operadores privados[8], o la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de Derecho Privado a otra de Derecho Público, no necesariamente han de considerarse excluidas de la Directiva[9]. Más bien al contrario.

Lo ha confirmado la más reciente jurisprudencia europea para la que la circunstancia de que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho público no puede excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23, con independencia de que dicha persona jurídica sea una empresa pública encargada de un servicio público o un ayuntamiento. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha reconocido que el hecho de que el cesionario sea un municipio no impide, como tal, que dicha Directiva sea aplicable a la transmisión de las actividades de una empresa a un municipio (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de julio de 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, apartados 30 a 32 y

[8] La Sentencia de 26 de septiembre de 2000, Asunto C-175/99, Mayer afirmó que sí opera la Directiva cuando la transmisión de actividad se produce de una persona jurídica sometida a Derecho privado a otra de Derecho público, especialmente cuando el servicio que se prestaba por aquélla no puede entenderse, de entrada, como ejercicio de poder público.

[9] El TS ha diferenciado la transmisión de empresas ex art. 44 ET de la sucesión de contratas o de mera actividad, considerando que en la sucesión de contratas tan sólo opera la transmisión de personal y, en su caso, la subrogación empresarial, cuando en el convenio colectivo de aplicación se prevea expresamente que, al término de la contrata, todos los trabajadores que, dependiendo del empresario saliente, lleven prestando servicios en las dependencias de la empresa o institución principal que contrata pasarán a depender del nuevo adjudicatario del servicio, manteniendo sus condiciones laborales en idénticas condiciones a las que disfrutaban con la empresa cedente. Esto es, la subrogación en los contratos de trabajo actúa cuando la autonomía colectiva, en su ámbito de aplicación ï se resalta por lo que más adelante se dirá-, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa o también en aquellos otros en que el pliego de condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista.
Caso contrario, lo único que acontece "es la finalización de una contrata que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador -sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad-, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa". Dicho de otro modo, la jurisprudencia entiende que en el encadenamiento de contratas no hay en puridad transmisión, sino finalización de una y comienzo de otra diferente, "aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados sigan siendo los mismos", si bien esta doctrina ha de matizarse en virtud de la teoría de la transmisión de plantilla que la jurisprudencia viene aplicando a la sucesión de contratas cuando el soporte esencial de la actividad económica desarrollada sea precisamente la mano de obra transferida.
El Tribunal Supremo, asimismo, ha establecido, en doctrina unificada en su sentencia de 10 de diciembre de 2008, en síntesis, que las previsiones de un convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales no son aplicables a la empresa principal, dedicada a otra actividad distinta, que al finalizar la contrata con una empresa de limpieza, decide asumir directamente la limpieza de sus centros de trabajo, dado que la empresa principal no se debe considerar incluida dentro del ámbito de aplicación de dicho convenio colectivo.

jurisprudencia citada) siempre que la transmisión afecte a una entidad que ejerza una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, excluyéndose en principio las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público (apartados 33 y 34 y jurisprudencia citada).

La aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado 2017 (y la correspondiente a 2018) y de la Ley de Contratos del Sector Público de 2017 han añadido nuevas consideraciones a las ya expuestas confirmando, de un lado, la aplicabilidad de la institución subrogatoria en el sector público y, de otro lado, ampliando el ámbito de aplicación de la misma a supuestos que, en principio, podrían haber quedado excluidos en mi opinión de acuerdo con dicha excepción.

En efecto, la Disposición adicional vigésimo sexta de la LPGE 2017, junto a establecer que no habrían de considerarse empleados públicos los trabajadores procedentes de contratas, declara la aplicabilidad de la sucesión de empresas al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Ahora bien alguno de estos supuestos, referidos en el subapartado b) del apartado 1 de dicha disposición, son claramente ejemplos de reestructuración de la organización administrativa que, en algunos de ellos, podrían considerarse excluidos de la aplicación de la citada directiva por tratarse típicamente de lo que pueden considerarse estrictamente como reorganizaciones administrativas. Baste señalar, a estos efectos, los consorcios como entes públicos, de carácter instrumental, que asumen el ejercicio competencial concurrente de distintas administraciones públicas y cuyo objeto de actividad puede implicar en algunos supuestos el ejercicio de potestades administrativas como muestra un simple repaso al inventario de estos existente.

De esta forma, en estos casos no parece que haya duda de que se amplia el ámbito de aplicación de la Directiva que ya no va a verse restringida, al menos no se aclara, a los supuestos en que estemos en presencia de una actividad económica prestada mediante un servicio externalizado (subapartado a), apartado 1, disposición adicional vigésimo sexta), sino que se amplia a otra serie de supuestos que acontecen en los

procesos de reestructuración del sector público ya se trate de cambios en la forma de gestión de servicios públicos o de la supresión de organismos instrumentales y asunción de las funciones que desempeñan por el ente matriz.

Y todo ello con independencia de la declaración de inconstitucionalidad parcial de las previsiones contenidas en ésta contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2018 (RTC 2018, 122). ya que la misma ha sido reiterada por la ley presupuestaria de 2018 que no ha sido objeto de dicha tacha de inconstitucionalidad bien es verdad que sus previsiones necesariamente han de entenderse a la luz de dicha jurisprudencia constitucional teniendo en cuenta, eso sí, que dicha sentencia basa su reproche, no en la irregularidad de fondo de la norma, sino en razones formales relativas al alcance que puede tener una ley presupuestaria.

Igualmente puede decirse de la legislación contractual de 2017 que, en su artículo 130.3, deja claramente establecido que, en aquellos supuestos en 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.

2. Las respuestas del Derecho laboral en estos supuestos.

Distintos son los supuestos en que se plantea la obligación de subrogación en las relaciones laborales que se mantienen con los trabajadores con ocasión de esos procesos, verbigracia[10]: la sucesión de empresas derivada del artículo 44 del Estatuto

[10] En realidad inclusive cabría deslindar más supuestos como indica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justica de Madrid de 20 de junio de 2014, los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:
a) Sucesión legal regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , no disponible por la autonomía colectiva, (STS de 9 febrero 2011), reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.
b) Sucesión empresarial por disponerlo los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

de los Trabajadores; la denominada sucesión de plantillas una figura fundamentalmente de creación jurisprudencial que ha evolucionado a lo largo del tiempo a través de una interpretación extensiva del contenido del precepto estatutario; la subrogación que se deriva de un convenio colectivo que prevé dicha obligación; y, por último, la subrogación como consecuencia de las previsiones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas derivados de una contratación pública o del incumplimiento del propio contrato en la denominada "cesión ilegal de trabajadores"[11]. Ninguno de ellos ha sido pacífico en su aplicación[12].

Bien es cierto que, como ha expuesto con rigor MAURI (2017), la apreciación del primero goza de absoluta preferencia sobre el resto con lo cual, el resto de supuestos, solo opera en defecto o en ausencia de alguno de los elementos característicos de la sucesión de empresas.

---

c) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, para cubrir un espacio al que no alcanza el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados.

d) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del artículo 1.205 del Código Civil

e) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores , ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, antes Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo, como cualitativo, y siempre que la actividad productiva descanse esencialmente en la mano de obra.

f) Sucesión de empresas en caso de concurso para lo que habrá de estarse a las especialidades de la Ley Concursal, en concreto los artículos 100.2 y 149 de la misma.

[11] Respecto de todos estos supuestos, y sus consecuencias en el sector público local, hay que hacer mención del trabajo de MARTINEZ FERNANDEZ J.M. y ORTEGA JIMENEZ, P. (2013), Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública, Número extraordinario de la Revista de Estudios Locales, 2013.

[12] La jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales españoles sobre el tema es sumamente prolija y abundantísima con pronunciamientos, en más de una ocasión contradictorios, que han motivado varias sentencias dictadas en recurso de casación para unificación de la doctrina. (a título de ejemplo la STS de 5 de abril de 1993, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina). Puede verse, en relación a los distintos tipos, la STSJ de Madrid de 1 de Marzo de 2013 (rec. 6259/2012).

Recientemente, las SSTS 19 de septiembre 2017 (rec. 2612/2016;) y 19 de diciembre 2017 (rec. 2657/2016) sobre la reasunción por el Ministerio de Defensa del servicio de cocina y restauración que había sido externalizado a una empresa. En estos casos, el TS (siguiendo la doctrina de la STJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14, Asunto ADIF o Aira Pascual) ha entendido que cuando existe transmisión de elementos patrimoniales significativos e imprescindibles para llevar a cabo el servicio o la actividad transmitida se está ante el supuesto previsto en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE y en el artículo 44 ET. Y, en este sentido, resulta irrelevante, a efectos de considerar la existencia de una transmisión de empresa, la circunstancia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad de que se trata hayan pertenecido siempre al Ministerio de Defensa, pues la cuestión de si se ha transmitido ñla propiedadò de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la citada Directiva.

Extremo que, en el marco de la continuidad del servicio de seguridad de un puerto portugués, también ha sido confirmado por el propio TJUE (sentencia 14 de octubre 2017, C-200/16, Securitas). Añadiendo que la Directiva 2001/23/CE es contraria a una disposición nacional que establece que no se incluye en el concepto de «[transmisión] de empresa [o] de centro de actividad», en el sentido del art. 1.1 la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador.

Hasta ese momento, y como ya se deduce de lo expuesto, nada cabía oponer a que la misma operase, con efectos ex lege, en los supuestos típicos de sucesión de empresas ex art. 44 ET cuando se daban, en forma cumulativa, los requisitos establecidos en la misma y que son en lo esencial, como es suficientemente conocido, los siguientes[13]: cambio de titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma; lo transmitido había de afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria[14]; y, por último, habían de transmitirse los bienes que conformaban el activo utilizado para prestar el servicio público[15].

Tres cosas importantes para la comprensión de los requisitos establecidos en la misma. La primera es que la tutela de los trabajadores en la sucesión de empresas se afrontó por el Derecho comunitario, del que es trasunto el precepto estatutario español, en el marco de la reconversión industrial de los años setenta como garantía mínima de los derechos de los trabajadores afectados con tres instrumentos: la Directiva 75/129 sobre despidos colectivos, la Directiva 77/187 sobre derechos de los trabajadores en caso de cesión de empresa y la Directiva 80/987 de tutela en situaciones de insolvencia del empresario. Pues bien, la Directiva 2001/23/CE a la que nos referimos será la que con posterioridad sustituirá a la Directiva 77/1987 aunque conservando esa misma visión de actividad industrial con importantes elementos patrimoniales como requisitos para que operase la transmisión, si bien como resalta CONDE-PUMPIDO TOURÓN, la doctrina

[13] En el ámbito interno merece destacarse la STS de 5 de marzo de 2013 (rec. 3984/2011) respecto de los requisitos exigibles para que la misma opere.

[14] Como indica la STS de 12 de julio de 2018 (rec. 228/2015) es necesario que la transmisión vaya referida a cualquier «entidad económica que mantenga su identidad» después de la transmisión o traspaso, entendiendo por tal «un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria»; o el «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio». Pero a la par teniendo presente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata -en el caso, Encomiendasea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa. En efecto, su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone (entre tantas, SSTJCE 1986/65, de 18/Marzo, Spijkers; 1997/45, asunto Süzen; 1998/309, asunto Hidalgo; 1999/283, asunto Allen; 1998/308, asunto Hernández Vidal; y 25/Enero/01, asunto Oy Liikenne).

[15] CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Mª TERESA, ñNuevos criterios jurisprudenciales sobre la sucesión de empresa. Especial referencia a la sucesión en los grupos de empresa. Incidencia de la nueva Ley de Contrato del Sector Público y su adecuación a la jurisprudencia del TJUE. La reversión de servicios públicosò, Actum Fiscal, nº 143, 2019.

comunitaria ha ido ampliando poco a poco ese estrecho marco de cobertura con una interpretación teleológica de la norma comunitaria, que no parte de una idea apriorística de la empresa como conjunto de bienes patrimoniales, sino «como conjunto de medios organizados al fin de desarrollar una actividad»; medios que pueden ser o no de trascendencia patrimonial, tangibles o intangibles, o que, aún siéndolo, no se transmiten del empresario saliente al entrante.

La segunda cuestión que merece la pena tener en cuenta para su cabal entendimiento es que, como ha puesto de relieve la STJCE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/209, apartado 29), la interpretación de los conceptos contenidos en la norma comunitaria ha de ser lo suficientemente «flexible» para responder al objetivo de la Directiva 2001/23 de «proteger a los trabajadores por cuenta ajena en el caso de transmisión de empresa».

Y, en tercer lugar, es preciso resaltar que se trata, como ha subrayado con acierto BELTRAN DE HEREDIA, de una norma de "textura abierta" que ha de ser interpretada caso a caso.

Conviene subrayar la importancia que reviste para que opere la subrogación en las relaciones laborales el hecho de que la actividad esté o no materializada, verbigracia, que cuente con activos patrimoniales materiales o inmateriales para el desarrollo de la misma.

Así podemos observar como la jurisprudencia de nuestros tribunales no ha dudado en reconocer que se dan los requisitos necesarios para la aplicación exlege vía artículo 44 ET de la sucesión de empresas en casos de limpieza urbana (STS de 4 de julio de 2018, rec. 1168/2017), de reversión del servicio de aguas (STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de febrero de 2019, rec. 1756/2018), o en el supuesto de recogida de residuos sólidos (STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2019, rec.1783/2018), etc. cuando una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado, bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con ambos elementos lo que determina que, normalmente, estemos

ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET.

Ahora bien, y respecto de servicios similares sino idénticos la ha negado cuando no existe esa transmisión de elementos materiales como acontece, en el caso de la reversión del servicio de limpieza, en la STSJ de Castilla y León de 17 de enero de 2019 (rec.917/2018). Es decir, es el mismo servicio que antes citábamos como supuesto de reversión con aplicación de la subrogación en las relaciones laborales, pero, en el presente supuesto, al no transmitirse elementos materiales y patrimoniales con ocasión de la reversión del servicio a la Administración, no resulta de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas establecidas legalmente. De ahí la importancia, que subrayábamos más atrás, de atender a las circunstancias de hecho que concurren en el caso.

Baste, para aprehender la importancia de este elemento, la jurisprudencia aparentemente contradictoria contradictoria que acontece a propósito de la reinternalización de servicios públicos como la actividad de colaboración en materia de gestión recaudatoria según se considere o no que concurren elementos patrimoniales lo que especialmente es relevante cuando se trata de elementos patrimoniales no tangibles (STJUE 8 de mayo de 2019, C-194/2018, asunto Dodic). Así pueden consultarse, con distintas soluciones, respecto de un caso similar como es la gestión recaudatoria, la STSJ de Baleares de 3 de febrero de 2017 (rec. 4/2017) y en contraposición a ésta la STSJ de Asturias de 4 de marzo de 2017 (rec. 6/2017) cuyo elemento de discusión radica en si se ha de considerar el software o no un elemento material intangible significativo para precipitar la aplicación de las previsiones del articulo 44 ET.

Dos tipos de matizaciones, como consecuencia de todo lo expuesto, es preciso realizar a este respecto.

La primera de las matizaciones anunciadas es que, si embargo y a pesar de lo expuesto, solución diferente se ha dado al supuesto de reversión de la actividad así como de los medios que ya eran propios de la Administración, en la que la Sala Cuarta

se atiene al criterio sentado en la TJUE 26 de noviembre de 2015 (Asunto Aira Pascual), sobre la intrascendencia de que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad siempre hayan pertenecido a la entidad que rescata o revierte el servicio.

Así, se aprecia sucesión empresarial por existir «transmisión de un conjunto de medios que conforman una determinada
actividad económica que mantiene su identidad», en las STS de 14 de septiembre de 2017 (Rec 2629/16) de 20 de abril de 2018 (Rec 2764/16); 5 de junio de 2018 (Rec 2641/16 2018 (Rec 2720/16) o 10 de octubre de 2018 (Rec 2767/16), todas ellas relativas a reversión al Ministerio de Defensa de los servicios de cocina y restaurante que, previamente, había externalizado para llevarlos a cabo con su propio personal y con elementos materiales propios (frigoríficos, congeladores, cocinas, hornos y utensilios de cocina industrial) que antes había cedido al contratista.

La misma solución de aplicación del art.44 ET se da en la STS de 4 de julio de 2018 (Rec 2609/17, Caso Urbaser/Ayuntamiento Lora del Río), respecto de un supuesto de reversión del servicio de limpieza desde la empresa contratista al Ayuntamiento, con devolución de vehículos, maquinaria e instalaciones, asumiendo la actividad la Administración con parte del personal de la contratista (anteriormente perteneciente al Ayuntamiento) y nuevas contrataciones.

Y, la segunda, es que no es relevante que la decisión de reversión sea como consecuencia de un acto unilateral de la Administración o fruto de un acuerdo de voluntades (STJUE de 29 de julio de 2010, C- 151/09, Asunto UGT-FSP), de tal forma que cuando se les ha permitido continuar prestando servicios, sin ningún impedimento y haciendo suyos los frutos de su trabajo, durante varios días, sin notificarles en momento alguno que ya no prestaban sus servicios y sin impedirles acceder a sus centros de trabajo, acontece la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas (STSJ Galicia de 5 de mayo de 2017, rec. 551/2017)

Desde luego, y en esto no parece que se suscite la mayor duda, la mayor problemática la han presentado los supuestos a los que hemos denominado de sucesión de plantillas[16], dadas las características y los supuestos en que procede la misma.

Mientras que el Tribunal Supremo estableció la transmisión de elementos materiales como un elemento imprescindible para que operase ésta[17], es decir la existencia de una infraestructura necesaria para la realización de la actividad, y por ello negando que la misma operase cuando no se producía este hecho transmitiendo solo trabajadores (transmisión de plantilla), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea centraba la cuestión no tanto en los medios materiales o personales que fueran objeto de transmisión, sino más bien en la continuidad de la actividad productiva con la consecuencia de que también en supuestos en que solo se transmitía plantilla operaría el mecanismo subrogatorio. Bien es cierto, que para llegar a esa conclusión el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obligado a analizar todas las circunstancias de hecho que concurren en la transmisión, a saber: el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como 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 los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una

[16] Idéntica opinión se expone en el Informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública de 24 de julio de 2017. De sumo interés es el trabajo, en este punto, de BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I., ñEfectos subrogatorios de los pliegos de condiciones: controversia jurisdiccional administrativo-laboral, concesiones de servicio público de transporte por carretera e incidencia del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Públicoò, *Comunicación presentada a la Segunda Ponencia: ñCambios en la organización productiva: externalización y empresas multiservicios*ò, que puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2017/

[17] La situación, hasta ese momento, derivada de la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde su Sentencia de 13 de marzo de 1990, era que ñni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas, a los efectos del reiterado artículo 44 del ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulada en dicho precepto, sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectorialesò. Caso contrario, lo único que acontece "es la finalización de una contrata que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador -sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad-, no ligado con el anterior por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales y organizativos de la empresa". Dicho de otro modo, la jurisprudencia entendía que en el encadenamiento de contratas no hay en puridad transmisión, sino finalización de una y comienzo de otra diferente, "aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados sigan siendo los mismos". Y esta doctrina, también conviene advertirlo, continúa aplicándose (por todas, las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 19 de septiembre de 2012 [RJ 9985] y de 12 de febrero de 2013 [RJ 2119]). Más recientemente puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2017 sobre la Radiotelevisión Valenciana que lo excluye sino va acompañada de elementos significativos de elementos materiales.

eventual suspensión de dichas actividades etc. (STJUE 9 de Septiembre de 2015, asunto C-160/2014; asunto Ferreira da Silva)[18].

De esta forma, lo cierto es que el Tribunal Supremo a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - se acomodaría al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 había mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostenían que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea" (STS 12 de julio de 2010, Ar. 6798, FJ 2).

Mas recientemente, la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto SOMOZA HERMO, C-60/17) volverá a afirmar que, en los sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (como las actividades de vigilancia del Museo de las Peregrinaciones de Santiago de Compostela), es preciso tener en cuenta que:

> «un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica».

[18] Pero es que, además, la importancia decisiva de los elementos materiales o personal deberá atribuirse a los distintos criterios según la actividad ejercida e incluso según los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (entre otras, SSTJUE 15 de diciembre de 2015, C-232/04, asunto Güney-Göres y Demir, 6 de marzo de 2014, C-458/12, asunto Amatori y otros, o 20 de noviembre de 2003, C-340/01, asunto Abler y otros). Puede verse, a este respecto, LÓPEZ CUMBRE, L. ñLimitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. reglas de subrogación y empleo públicoò, Revista Galega de Dereito Social -2ª ET- (3, 2017).

Con la consecuencia de que:

> «dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea».

Y, de esta forma, el nuevo empresario, al adquirir una parte esencial de la plantilla, adquiere el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

Lo explica muy bien la STS de 18 de julio de 2018 (rec. 2228/2015) que establece que:

> "De esta forma, para la determinación del fenómeno -transmisión de la entidad económica que mantiene su identidad- han considerarse todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, 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 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». Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (así, por ejemplo, SSTJCE 65/1986, de 18/Marzo, asunto Spijkers; 22/2001, de 25/ Enero, asunto Oy Liikenne; 45/1997, de 11/Marzo, asunto Süzen; 286/2003, de 20/Noviembre, asunto Abler; 406/2005, de 15/Diciembre, asunto Güney-Görres; 241/2010, de 29/Julio, asunto C-151/09 ; y 4/2011, de 20/ Enero, asunto C-463/2009, «CLECE, SA». Y, reproduciendo tales criterios, entre otras, las SSTS 12/12/02 -rcud 764/02 -; … 14/04/16 -rco 35/15 -; 08/06/15 -rco 224/15 -; 12/07/16 -rcud 349/15 -; y 10/11/16 -rcud 3520/14 -). 3.- La llamada sucesión «en plantilla».- Ahora bien, en la medida en que, en determinados sectores en

los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, es por ello por lo que ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable [STJCE 29/2002, de 24/Enero, caso Temco Service Industries, con cita de la STJCE 45/1997, de 11/Marzo, caso Süzen; y de la STJCE 308/1998, de 10/Diciembre, asunto Hernández Vidal] (en tal sentido, SSTS 20/10/04 - rcud 4424/03 -; 07/11/05 -rec. 3515/04 -; 27/06/08 -rcud 4773/06 -; 21/09/12 -rcud 2247/11 -; y 10/11/16 -rcud 3520/14 -). Y en esta misma línea hemos señalado que **«la incorporación de una parte sustancial o cuantitativamente elevada de la plantilla anterior hace que en el supuesto de cambio de titular concurra el elemento material necesario, aun cuando sea humano, para que la actividad productiva se conduzca de manera autónoma y dé lugar así a la sucesión empresarial el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores », con lo que la doctrina comunitaria «deja en manos de la empresa entrante, en función de que decida asumir o no el todo o mayor parte de la plantilla, la aplicabilidad de la figura sucesoria» (así, STS 22/09/16 -rcud 1438/14 -).**

Y la sentencia de 26 de octubre de 2018 (rec. 2118/2016) extracta los requisitos para que opere la sucesión de empresas:

"El motivo del recurso se centra en la infracción del art. 44 del ET y la jurisprudencia en materia de sucesión de empresa y, en concreto, si la actividad objeto de la contrata descansa en la mano de obra.

Al respecto, es constante la doctrina de la Sala que, en materia de sucesión de plantilla viene señalando que "El supuesto particular de sucesión de contratas o

concesiones con "sucesión de plantillas" se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas:

A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios ("empresa entrante") sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades ("empresa saliente") por cuenta o a favor de un tercero (empresa "principal" o entidad "comitente");

B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la "empresa saliente", encargando a la "empresa entrante" servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior;

C) **la "empresa entrante" ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"**; y

D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo" (ST 992/2016, de 23 de noviembre).

Debe matizarse que nuestra jurisprudencia ha sido taxativa en los casos de actividades desmaterializadas que se asumen con personal propio o con nuevo personal contratado, pues en este supuesto no hay sucesión de plantilla dado que el empresario entrante no asume “una parte esencial de la plantilla”, ajustándose a la doctrina de la sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto CLECE). Como botón de muestra puede verse la STS de 9 de febrero de 2016 (Rec 400/14) relativa a contrata de servicio de mantenimiento y conservación de los Colegios, con asunción de los trabajos por el personal de la propia Consejería (durante casi 6 meses) y posterior formalización de una nueva contrata (con el mismo criterio, la STS 16 de junio de 2016, Rec 2390/14 y 9 de diciembre de 2016, Rec 1674/15). O, más recientemente, la STS de 04 de julio de 2018 (rec. 2609/2017) que declara que "el hecho de que una Administración Pública decida hacerse cargo de un servicio, previamente descentralizado, para prestarlo de forma directa con su propia plantilla y con sus propios materiales no implica, necesariamente, que estemos en presencia de una sucesión de empresa comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CEE y, por ende, del artículo

44 ET ", es decir, solo se producirá cuando se trate de actividades con medios materiales tangibles o, por parte de la Administración, se asuma una parte relevante o esencial de la plantilla.

Pero es precisamente este aspecto, la asunción por parte del cesionario de una parte esencial de la plantilla, la que desde mi punto de vista plantea una especial problemática en el caso de las Administraciones públicas, pues de forma inmediata debemos preguntarnos si le es posible a estas hacerse cargo, de forma voluntaria, de una parte esencial de la plantilla no concurriendo los requisitos establecidos en el artículo 44 ET.

En cuanto al tercer supuesto de subrogación en las relaciones laborales, a través de normas convencionales, debe recordarse de forma previa que, como ha puesto de relieve LÓPEZ CUMBRE, ante la dificultad de acudir a la subrogación legal derivada del art. 44 LET por las dudas que puede plantear si existe o no en los casos de actividades desmaterializadas una transmisión de empresa, los sectores en los que se suelen suceder las contratas que descansan para su prestación en un gran número de trabajadores optaron, como fórmula a fin de salvar las dificultades que planteaban las actividades desmaterializadas, por imponer la subrogación de plantilla a través del Convenio Colectivo.

La STS de 31 de mayo de 2017 (Rec. 234/2016) lo expone con meridiana claridad:

> "En las contratas sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no opera -por ese solo hecho- la sucesión de empresas establecida en el art. 44 ET , sino que la subrogación se producirá -o no- de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y siempre con subordinación al cumplimiento de los requisitos exigidos por tal norma convenida, habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza o seguridad se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este

servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (aparte de muchas anteriores que en ellas se citan, SSTS 19/09/2012 -rcud 3056/11 -; 14/10/13 -rcud 1844/12 -; 19/11/14 -rcud 1845/13 -; 16/12/14 -rcud 1198/13 -; y SG 07/04/16 -rcud 2269/14 -)".

En principio, y hasta ahora, no parecía presentarse una especial problemática en su admisión como instrumento para que operase la subrogación en las relaciones laborales si obviamos de nuevo la cuestión de si le es lícito a la Administración establecer obligaciones de subrogación en normas convencionales que supongan, sin más, la asunción de personal al margen de los procedimientos previstos en el EBEP (al menos hasta la LCSP 2017).

En cualquier caso, dos problemas si han debido resolverse.

El primero relativo al alcance de la norma convencional. Y es que debía tratarse de una norma convencional eficaz, es decir y por aclarar este punto, de plena aplicación a la Administración pública. Lo que es exigible, según la jurisprudencia, para que la subrogación tenga lugar es que ésta ha de "aparecer impuesta por norma sectorial eficaz" por lo que, en el supuesto de que revirtiesen a la Administración (supuesto en que no sería de aplicación la Directiva de acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 20 de enero de 2011), únicamente puede afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio y no a ésta. Es decir, el convenio colectivo no puede establecer 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 (Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2011 [RJ 5423] y de 26 de julio de 2012 [RJ 9976])[19].

No obstante, esta doctrina aparentemente pacífica hasta ahora ha sido puesta en cuestión, o al menos matizada, por la STS de 27 de febrero 2018 (rec. 724/2016), que en un supuesto de cambio de adjudicatario de la gestión de residuos sólidos, entiende, excepcionando la regla general de inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros, que una entidad local puede verse afectada por cláusula subrogatoria de Convenio Colectivo de empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos. De esta forma, se argumenta que:

> "Ahora bien, esa general inaplicabilidad del Convenio Colectivo a terceros no sería predicable de una cláusula -la de asunción de los trabajadores por los respectivos Ayuntamientos en supuesto de inviabilidad de la empresa pública y de asunción de la gestión- respecto de la que tales Administraciones Locales no pueden en puridad calificarse de «terceros», en tanto que «Giahsa» es una empresa pública instrumental creada para el cumplimiento de servicios públicos locales y precisamente por la Mancomunidad de la que el Ayuntamiento demandado forma parte; y menos aún respecto de la asunción directa del servicio, porque ello ya no sería consecuencia de la previsión convencional, sino más rectamente de la norma laboral y de la jurisprudencia. Tengamos en cuenta que entre las diversas modalidades en la gestión de los servicios públicos [al art. 85.2 LRBRL , en redacción dada por la Ley 57/2003, de 16/Diciembre], en la actualidad reguladas por el art. 277 del TRLCSP [Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14/Noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público], se haya la creación de una «entidad pública empresarial local», y aunque no cabe duda que estas formas de «gestión indirecta» comportan -en ello se coincide con el recurso una titularidad empresarial que no cabe atribuir extensivamente a los entes locales titulares originales del correspondiente servicio [sobre ello, SG 11/02/16 - rco 98/15-], de todas las maneras -y aquí discrepamos del Ayuntamiento recurrente-, de lo que aquí se trata no es de extenderle la titularidad empresarial por el sólo hecho de titular del servicio público o creador de la entidad empresarial, sino tan sólo de imputar a los Ayuntamientos, creadores indirectos -a través de la Mancomunidad- de la sociedad pública instrumental, de una previsión convencional que directamente les afecta y que en manera alguna puede

considerarse «ajena» e inaplicable a ellos, habida cuenta del régimen jurídico tutelar que respecto de tales sociedades les corresponde [vid. art. 47 Ley 5/2010, de 11/Junio]".

El segundo, relativo al régimen de derechos y obligaciones del empresario entrante. Y es que los efectos no son, en principio, los mismos cuando la sucesión se produce ex artículo 44 ET o cuando se produce vía convenio colectivo. Así, a título de ejemplo, la STS de 20 de febrero de 2004 trata de evitar que la imperativa asunción por el nuevo contratista de la plantilla del anterior se considere como una transmisión ex art.44 ET[20], y, por tanto, que se excluya la aplicación del régimen jurídico ad hoc previsto en el convenio o pliego de condiciones administrativo a favor del más riguroso régimen legal que «no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social».

En torno a este punto, la doctrina sentada hasta ahora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo podía verse plasmada en la STS de 7 de abril de 2016 (Rec. 2269/2014)) que mantuvo la aplicación de lo previsto en la norma convencional dado que cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe acudirse a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas[21]. No obstante, y tras la jurisprudencia europea plasmada en la STJUE de

[20] MAURI MAJÓS, J., ñConsecuencias de la remunicipalizacióné ò, op. cit.., pág. 92 también se refiere a que tampoco los efectos son los mismos ya que la sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación, pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio y siempre sujeta a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente. La subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados en pliego de condiciones del contrato, y en principio debería aceptarse por los propios trabajadores interesados.

[21] De esta forma, y hasta la más reciente jurisprudencia de 2018, la doctrina del Tribunal Supremo se extractaba, como expone la STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014), en que:ñDe esta manera, en los supuestos de sucesión de contratistas la subrogación no opera en virtud del mandato estatutario - artículo 44 ET - si no se ha producido una transmisión de activos patrimoniales o una "sucesión de plantillas", en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra - STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02 , que recoge la doctrina comunitaria-. La subrogación se produce en virtud del mandato contenido en el convenio colectivo aplicable. Por tanto, **la asunción de los trabajadores de la empresa anterior no responde al supuesto de sucesión en la plantilla derivado del hecho de que la nueva contratista se haga cargo voluntariamente de la mayoría de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata. Al contrario, en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable.** Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrataò.

11 de julio de 2018 (C-60/17,asunto SOMOZA HERMO) que va a concluir la aplicabilidad de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando el grado de protección previsto en el Convenio Colectivo es menor, puede verse, asimismo, la STS de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/16) que rectifica la anterior doctrina jurisprudencial estableciendo que las conclusiones alcanzadas en ésta serán correctas salvo que el grado de protección que la norma convencional establece sea menor, es decir, y en los términos de la propia sentencia "El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

No obstante, y a propósito de este último aspecto, el Tribunal Supremo en la última de las sentencias referidas ha establecido una delimitación entre la sucesión de plantillas y la subrogación que opera convencionalmente que BELTRAN DE HEREDIA ha resumido de la siguiente forma[22]:

> "En efecto, en un primer estadio, la sentencia trata de exponer los elementos que han llevado al TS a distinguir entre la «sucesión de plantilla» (tal y como la ha establecido el TJUE -caso Temco- y ha sido asumida por el TS) y la «sucesión convencional» (tal y como la ha entendido el TS):
> - Primero: la sucesión de plantilla. En determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere, en efecto, el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar (caso Temco y otras).

[22] De muy recomendable lectura es el trabajo de PRECIADO DOMECH, C., BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. Y AGUSTI JULIA, J. ñLos fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa)ò, Actum Fical, nº 143, 2019 donde el segundo de los autores realiza un análisis de la Sentencia SOMOZA HERMO y de la correlativa jurisprudencia del Tribunal Supremo adecuándose a dicha doctrina.

- Segundo: la subrogación convencional. La doctrina jurisprudencial ha establecido que, cuando el nuevo titular de una contrata sustentada exclusivamente en la mano de obra se hace cargo de los trabajadores de su antecesora por imperativo convencional, la naturaleza de la subrogación es estrictamente convencional y es el propio convenio el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de ese mandato, sin que dicho supuesto resulte encuadrable en el ET art.44 (entre otras, TS 31 de mayo de 2017, Rec 234/16).

De esta forma, y en la subrogación convencional, operaban los siguientes elementos hasta la última jurisprudencia:

- Se asume a los trabajadores del empresario saliente (en las condiciones previstas por el convenio) en un caso en que ni la norma comunitaria ni la Ley española obligan a ello.
- La realidad material de que la mayoría de trabajadores está al servicio del nuevo empleador provoca una «sucesión de plantilla» y una ulterior «sucesión de empresa».
- Esta peculiar consecuencia no altera la ontología de lo acaecido, que sigue estando gobernado por el convenio colectivo.
- Puesto que si no existiera el mandato del convenio tampoco habría subrogación empresarial, la regulación pactada aparece como una mejora de las previsiones comunitarias amparada por el carácter mínimo de la Directiva (Dir 2001/23/CE art.8) o la condición de Derecho necesario relativo de la Ley (ET art.3.3 y 85.1).

Es decir, no existe posible subrogación con los efectos comunes porque todo lo acaecido deriva de las previsiones del convenio colectivo. Ahora, y tras esta última jurisprudencia (en el caso responsabilidad solidaria de la nueva contratista), es preciso añadir que las partes que negocian los términos de esta subrogación la puedan llevar a cabo en los términos que estimen convenientes, siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario, pero, además, el origen convencional de la asunción de una parte significativa de la plantilla no puede servir para obviar los

efectos comunes de la subrogación empresarial (con asunción de los derechos y obligaciones del empleador saliente).

Ahora bien, la auténtica novedad se produce cuando la STS de 2018 que establece la nueva línea jurisprudencial advierte que en sectores donde la mano de obra constituye el elemento principal de la actividad empresarial la subrogación no es «automática e incondicionada», sino que «hay que ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes» lo que plantea que el título de ésta (sea convencional o no) no es la clave sino que se ha de atender al concepto de "entidad económica" que es el único que puede erigirse en definidor de la existencia de una transmisión empresarial con efectos subrogatorios y examinar las características de la adjudicación (condiciones de tiempo, exigencias sobre el modo de suministrar los servicios a la empresa principal, dirección del grupo de personas adscrito, adscripción funcional permanente o aleatoria, etc.), de la realidad transmitida (afectación funcional y locativa, medios audiovisuales, programas informáticos, mobiliario para el personal, etc.), y del alcance que tenga la asunción de personas (no solo cuantitativa, sino también cualitativa) que son aspectos que han de valorarse para determinar si se ha producido o no subrogación de tal forma que "quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (LEC art.217) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida».

Por lo que el Tribunal Supremo concluye, siguiendo a BELTRAN DE HEREDIA, que:

- En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina.

En suma que la subrogación vía convencional no es automática, sino que ha de valorarse, en juicio de ponderación, dichos elementos cuando se alcanza una parte esencial de la plantilla en que lo aplicable es el artículo 44 ET, de tal forma, que como expone BELTRAN DE HEREDIA, las reglas subrogatorias previstas en el convenio colectivo son aplicables hasta que se ha asumido una parte esencial de la plantilla. O, dicho de otro modo, por debajo de este umbral, el convenio colectivo es «soberano» para regular la sucesión de plantillas pero no lo es, añadamos nosotros, cuando se supera ese umbral en que las normas subrogatorias responden a los estándares del Derecho comunitario y estatutario español cuando otorgan mayor protección.

Como podemos comprobar dicha nueva doctrina jurisprudencial se va a articular en base a conceptos jurídicos indeterminados "entidad económica", "parte esencial de la plantilla", etc. conceptos que, como conocemos, van a depender necesariamente de las circunstancias del caso concreto que analicemos. De ahí precisamente que la jurisprudencia social recaída en torno a este punto no sea uniforme ni homogénea. No puede serlo. Y así si en unos supuestos 3 de 4 trabajadores se ha considerado como parte esencial de la plantilla (STS 5 de marzo de 2019, rec. 2892/2017), en otros supuestos porcentajes del 30%, 50%, 70%, 80%, 84%, etc. han sido los determinantes para considerar que se había producido la asunción de una parte esencial de la plantilla ya que la clave no es sólo el número sino también el cometido y las funciones que se desarrollan por estos trabajadores y si éstos son claves en el desempeño de la actividad (STS de 9 de abril de 2013, rec.1435/2012). En definitiva, no puede darse un criterio definitivo, sino que habrá de atenderse al caso concreto, al papel y las funciones que desarrollan los trabajadores que se asumen, etc.

Y, por último respecto de la última forma aludida al principio de este epígrafe de subrogación en las relaciones laborales, la subrogación prevista en los pliegos contractuales, también planteaban cierta discusión la procedencia o no de esta[23]. Supuesto en que había un sentir contrario según se tratase de la jurisdicción contencioso-administrativa que excluía dicha posibilidad (STS de 16 de marzo de 2015

[23] Puede verse al respecto los comentarios a la misma en http://ignasibeltran.com/2018/01/20/los-pliegos-de-condiciones-no-pueden-imponer-la-subrogacion-cambio-de-doctrina-social/

rec. 1009/2014) o bien se tratara de la jurisdicción social en que se admitía su aplicabilidad (STS 14 de septiembre 2015, rec. 191/2014). Bien es cierto que, en forma más reciente, la jurisdicción social pareciera haber adoptado otro criterio más coincidente con el mantenido por la jurisdicción contencioso-administrativa (STS 12 de diciembre 2017, rec. 668/2016). De esta forma, esta última sentencia establece que:

> "la cuestión de autos se reduce a **dilucidar si la inclusión de las previsiones del art. 120 TRLCSP en el pliego de condiciones del concurso de autos, tras cuya licitación se adjudicó el servicio de mantenimiento a «Fulton Servicios Integrales, SA», tuvo un alcance meramente informativo [tesis de la recurrida] o comportó la imposición de la obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores de la precedente adjudicataria del servicio**, «Elsamex, SA» [conclusión de la referencial]. Y nuestra conclusión es del todo coincidente con la Sala de Castilla/La Mancha, por cuanto que: a).- Para empezar, recordemos los términos en que se expresa el art. 120 LCSP , refiriendo literalmente que «[e]n aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida». b).- La redacción no ofrece más interpretación razonable que la efectuada por la decisión recurrida, puesto que el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador». c).- Si ya la literalidad de la norma lleva a la referida conclusión, con mayor motivo la misma ha de imponerse cuando la propia

Administración pública codemandada manifiesta -[FJ Cuarto de la sentencia del J/S, con valor de HDP: recientes, SSTS 02/06/16 -rco 136/15 -; 22/06/16 -rco 250/15 -; y SG 26/10/16 -rcud 2913/14 -] que con la inclusión de los datos de los trabajadores en el Anexo no pretendía establecerse obligación subrogatoria, sino proporcionar información, pues no cabe olvidar que en la interpretación de los contratostiende a deducir la intención común de las partes y que -conforme a la regla subsidiaria prevista en el art. 1282 CC - precisamente para los supuestos en que existan dudas y las mismas no puedan resolverse por las usuales reglas hermenéuticas [gramatical; lógica; sistemática], ha de atenderse -para juzgar de la intención de los contratantes- «a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato» [sin excluir los anteriores: SSTS 30/03/74 Ar. 1208 ; y 12/11/84 Ar. 5548], conjugándolos con los principios de la buena fe y justicia material [STS 30/01/91 -infracción de ley- Ar. 196]» (STS 20/04/17 -rco 192/16 -). Y si quien impuso las condiciones contractuales del concurso -la Administración- manifiesta que simplemente informaba, ante una eventual obligación subrogatoria impuesta por la ley o el convenio colectivo de aplicación, y que no tenía intención alguna de imponerla a la empresa que finalmente resultase adjudicataria, está claro que desconocer esta voluntad contractual no se ajusta a la normativa que se dice infringida.

d).- **A destacar -finalmente- que esa función meramente informativa del art. 120 TR LCSP -aplicable en autosse evidencia aún más claramente en la no vigente todavía Ley 9/2017 [8/Noviembre], de «Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014» [BOE 272, de 9/Noviembre/2017], en cuyo art 130.1 se dispone -bajo el epígrafe «Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo»- que «Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación...». Redacción que**

pone de manifiesto que las constancia de los datos de los trabajadores de la empresa saliente no se hace a efectos de imponer a la nueva adjudicataria la obligación de subrogarse en sus contratos, sino tan sólo para el supuesto -que la Administración ni tiene porqué conocer ni con la sola información pretende imponer- de que normativa o convencionalmente esté dispuesto el fenómeno subrogatorio. Y es reiterada doctrina de la Sala que las normas posteriores, aunque sean inaplicables por razones temporales, cumplen una evidente función orientadora, pudiendo «influenciar» el pronunciamiento de la Sala, en orden a una interpretación acorde con los principios inspiradores de la norma posterior (SSTS 22/03/02 -rco 1170/01 -; … 06/07/16 - rcud 530/14 -; y 29/03/17 -rco 133/16 -).

2. LAS LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEGISLACION DE EMPLEO PÚBLICO EN ESTOS PROCESOS DE REVERSIÓN DE SERVICIOS PUBLICOS EXTERNALIZADOS.

De nuevo no está de más recordar la primacía del Derecho europeo y de la jurisprudencia del TJUE en este punto dado que la materia referida a la subrogación en las relaciones laborales cuando se produce una sucesión de empresas es un asunto que ha quedado enmarcado en la competencia de la Unión Europea. Y es que la problemática surgida en torno a la subrogación de las relaciones laborales en los procesos de reestructuración del sector público o de reinternalización de servicios públicos ha encontrado importantes escollos en los instrumentos de ordenación del empleo público y fundamentalmente en los límites previstos en la legislación presupuestaria[24].

Con referencia a estas limitaciones la problemática se centraba en determinar si era preciso con carácter previo a la subrogación en las relaciones laborales la modificación de las relaciones de puestos de trabajo o de las plantillas, o de si era necesario respetar las tasas de reposición de efectivos, o si era necesaria respetar las limitaciones al crecimiento de la masa salarial establecidas en la legislación presupuestaria o la propia

[24] De interés en este punto resulta la consulta del trabajo de LOPEZ CUMBRE, C. (2017), Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público, *Revista Galega de Dereito Social*, Nº 3 pags. 101-147

regla de gasto. En estos últimos años, y en torno a estas cuestiones, se ha generado una intensa problemática sobre su aplicación o no a estos procesos. Al respecto, se han mantenido dos posiciones sobre este aspecto.

La primera venía representada por la opinión de la Administración General del Estado que hasta ahora había entendido que estas limitaciones al acceso al personal de nuevo ingreso tienen carácter de norma básica al amparo de los art. 149.1.13.a y 149.1.18.a, y afectan igualmente al personal interino y laboral temporal, y en definitiva son de aplicación a estos procesos de reinternalización de servicios públicos pues suponen también un modo indirecto de aumentar la plantilla de personal de la entidad y podría afectar igualmente a su masa salarial (Informe de 14 de octubre de 2016, en respuesta a una consulta del Ayuntamiento de Ciudad Real y el Informe al Ayuntamiento de Alcantarilla de 24 de julio de 2017). Asimismo se deduce dicha posición de la Nota Informativa Secretaria General de Coordinación Territorial 4 de julio de 2017.

Corroboraba esta posición algunos pronunciamientos jurisprudenciales como el recaído en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo (ROJ 1729/2016), que estimó que no puede procederse a la modificación de la plantilla, subrogándose en las relaciones laborales de los trabajadores del servicio respecto del que se asume su gestión directa, si se incumplen los límites derivados de la tasa de reposición de efectivos[25].

Inclusive las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la LCSP por los grupos parlamentarios socialista (enmienda nº 799), ciudadanos (enmienda 422) y grupo mixto (PdCAT enmienda nº 964), avalaban dicha opinión al condicionar la posibilidad de subrogación en las relaciones laborales a que no existiesen limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial[26].

[25] En el mismo sentido, se deduce de la STSJ de Asturias de 24 de abril de 2017 (rec. 61/2017).

[26] En efecto, las enmiendas presentadas a través de la proposición de una Disposición Adicional establecían:
ñDisposición adicional (nueva). Garantía de la calidad del empleo en los supuestos de internalización de servicios o actividades.
Las entidades que integran el sector público solo podrán acordar la gestión directa, con sus propios medios o a través de una entidad vinculada o dependiente de las mismas con personalidad jurídica propia, de servicios públicos que viniera gestionando con anterioridad un operador económico al amparo de un contrato de servicios, de concesión de obras o de concesión de servicios, en caso de que no existan limitaciones y restricciones de índole presupuestaria en materia de

La posición alternativa derivaba principalmente de otros pronunciamientos jurisprudenciales y, al respecto, cabe señalar que la STS 21 de mayo de 2014 (ROJ 3410/2014) rechazó que las decisiones administrativas referidas a la ordenación del personal tengan prevalencia sobre la aplicabilidad de la subrogación en las relaciones laborales cuando se dan los supuestos establecidos para la misma. Asimismo, puede señalarse la STS de 3 de febrero de 2015 (ROJ 979/2015) que realiza una interpretación restrictiva en la aplicación de las tasas de reposición de efectivos por excepcionar lo dispuesto en el artículo 70 TREBEP argumentando, además, que por esa razón, donde dice 'contratación', "nuevo ingreso", "incorporación", no podemos entender comprendidos un supuesto de cambio en la calificación jurídica de un contrato ya existente. Por último, y en la misma senda, la STSJ de Andalucía de 29 de octubre de 2015 (ROJ 11967/2015) mantendrá que ha de interpretarse restrictivamente esas limitaciones por ser normas que limitan el ejercicio de derechos laborales reconocidos en el ET y en las directivas comunitarias.

Pero, junto a estas decisiones jurisprudenciales, asimismo otros grupos parlamentarios mantuvieron, durante la tramitación parlamentaria de la LCSP, una opinión distinta a los grupos políticos reseñados más arriba no condicionando la subrogación laboral a las citadas circunstancias[27].

Y es que la introducción de requisitos añadidos como los que hemos mencionado derivados de la legislación presupuestaria o de empleo público haría prácticamente

crecimiento del número de empleados públicos o de su masa salarial que imposibiliten la sucesión de empresa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 del 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, o la subrogación de dichas entidades en los contratos de trabajo celebrados por el operador económico que pueda contemplar el convenio colectivo de aplicación.
A tal efecto y previamente a la adopción del correspondiente acuerdo deberá recabarse informe favorable de la Intervención General correspondiente acerca de la existencia de dichas limitaciones y restricciones y de sus consecuenciasò.

[27] Puede señalarse, a estos efectos, la enmienda de adición (art. 293) presentada por Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos (enmienda nº 161):
«5. En el supuesto de que, previos los trámites legales correspondientes, se produzca el rescate de la concesión previsto en la letra c) del artículo 292, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores con independencia de las limitaciones que respecto de las plantillas de personal pueda establecer la Ley de Presupuestos Generales del Estado.
Los trabajadores con contrato indefinido adquirirán la condición de indefinidos no fijos en las correspondientes plantillas de los entes del sector público, sin perjuicio de que en el plazo máximo de tres años se incluyan los puestos correspondientes en la Oferta de Empleo Público para su cobertura definitiva con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad de conformidad con lo dispuesto en la normativa reguladora de los empleados públicos.»

inviable la recuperación mediante gestión directa de los servicios externalizados y supondría establecer nuevos límites a la aplicabilidad en el Derecho interno de las previsiones establecidas en la norma comunitaria. En opinión de MAURI (2017) que compartimos plenamente[28], la oferta de empleo público y el resto de instrumentos organizativos, disponibles por la Administración, no pueden ser un obstáculo a que dichas incorporaciones, por aplicación de la normativa laboral y comunitaria, se produzcan. De hecho, y con estas pautas interpretativas, es como está operando un sector importante de nuestros tribunales. A título de ejemplo, cuando lo que se opone para la integración es el carácter funcionarial o laboral del puesto de trabajo, puede verse de esta forma las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 15 de septiembre de 2015 (ROJ 3002/2015) y la de 13 de octubre de 2015 (ROJ 3281/2015).

Finalmente la LCSP no aclaró dicho aspecto o al menos se abstuvo de pronunciarse en forma expresa, pero si que se pronunció respecto de este asunto la Disposición Adicional Vigésimo Sexta de la LPGE 2017 que, en su apartado 2º, estableció que: "En aquellos supuestos en los que, excepcionalmente, en cumplimiento de una sentencia judicial, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos".

La realidad es que el proyecto originario contemplaba una previsión que ha desaparecido en la redacción final, fruto de una enmienda transaccional[29], que flexibilizaba su aplicación cuando la reinternalización del servicio se realizaba en una sociedad mercantil pública, a saber: el computo a efectos de la tasa de reposición de

[28] MAURI, J. (2017) ñConsecuencias de la remunicipalizacióné ò, op. cit., pág. 106 y ss.

[29] La enmienda aceptada es la núm. 2387, del G.P. Socialista, realizada al apartado Dos de la Disposición Adicional Vigésimo séptima del Proyecto de Ley, que introduce un ñnoò simplemente para que no compute en la tasa de reposición de efectivos. La motivación dada a la enmienda es la que sigue: Si bien se regulan de forma específica las responsabilidades cuando se incurre en cesión ilegal de trabajadores, en la disposición adicional trigésima quinta, figura que hay que evitar ya que supone una vulneración de los principios de acceso al sector público, no debe tener como consecuencia una penalización en el ámbito de la gestión, computando como personal de nuevo ingreso para la tasa de reposición. Si se contabilizan, alteran o impide cualquier planificación de recursos humanos mediante la Oferta de Empleo y más si esta Oferta es reducida, como viene siendo el caso en el sector público.

efectivos en el proyecto si computaba en su redacción originaria y no lo hace, pero solo en ciertos supuestos, en la redacción finalmente aprobada. La inclusión de esa previsión en la redacción originaria, y con independencia de la eventual validez de la misma, imposibilitaba de facto, como podrá imaginarse, la viabilidad de dichos procesos. Aunque, francamente, tampoco la redacción finalmente aprobada nos merece mucha mejor opinión.

Y es que, en una primera aproximación a su interpretación, si en su redacción originaria pareciera que el personal afectado por estos procesos que se reinternalice en sociedades públicas estaría afectado por la tasa de reposición de efectivos, no sucedía lo mismo tras la enmienda aceptada, y en los supuestos excepcionados, es decir que se produzca como consecuencia de una sentencia judicial o fruto de la convocatoria de procesos selectivos basados en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, no serían de aplicación los límites que, a este respecto, opone la tasa de reposición de efectivos.

En su virtud, y por tanto, las consecuencias de un proceso de reinternalización de un servicio previamente externalizado en una sociedad pública municipal determinarían: de un lado, que cuanto se reinternalice el servicio bien en la Administración propiamente dicha o en un ente instrumental que no se tratase de una sociedad pública municipal, que el personal a subrogar computase a efectos de la tasa de reposición de efectivos lo que resulta contradictorio con el apartado primero de dicha disposición que declara aplicable la sucesión de empresas en estos supuestos con la salvedad de que no se adquiere la condición de empleado público; la segunda, también un tanto contradictoria con lo previsto en el apartado primero, consistente en que solo, en los supuestos excepcionados, operaría la excepción al computo en la tasa de reposición de efectivos en el caso de sociedades públicas municipales.

Resulta cuando menos sorprendente, dado lo expuesto hasta aquí y la premisa de la que hemos partido, que, si se quiere aplicar el mecanismo subrogatorio en las relaciones laborales sin que compute a efectos de la tasa de reposición de efectivos, no quepa de forma exclusiva la constatación de las circunstancias y requisitos previstos en el artículo 44 del ET, sino que a esa solución solo cabría llegar en el caso

de que mediara una resolución judicial o la realización de un proceso selectivo. Es obvio que, con ello, se añaden límites de dudosa validez a esa potestad de autorganización de los servicios locales más allá de los prevenidos en las normas nacionales y comunitarias.

En su momento, ya mantuve que este tipo de limitaciones normativas para que operase la directiva sería reinterpretada por los tribunales nacionales, o con casi total seguridad por los comunitarios vía cuestión prejudicial, ya que, al menos desde mi punto de vista[30], resultaba manifiestamente contraria a las previsiones establecidas en las normas comunitarias de aplicación el exigir un requisito añadido no previsto en las mismas e impedir la natural aplicación de los mecanismos subrogatorios[31]. Por decirlo con mayor claridad, el exigir el cumplimiento de la tasa de reposición de efectivos, cuando acontecen los requisitos previstos en la norma laboral[32], para que pueda hacerse efectiva la subrogación en las relaciones laborales no resulta conforme al Derecho europeo. La jurisprudencia europea más reciente, bien es cierto que no referida a nuestro país, creo que ha venido a confirmar esta primera impresión.

En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2019 en el asunto C-317/18, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Judicial da Comarca de Faro (Tribunal de Primera Instancia de Faro, Portugal), en el procedimiento entre Cátia Correia Moreira y Município de Portimão, ha tenido la oportunidad de abordar la cuestión de si ¿Se opone la legislación de la Unión Europea, en particular la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, a una normativa nacional que, incluso en el caso de una transmisión comprendida en el ámbito de la citada Directiva, exige que los

[30] Puede verse, a este respecto, CASTILLO BLANCO, F.A., ñla reinternalización de servicios públicos: problemas administrativos y laboralesò, CEMICAL, Barcelona, 2017 y, con posterioridad, ñLa problemática reversión de los servicios públicos locales a la gestión directaò, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones* núm. 14, 2018.

[31] Téngase en cuenta, a este respecto, la doctrina establecida en la STC de 5 de marzo de 2018 (rec. amp. nº 5194/2016) que estima que la no valoración del Derecho europeo por los tribunales ordinarios, Directiva y resoluciones jurisdiccionales de interpretación de éste, supone una vulneración del artículo 24 CE

[32] De hecho ya surgen opiniones interpretativas respecto de ese apartado argumentando que dicha disposición parece que ha de interpretarse, en forma alternativa y para que adquiera un significado coherente, en el sentido de que el personal incorporado a una sociedad pública como consecuencia de la subrogación en las relaciones laborales si llega a producirse, una vez subrogado, un proceso selectivo presidido por el mérito y la capacidad para ser incorporado como empleado público no se computará a efectos de la tasa de reposición de efectivos siempre que lo sea a un sociedad mercantil pública, lo que de contrario sí sucedería si se incorporase, tras ese proceso, a la Administración o a otra entidad pública.

trabajadores se sometan necesariamente a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario al ser este último un ayuntamiento?.

Ciertamente, no se refiere la Sentencia a estos mecanismos concretos a los que nos hemos referido como la tasa de reposición de efectivos, pero creo que la cuestión es perfectamente trasladable ya que, en lo esencial, la sentencia responde a si es conforme al Derecho europeo añadir requisitos por la legislación nacional a lo ya establecido en la correspondiente Directiva. Y es que, como se razona en la Sentencia, no puede interpretarse dicha disposición en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, se permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito (considerando 62).

De esta forma, y en el caso que se analiza en la Sentencia referida el que la normativa nacional aplicable exijiese que, como consecuencia de la transmisión, una persona como la demandante en el litigio principal, por una parte, se someta a un procedimiento público de selección y, por otra, quede obligada por un nuevo vínculo con el cesionario, se declara en la sentencia que no es conforme al Derecho europeo ya que tales exigencias que, por un lado, modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, de una persona como la demandante en el litigio principal y, por otro, pueden colocar a la trabajadora en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión son contrarias tanto al artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 como al objetivo de esta Directiva (considerando 60).

De esta forma, el Tribunal concluirá que:

La Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un

procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.

Mutatis mutandi creo que se puede deducir, con todas las salvedades que se quieran dada la singularidad del caso y que se trataba de otro país, que las normativas nacionales en aquellas materias en que han cedido competencias a la Unión no pueden lícitamente añadir requisitos adicionales a los que se desprenden de la norma comunitaria. Y, de esta forma, cuando se cumplan los elementos que caracterizan a una sucesión de empresas esta habrá de producirse con los efectos derivados de las previsiones comunitarias.

III. LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

1. Subrogación de trabajadores.

Como es notoriamente conocido la legislación contractual de 2017, como había hecho la presupuestaria en paralelo, no dejó pasar la oportunidad para pronunciarse sobre la problemática suscitada. Y lo hizo, increíblemente, con distintos criterios a pesar de tratarse del mismo legislador. De esta forma, en su artículo 130.3, deja claramente establecido 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. Sin embargo, lo cierto es que la ha condicionado a que la misma venga contemplada en una norma legal, en un convenio colectivo, o finalmente, en un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general[33].

La primera cuestión que se suscita es, a partir de cuando esta norma resulta de aplicación, y aquí caben dos soluciones interpretativas: cuando acontece el hecho de la reversión estando la norma en vigor o, alternativamente, si el contrato hubiese sido

[33] Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 58/09, de 26 de febrero de 2010, Obligación de subrogarse en las relaciones laborales preexistentes: ñLa obligación de subrogarse en las relaciones laborales derivadas de la ejecución de un contrato, cuando un contratista nuevo sucede a otro en ella, no deriva del contrato mismo sino de las normas laborales, normalmente de los convenios colectivos que se encuentren vigentes en el sector de actividad laboral de que se trateò. Puede verse, asimismo, la Sentencia del TSJ de Madrid 1793/2011, de 23 de febrero de 2011 (rec. núm. 741/2009).

adjudicado tras la entrada en vigor de la norma contractual. La Disposición Transitoria Primera de la norma de 2017 establece que sólo será de aplicación para los expedientes iniciados a partir de la entrada en vigor de la Ley de forma tal que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior con lo que, a juicio de alguna jurisprudencia, las disposición de este artículo 130 LCSP no sería de aplicación a aquellos procesos de reversión que acontecen estando la norma en vigor pero que fueron adjudicados con anterioridad a ésta (STSJ de Castilla-León de 17 de enero de 2019, rec. 917/2018). No es, ya lo adelanto, una solución que me convenza dado que la subrogación en las relaciones laborales no deriva de los efectos del contrato administrativo que sustenta la prestación del servicio que se reinternaliza.

La nueva norma, incluida en la legislación contractual, deja claro dos aspectos respecto de ciertos puntos que habían planteado alguna problemática: el primero, que la subrogación empresarial no procederá cuando la misma se encontrase prevista en pliegos contractuales exclusivamente sin apoyo en una norma convencional. Utilizando esta nueva redacción como criterio hermenéutico, la STS de 12 de diciembre de 2017 (Rec 668/16) interpreta que: el precepto no hace sino imponer a la Administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser la impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece una cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales «impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador»; el segundo aspecto al que me refiero es que la norma si contempla, en forma expresa que esta procede cuando se contemple en normas convencionales (habrá que entender eficaces), bien es cierto que con las matizaciones que tras la sentencia SOMOZA HERMO hayan de realizarse respecto de esta previsión.

En efecto, y en primer término, la norma admite que ésta se produzca cuando así se prevé en una norma legal, pero si es así habremos de preguntarnos ¿Se refiere la norma a una norma con rango de Ley adicional a la previsión ya establecida en el artículo 44 ET?. En mi opinión, ya lo he apuntado, cuando concurra el supuesto previsto en el artículo 44 ET, exista o no una norma legal de carácter especial, la subrogación empresarial será procedente, sin perjuicio de que la norma contractual contemple la posibilidad de establecerlo mediante una norma legal específica por lo que la explicación a dicha previsión puede encontrarse en otro punto.

En efecto, y en segundo lugar, la norma nada aclara expresamente respecto de la sucesión de plantillas que, sin embargo, si podría encontrar acomodo en esa previsión específica de que así lo haya establecido una norma con rango de Ley. En cualquier caso, desde mi punto de vista y como ya ha quedado dicho, este supuesto plantea relevantes dudas en el sector público. Y es que para que la misma opere se exigen varios requisitos, pero uno de ellos, la asunción voluntaria de una parte importante de la plantilla, sin más como una decisión unilateral de la Administración y sin la concurrencia de los requisitos establecidos para la sucesión de empresas[34], es al menos cuestionable que pueda acontecer en el sector público con carácter general y respecto de todos los sujetos que lo componen dado los principios y límites que el actuar de los sujetos públicos presenta para la incorporación a las plantillas y puestos de trabajo de trabajadores externos a la misma[35]. Otra cosa es que dicha decisión voluntaria de subrogación tenga acomodo en una norma con rango de Ley.

Otro aspecto destacable respecto de las previsiones de la legislación contractual es que la misma establece un supuesto de subrogación obligatoria dado que «en caso de que la empresa-adjudicataria anterior fuera un Centro Especial de Empleo, será obligatorio para el nuevo adjudicatario subrogarse como empleador de todos los

[34] En efecto, la jurisprudencia recaída en torno a este supuesto ha dejado claramente establecido que se ha de asumir, ñde forma duraderaò, una parte significativa, en términos cuantitativos y/o cualitativos, de la plantilla (SSTS 7 de diciembre de 2011, RJ 106/12 y 28 de febrero de 2012, RJ 4026). Y que dicha asunción es de carácter voluntario lo que se recoge de forma expresa en los pronunciamientos jurisdiccionales: ñobedece a su decisión o convenienciaò (STS 7 de abril 2016, Rec. 2269/2014); ñqueda en manos de la empresa entrante (é) asumir o no el todo o la mayor parte de la plantillaò (STS 22 de septiembre de 2016, Rec. 1438/2014).

[35] DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) ñProblemas laborales en la ñremunicipalizaciónò de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17, también realiza matizaciones a la aplicabilidad de estos supuestos a las administraciones públicas. Opina la citada autora que en aquellos supuestos en que dicha obligación viene derivada del Convenio Colectivo o de los Pliegos de Condiciones no vincularían a la Administración.

trabajadores con discapacidad», plasmando así la jurisprudencia de la Sala Cuarta sentada en las STS 10 de octubre de 2012 (Rec. 3803/11) y 18 de diciembre de 2012 (Rec 414/12).

Por último, el tercer aspecto al que hemos de referirnos respecto de la legislación contractual es que es importante reseñar aquí, tras lo expuesto con anterioridad, que el artículo 130.6 de la LCSP que preveía un régimen específico a establecer imperativamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, según este párrafo, siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aun en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquéllos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último puede quedar en entredicho por contradecir las previsiones del Derecho europeo. Y es que la exención de la obligación del pago de las deudas por salarios y cotizaciones a la nueva empresa contratista, a diferencia de lo previsto en el artículo 44 ET, incluso aunque esta última se subrogue en los contratos de los trabajadores podría constituir una garantía menor a la establecida en el Derecho europeo de acuerdo con lo establecido en la sentencia SOMOZA HERMO.

2. Contratos de servicios.

En relación con los contratos de servicios, distintos como es conocido a los contratos de gestión de servicios públicos, el art. 308.2 LCSP 2017 contempla la siguiente previsión a su extinción, «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. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista».

La cabal comprensión del precepto exige tener en cuenta distintas consideraciones. La primera es que la "ratio" del precepto no es otra que impedir los supuestos de cesión ilícita de trabajadores y en esos términos debe ser entendida, es decir, que los responsables administrativos de los distintos servicios de organismos públicos se

abstengan de realizar actos que puedan dar lugar a la misma. La segunda es que el término empleado, "consolidación", no parece que haya de entenderse referido a que no puedan seguir prestando servicios, sino más bien, como ha indicado MELLADO, a que lo que se pretende evitar es su consolidación como personal de la Administración, verbigracia, que no podría considerarse personal de plantilla -ni siquiera interinamente- sino vinculado a la gestión de ese servicio que, en su día, podría pasar a depender de un nuevo contratista privado lo que, como fácilmente se comprenderá, de nuevo plantea toda un conjunto de interrogantes sobre cuáles serían las condiciones laborales a aplicar conforme a tal naturaleza del vínculo como abordaremos en el siguiente epígrafe.

Así lo ha confirmado la STSJ de Galicia de 5 de mayo de 2017 (rec. 551/2017) que explica, ciertamente respecto de la legislación contractual anterior pero cuyo precepto obedecía a la misma "ratio" que:

> "No es óbice para ello que el artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establezca que: "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 del ente, organismo o entidad del sector público contratante", pues en ningún caso se ha solicitado la citada consolidación, no constando en el relato de hechos probados con qué tipo de contrato estaba vinculada la actora con la codemandada Clece S.A., pero si el mismo fuera de naturaleza fija o fija discontinua, la entidad demandada, que para el acceso del personal a su servicio debe convocar las correspondientes pruebas selectivas, mediante procedimientos reglados y con respeto de los principios de igualdad, capacidad y mérito establecidos en los artículos 14 , 23 y 103 de la Constitución Española , puede integrarla como personal indefinido no fijo o indefinido no fijo discontinuo, vinculación que no produce consolidación, ya que el vinculo contractual perdura tan sólo hasta que se cubra o amortice la plaza, es decir, en cualquier caso la administración demandada vendría obligada a convocar la plaza que ocupe la trabajadora o a amortizarla".

IV. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES SUBROGADOS.

Es esta una última cuestión de necesaria discusión respecto de las situaciones problemáticas que estos procesos plantean y es que, hasta el momento, no se puede apuntar una conclusión definitiva a esta relevante circunstancia respecto de la que hay asimismo soluciones alternativas. Distinto problema y como ya apuntábamos, y no menor, son las condiciones laborales en que éstos se integran[36].

La primera posición mantiene, al menos así lo ha concluido alguna jurisprudencia, que la situación en la que habría de calificarse a estos trabajadores procedentes de contratas que se internalizan en la Administración pública u otros entes públicos sería la de personal indefinido no fijo[37]. Pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales: STSJ de Castilla y león de Valladolid, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2011 (rec.1693/2011); SAN de 29 de octubre de 2013 (ROJ: 4545/2013); STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (ROJ: 502/2014); STSJ de Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014 (ROJ: 4136/2014); o, por citar un último pronunciamiento, la STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2016 (ROJ: 247/2016). Asimismo, la doctrina laboralista también se había mostrado, con carácter general, favorable a dicha conclusión[38].

---

[36] Y respecto de la que también hay cierta conflictividad jurisdiccional. Me remito a la entrada de BELTRAN, I., Sucesión de empresa: últimas novedades jurisprudenciales internas y comunitarias (2016 a 2018), http://ignasibeltran.com/2018/04/05/sucesion-de-empresa-ultimas-novedades-jurisprudenciales-internas-y-comunitarias-2016-a-2018/

[37] De anomalía jurídica califica tal figura MONEREO PÉREZ, J.L., ñLas reestructuraciones en el sector públicoé ò, op. cit. pág. 245 y añade que produce una enorme tensión entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo ¡Y, adviértase, que en el marco de un orden jurídico global conjuntamente vulnerado!.

[38] Por todos puede verse DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) ñProblemas laboralesé ò, op. cit., que expone que: ñLo cierto es que hace tiempo que la doctrina judicial encontró respuesta para resolver esta contradicción que plantea la sujeción de la Administración a la normativa laboral. La figura del indefinido no fijo en la Administración Pública se diseñó judicialmente para los trabajadores que han de incorporarse a la plantilla de una Administración Pública en aplicación de las normas laborales ï las que disponen, por ejemplo, la conversión en indefinidos de los trabajadores contratados fraudulentamente como temporalesï . Se trata de trabajadores permanentes que no han adquirido la «fijeza», la condición de fijo de plantilla (y en consecuencia carecen de derecho al puesto), porque no han accedido al mismo de conformidad con el procedimiento reglamentario establecido para los puestos de carácter permanente.
Esa misma solución sería aplicable para estos casos en los que la incorporación a la plantilla de ente público se produce ex art. 44 ET. A esta conclusión no se opone el art. 91 LBRL ni el art. 301.4 RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que prohíbe «la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante». Debe recordarse que este precepto va referido a los contratos de servicios y no a los de gestión de servicios públicos, a los que se reconducen la mayoría de los supuestos que se analizan. La referencia a la consolidación, por otra parte, podría interpretarse como una prohibición de incorporar con carácter definitivo a este personal en la plantilla municipal sin someterla a los procedimientos de acceso reglamentarios pero no necesariamente

En cualquier caso, no creo que sea la solución más adecuada. No es tan solo el desconcierto que ha provocado, y sigue provocando, el régimen jurídico de tal figura en las entidades públicas sin perjuicio de la constitucionalidad de la misma y de que dicha figura de creación jurisprudencial no parezca contraria a la Directivas europeas que se ocupan del fraude en la contratación laboral[39], sino que seguiremos propiciando que ésta se convierta en un verdadero cajón de sastre al que van a parar todos aquellos supuestos en que se produce un conflicto entre las previsiones del Derecho laboral y los principios de acceso al empleo público. Y ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales[40]. Desde luego no puede equipararse una situación de absoluta normalidad en el desarrollo de la relación laboral, que es la que resulta de la aplicación del artículo 44 ET, con la derivada del fraude y el abuso en la contratación temporal.

En este sentido, al menos en mi opinión, cuando dicho proceso se produce ex lege, vía artículo 44 ET, por concurrir las circunstancias que ameritan la sucesión de empresas, no alcanzo a comprender porqué ha de variar el régimen jurídico de los trabajadores pasando de ser trabajadores "fijos" a trabajadores eventuales y, por tanto, precarios por mucha calificación de "indefinidos no fijos" que quiera dárseles. En definitiva, realizando una novación objetiva, y no solamente subjetiva, en el contrato de trabajo que

como un obstáculo insalvable para su incorporación en los términos propuestos. Tampoco es determinante, en la medida en que tiene el valor de una mera recomendación, la DA 1a RDL 20/2012 que dispone que «Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos».

[39] La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009. Asimismo, la cuestión de las ñmedidas legales equivalentesò, derivada de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio que establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos ha sido analizada en particular en las Sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006, Asuntos C-53/04 (caso Marrosu y Sardino) y C-180/04 (caso Vassallo), de las que cabe concluir que el TJCE entiende que una normativa nacional que no reconoce la conversión del contrato en indefinido, pero que establece ñnormas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinadaò parece ser ajustada a la citada Directiva.

[40] Mi postura, en esos casos, de fraude ha sido bastante clara desde hace años. Puede verse, a este respecto, ñLas problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público: a propósito de los contratos temporales en el sector públicoò, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 86, 1995.

determina un estatuto laboral distinto, y mas perjudicial para el trabajador, al que tenían en la empresa cedente. La conversión de "fijo" a "indefinido no fijo" con la consiguiente mutación de la relación laboral en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados supone, desde mi punto de vista, una privación de derechos que no es resarcida de forma suficiente, sino antes bien al contrario.

MAURI (2017), que también es crítico con dicha opción, opta por la figura, que haciendo suya la denominación de SOTO RIOJA[41], denomina trabajador subrogado y cuya consecuencia principal es la de mantener, como quiere la Directiva europea, las mismas condiciones laborales que tiene el trabajador afectado por dichos procesos que no ve así alterado su estatuto jurídico, sino que simplemente pasa a prestar sus servicios a un nuevo empleador en este supuesto de carácter público bien es cierto que sin la condición de empleado público[42].

La solución, ciertamente, ya se había apuntado por nuestro Tribunal Supremo en los procesos de reestructuración del sector público andaluz en que se planteaba un cambio de empleador público, bajo distinta fórmula organizativa en la misma organización[43], pero que, a nuestro juicio, son perfectamente trasladables a estos

[41] Citado por MAURI la referencia corresponde a DE SOTO RIOJA, S. (2015), ñSucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación y del tratamiento convencionalò, en CRUZ VILLALON, J. (coor.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 619.

[42] MAURI MAJÓS, J., ñConsecuencias de laé .ò, op. cit., pág.114.

[43] Baste señalar, a este respecto, la STS de 17 de febrero de 2016 (rec. 3944/2014) en que se debatía si las normas que abordaron la reorganización del Sector público Andaluz y que habían dado lugar a la integración de las empresas públicas extinguidas en Agencias de nueva creación, con la consecuencia de que ese personal, seleccionado en su día por normas de Derecho Privado, había pasado al empleo público sin someterse a pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de ofertas públicas, eran contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, el Tribunal expone que:

ñEsos datos impiden apreciar en la integración aquí controvertida, regulada por esas disposiciones adicionales tercera y cuarta del Decreto 99/2011 , un acceso al empleo público que merezca ser calificado de gratuito, ilegal o injustificadamente discriminatorio. No es ilegal porque, por un lado está amparado en lo que establece la Ley 1/2011 (disposición adicional cuarta 1.b) y, por otro, es coherente con lo establecido en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores .

Tampoco es gratuito, arbitrario o injustificadamente discriminatorio, porque pretende cohonestar la nueva configuración del sector público de Andalucía, dispuesta por el legislador autonómico, con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en las entidades o empresas públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida; y porque la integración no supone ningún plus adicional al "status" laboral que antes poseía el personal integrado, al quedar circunscrita, como ya se ha señalado, a la Agencia que ha sucedido en su actividad a las entidades o empresas públicas suprimidas, y no permitir a dicho personal pasar por vías excepcionales a la Administración Pública de la Junta de Andalucía.

La conclusión que se deriva de lo anterior es que esa integración aquí polémica dispuesta por el Decreto 99/2011 no puede considerarse contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE , en su vertiente de acceso a la función pública; pues no afecta a los miembros del sindicato recurrente en esta casación que ya son funcionarios de carrera o

supuestos en que, asimismo, si bien hay un empleador privado (el cedente) se produce el mismo negocio jurídico pues de lo que se trata es de un cambio en las formas de gestión de los servicios públicos.

La contradicción que dicha posición supone con respecto a lo prevenido en la disposición adicional primera del EBEP que, como se sabe, hace aplicables a las sociedades de capital público los principios relativos al acceso al empleo público previstos en el artículo 55 EBEP pueden salvarse en la medida en que dichos trabajadores no gozan de la condición de empleado público que, como resalta, la STS de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014 (ROJ 502/2014), sería la circunstancia clave para entender de aplicación dichas previsiones. En la sentencia de apelación se trata de determinar si la circunstancia de ser la empresa sucesora una sociedad mercantil de titularidad pública permite inaplicar la regla del art. 44 ET según la cual el nuevo empresario queda subrogado *"en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empresario"* o si, como consecuencia de la normativa aplicada en la sentencia recurrida, se produciría una novación impropia que afectaría a la naturaleza del contrato, pasando de fijo a indefinido "no fijo" concluyendo que no es posible. De dicho razonamiento extrae la natural consecuencia de la integración en la sociedad pública de dichos trabajadores sin que obste a ello las previsiones establecidas en el EBEP[44].

---

personal laboral fijo de la Junta de Andalucía, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporalò.

[44] Explica, en este sentido, la sentencia referida que:

ñEsta norma, a juicio de la sala, no impide la aplicación de lo establecido en el artículo 44 ET porque lo que se regula en la misma son los principios rectores del acceso al empleo público y la subrogación de los demandantes no supone su acceso al empleo público, quedando limitada su contratación al ámbito de la propia sociedad demandada y quedando excluido, como hemos visto, de la aplicación de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en cuyo artículo 3.3.c) se excluye de su aplicación al "personal laboral propio de las empresas públicas", siendo esta la condición que pasan a ostentar los demandantes como consecuencia de la subrogación operada, pues en el artículo 6 de los estatutos sociales de la demandada (BOIB núm. 169 de 27 de noviembre de 2004) se establece que su personal se integra por funcionarios destinados en comisión de servicios, personal laboral de la Consellería de Interior que sea transferido y por "personal laboral propio de la empresa", el cual no tiene la condición de empleado público, sin perjuicio de que se le apliquen aquellas normas del EBEP en que expresamente se establezca.

Desde esta perspectiva la disposición adicional primera de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y su remisión a lo establecido en el artículo 55 debe interpretarse en el sentido de que las sociedades mercantiles de titularidad pública deben reclutar a su personal mediante procesos selectivos que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pero ello no impide que cuando estas sociedades pasan a desarrollar un servicio que venía siendo desarrollado por una entidad privada y se subroga en el personal que venía prestando servicios para aquella, quede exonerada de las obligaciones que impone el artículo 44 ET , pues el artículo 51 de la Ley 7/2010, de 21 de julio , del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears establece que "las sociedades mercantiles públicas se rigen por el ordenamiento jurídico privado" excepto en los aspectos a que se refiere la normativa

Y es que, de nuevo hemos de reiterarlo, estos procesos de reestructuración de las formas de prestación de los servicios públicos, en que son de aplicación las Directivas Comunitarias atinentes a esa materia, las mismas presuponen la aplicación preferente de las mismas frente al derecho interno (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77) y, por consiguiente, la inaplicación de lo prevenido en dicha disposición adicional primera ya que éstas no contemplan excepción alguna a la conservación de las situaciones preexistentes, que impliquen una novación objetiva de la relación laboral, en base al sistema selectivo que rige en el empleo público[45]. Se trata en estos supuestos de simple y llana transposición y aplicación directa del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23 /CE, de 12 de marzo.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 13 de junio de 2019 en el asunto C-317/18, de la que ya nos hicimos eco páginas atrás, ha venido a confirmar, en mi opinión, esta segunda opción.

En cualquier caso, y aún cuando resulte más apropiada sin duda alguna esta última opción, nos encontramos ciertamente frente a una nueva figura, una nueva categoría laboral también en sus inicios de creación jurisprudencial[46], con perfiles todavía

---

de derecho público que les sea de aplicación, sin que existan norma alguna que permita inaplicar a estas sociedades la mencionada norma estatutariaò.

Y sigue argumentando, de esta forma, que:

ñEn consecuencia, la subrogación de los demandantes se produce con los mismos derechos que ostentaban en la anterior empresa y, por tanto, con la condición de trabajadores indefinidos "fijos de plantilla", no pudiendo transformarse su contrato en otro sometido a la condición resolutoria de que su puesto de trabajo sea cubierto por ulteriores procesos selectivos. Esta novación contractual no está prevista por norma de derecho público alguna, ni está justificada por el hecho de que las sociedades mercantiles de titularidad pública deban reclutar a su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, porque la sociedad demandada no ha procedido a reclutar personal alguno, habiendo quedado subrogada en la posición de empresario por mandato de lo establecido en el artículo 44 ET , sin que conste siquiera la existencia de una relación de puestos de trabajo que como consecuencia de la subrogación hayan sido adjudicados a los demandantes. Se trata más bien de la asunción de un servicio con todo el personal en las condiciones establecidas en el mencionado artículo 44 ETò.

[45] Puede consultarse, respecto de este punto, SALA FRANCO, T. (2015), ñEl acceso al empleo público laboralò. ARÍAS DOMÍNGUEZ, Angel; RODRIGUEZ MUÑOZ, José Manuel (coords.). Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis. Navarra, Aranzadi, p. 30-31.

[46] Bien que discutida en su aplicación por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que entendieron, entre otras la STSJ Andalucía de 29 de octubre de 2012 (ROJ: 9369/2012), que: ñDe esta forma la integración del personal laboral procedente de las entidades extinguidas no se produce sino como personal laboral sometido al Estatuto Básico del Empleado Publico, norma que tiene el carácter de Básico, de manera que no cabe hablar de una categoría especial como sería el personal laboral que procedente de la aplicación del art 44 del Estatuto de los trabajadores , es decir por razón de sucesión de empresas, resultase sometido a la regulación propia del Estatuto de los trabajadores y Convenios Colectivos de aplicación. Tal posibilidad resulta descartada pues no resulta posible la creación de una categoría especial de empleados públicos ajena al Estatuto Básicoò.

desdibujados y que, sin querer hacer profecía alguna, a buen seguro nos traerá nuevos motivos de análisis.

Difícil, delicado, y habremos de añadir nuevo y complejo campo de juego en el empleo público en el que, junto al personal laboral EBEP y el personal laboral de sociedades públicas y fundaciones, habremos de añadir el personal laboral indefinido no fijo en los supuestos que proceda dicha calificación y, en el caso de la subrogación en las relaciones laborales, estos trabajadores "privados", carentes de la condición de empleados públicos, y sujetos a su propio régimen jurídico pero que, no puede olvidarse, prestan servicios en el sector público y perciben sus retribuciones del mismo. Creo, francamente, que habrá buscar una más adecuada solución a este aparente galimatías. Al menos a futuro y seguidamente lo abordamos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿CÓMO SE PODRÍA RESOLVER ESTE COMPLEJO ASUNTO DE LA SUBROGACIÓN EN LAS RELACIONES LABORALES DE SERVICIOS PREVIAMENTE EXTERNALIZADOS?.

Hasta aquí se han expuesto los principales debates, no todos debe aclararse[47], que se han suscitado como consecuencia de los procesos de reversión a la gestión directa de los servicios locales. La cuestióncon la que deseo concluir es ¿cómo evitar los problemas derivados de dichas situación? Y, fundamentalmente, ¿Cómo superar los problemas que se plantean derivados de los principios que rigen el acceso al empleo público?.

Ya he dejado apuntado, páginas atrás, que no me convencen las soluciones aportadas[48]. Tanto la situación del personal indefinido no fijo como la del trabajador subrogado no empleado público no me merecen otro juicio que insuficientes y

[47] Y es que, en efecto, la problemática que se plantea es mucho más prolija y detallada. Baste señalar los problemas derivados de la conservación de derechos de los trabajadores subrogados, pero el análisis exhaustivo de los mismos excedería de la extensión de este trabajo.

[48] Parecida convicción pueden encontrarse en el trabajo de TREVIÑO PASCUAL, M. (2017), ñSucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicosò, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 47

problemáticos remedios a las situaciones que plantea la sucesión de empresas cuando se trata de sujetos pertenecientes al sector público.

De ahí que me atreva a apuntar una posible vía de solución. En mi opinión las soluciones que se arbitren han de venir de la mano de preservar los bienes jurídicos que están en juego, a saber: la estabilidad en el empleo, por un lado, y el acceso al empleo público mediante mecanismos que garanticen la publicidad, el mérito y la capacidad. Y si esto es así ¿porqué no operar como acontece en la normativa sobre contratación pública?. Me explico.

Como es conocido la normativa contractual pretende proteger diversos principios: transparencia, integridad, concurrencia, igualdad y no discriminación, etc. Para lograrlo, y como es suficientemente conocido, el ámbito subjetivo de aplicación de estos principios no se ciñe estrictamente a lo que comúnmente entendemos como Administraciones públicas, sino que por el contrario el artículo 3 de la LCSP 2017 establece sucesivos círculos de aplicación que sirven para determinar dos cosas: qué parte de la Ley se aplica a cada una de las entidades y cuál es la naturaleza del contrato, administrativo o privado. Lo cual tendrá, a su vez, importancia en lo referente a la intensidad del control, tanto el que se realiza a priori por los órganos de intervención como el que se efectúa a posteriori por el Tribunal de Cuentas e incluso la diferencia que existirá entre el control de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción civil.

La pregunta, por tanto, sería la siguiente: ¿cabría operar, y dado de que se trata de servicios públicos locales prestados mediante gestión indirecta, pero en los que el poder público mantiene la titularidad del servicio, exigiendo a las empresas concesionarias de tales servicios que el personal que preste servicios en esas contratas sea seleccionado con arreglo a los principios que rigen el acceso al empleo público?.

Las ventajas de responder afirmativamente a dicha cuestión, tras lo expuesto a lo largo de estas páginas, me parecen evidentes y nos permitirían obviar los graves inconvenientes que presentan las soluciones que en la actualidad están sobre la mesa.

BIBLIOGRAFIA.

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. (1992) *Manual de Administración local*, Comares, Granada.

BALLINA DÍAZ, D. (2015), *Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal entre el Derecho público y el Derecho privado,* INAP.

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017), "Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma", *IUSLabor*.

PRECIADO DOMECH, C., BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I. Y AGUSTI JULIA, J. (2019) "Los fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa)", Actum Fical, nº 143.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2017), *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*, CEMICAL (Diputación de Barcelona), Barcelona.

CASTILLO BLANCO, F.A. (2018), "La problemática reversión de Los servicios públicos locales a la gestión directa"*, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones,* Nº 14.

DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2014), "Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la Ley núm. 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 2 (nueva época).

DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2016) "Problemas laborales en la "remunicipalización" de los servicios públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 17.

DÍAZ LEMA, J.M. (1994), *Los monopolios locales,* Montecorvo.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A, (2017), "Aspectos laborales de la reversión de los servicios públicos" *RTSS* nº 407, 2017.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J. (1995) *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman,* Civitas-Ayuntamiento de Gijón, Navarra.

FERNÁNDEZ PRIETO, M. (2017), "Reordenación de Servicios Públicos y reversión al municipio. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE" *RTSS*, nº 417.

FLORES DOMINGUEZ, L.E., (2017) , "Privatizaciones y remunicipalizaciones: experiencias en el Ayuntamiento de Sevilla" *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69.

GARCIA RUBIO, F. (2017), "Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización", en el volumen colectivo *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo* de gestión (coordinado por Tomas Font i LLovet y Juan José Díez Sánchez*)*, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

GÓMEZ ALVAREZ, T. (2002): "Reestructuraciones administrativas y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: el art. 1.1 c) de la Directiva 23/2001. La interpretación del TJCE y de los Tribunales Españoles", *Relaciones Laborales*. nº 8.

LOPEZ CUMBRE, C. (2017), Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público, *Revista Galega de Dereito Social*, Nº 3 pags. 101-147

MARTINEZ FERNÁNDEZ, J.M. (2017), La remunicipalización de servicios, *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 9

MARTINEZ FERNANDEZ J.M. y ORTEGA JIMENEZ, P. (2013), Sucesión de empresas y cesión ilegal de trabajadores en la contratación pública, Número extraordinario de la Revista de Estudios Locales, 2013.

MAURI MAJÓS, J. (2017), "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal". *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 49

MONEREO PÉREZ J.L. y BERNAT, J., (2017) "La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo), *La Ley Unión Europea,* nº 53.

MONTOYA MARTIN, E. (2014), "Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias", en *La reforma del Sector Público* (Dir. Castillo Blanco, F.A.), Instituto García Oviedo, Sevilla.

MONTOYA MARTÍN, E. (2014),"Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización sostenibilidad de la Administración Local", *Revista General de Derecho Administrativo,* nº 36.

ORTEGA BERNARDO, J. y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2015), «El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9,

RIVERO YSERN, J.L. (2010), *Manual de Derecho local,* Civitas, 6ª ed

ROJO TORRECILLA, E. (2015), "Dº del Trabajo y empleo público. Reflexiones sobre jurisprudencia del TS y aportaciones del magistrado Manuel Ramón Alarcón"

http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/09/el-derecho-del-trabajo-y-el-empleo.html.

TREVIÑO PASCUAL, M. (2017), "Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº* 47 .

3a sessió

17/12/19

Les normes sobre protecció de les persones alertadores i el seu impacte sobre els ens locals de Catalunya.
Rosa Maria Pérez Pablo, cap d'Àrea de Legislació i Assumptes Jurídics de l'Oficina Antifrau de Catalunya.

La consolidació del grau personal dels funcionaris de carrera i dels funcionaris interins a l'Administració local.
Luís Miguel Arroyo Yanes, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat Pablo de Olavide de Sevilla.

Disfuncions entre la jurisdicció social i la contenciosa en relació amb l'ocupació pública; especial referència a les condicions laborals dels indefinits no fixes.
Jorge Fondevila Antolín, cap de l'Assessoria Jurídica de la Conselleria de Presidència, Interior, Justícia i Acció Exterior del Govern de Cantabria. Cos de Lletrats del Govern de Cantabria. Secretari d'Administració Local.

Oficina Antifrau de Catalunya

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió[1]

[1] Aquest document és un document de treball provisional. El document definitiu es publicarà en breu en el web de l'OAC.

Cal posar en relleu que la versió en castellà de la Directiva empra els termes "denúncia", "denunciant"., els equivalents dels quals s'eviten en les versions de la Directiva en altres llengües. En aquest document s'utilitzen amb preferència els termes "informació" i "informant" en comptes de "denúncia" i "denunciant". També s'utilitzen les expressions alerta, alertador o persona alertadora.

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió

1. Algunes qüestions generals: transposició i període transitori (art. 26). Informes, avaluació i revisió (art. 27) 3

2. Sobre l'àmbit d'aplicació i les condicions de protecció (art 1 i seg.). Possibilitat dels estats membres d'ampliar la protecció atorgada per la Directiva (art. 2.2 i art. 25) 4

2.1. Sobre l'àmbit d'aplicació (art. 1 i seg.) 4

2.2. La Directiva es refereix a la informació en un context laboral (entesa l'expressió en sentit ampli) 6

2.3. Caldrà parar especial atenció en les condicions de protecció de les persones informants (art. 6) 7

2.4. Possibilitat dels estats membres d'ampliar la protecció atorgada per la Directiva (art. 2.2. i art. 25) 8

3. Informació (denúncia) anònima (art. 6.2) 8

4. Informacions internes i externes. Definició i disposicions aplicables a tots dos tipus d'informacions (art. 5 i art. 16 i seg.) 9

5. Canals d'informació (interns i externs) i informacions (internes i externes) (art. 7 i seg. de la Directiva) 11

5.1. Canals d'informació interna (i de seguiment) / Procediments d'informació interna i seguiment 11

5.2. Canals d'informació externa (i de seguiment) / Procediments d'informació externa i seguiment 13

6. Revelació pública (art. 15) 16

7. Mesures de protecció (art. 19 i seg.) 17

7.1. Prohibició de represàlies 17

7.2. Mesures de recolzament 17

7.3. Mesures de protecció front a represàlies 18

7.4. Mesures per a la protecció de les persones afectades 18

7.5. Sancions 19

Directiva (UE) 2019/1937 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, relativa a la protecció de les persones que informin sobre infraccions del Dret de la Unió

1. Algunes qüestions generals: transposició i període transitori (art. 26). Informes, avaluació i revisió (art. 27)

Transposició i període transitori

La Directiva entra en vigor als vint dies de la seva publicació al DOUE[2]. Quant a la transposició al Dret nacional, determina el següent:

Previsió general: els estats membres han de posar en vigor les disposicions legals, reglamentàries i administratives necessàries per donar compliment al que estableix la Directiva, com a molt tard el **17.12.2021**.

"Moratòria": Quant a les entitats jurídiques del sector privat que tinguin de 50 a 249 treballadors, els estats membres han de posar en vigor les disposicions legals, reglamentàries i administratives necessàries per donar compliment a l'obligació d'establir canals de informació interna, com a molt tard el **17.12.2023**.

Informes, avaluació i revisió

Els estats membres han de facilitar a la Comissió tota la informació pertinent relativa a l'execució i aplicació de la Directiva. D'acord amb aquesta informació, la Comissió ha de presentar al Parlament Europeu i al Consell un informe sobre l'execució i l'aplicació de la Directiva com a molt tard el 17.12.2023.

Els Estats membres han de presentar anualment a la Comissió determinades estadístiques sobre informacions externes (capítol III). Com a molt tard el 17.12.2025 la Comissió ha de presentar un informe al Parlament Europeu i al Consell en què ha d'avaluar la repercussió de les normes nacionals de transposició de la Directiva. L'informe ha d'examinar com ha funcionat la Directiva i ha de valorar la necessitat d'introduir-hi mesures addicionals; es podrien proposar, si escau, modificacions de la Directiva.

2 S'hi va publicar el 26.11.2019.

2. Sobre l'àmbit d'aplicació i les condicions de protecció (art 1 i seg.). Possibilitat dels estats membres d'ampliar la protecció atorgada per la Directiva (art. 2.2 i art. 25)

2.1. Sobre l'àmbit d'aplicació (art. 1 i seg.)

En enfrontar-se a la Directiva per primer cop caldrà tenir cura de fer una bona aproximació a **dues circumstàncies d'especial interès:**

— l'àmbit d'aplicació de la Directiva

— les condicions de protecció, això és, el que s'exigeix de la persona alertadora per poder ser mereixedora de la protecció atorgada per la Directiva.

S'insisteix en això **perquè la Directiva no té la pretensió de protegir qualsevol persona que alerti d'una infracció**, sinó que, com a norma dictada en el marc de les competències de la Unió, regula la protecció d'aquella persona que denuncia **determinades infraccions del Dret de la Unió.** D'altra banda, per atorgar protecció la Directiva exigeix de la persona alertadora que compleixi determinats "requisits".

De manera més concreta:

— La Directiva té per objecte **reforçar l'aplicació del Dret i les polítiques de la Unió** en **àmbits específics** mitjançant l'establiment de normes mínimes comunes que proporcionin un elevat nivell de protecció de les persones que informin sobre **infraccions del Dret de la Unió** (art. 1).

— En aquest marc la Directiva determina **les infraccions** la informació de les quals està protegida (art. 2.1 a). Estem parlant de l'àmbit de la contractació pública, la protecció del medi ambient, la seguretat dels aliments, la salut pública... El sistema establert per la Directiva és complex, perquè es tracta d'infraccions que entren dins de l'àmbit d'aplicació dels actes de la Unió que enumera **l'annex**, relatives als àmbits que senyala l'art. 1 a) de la Directiva.

  També s'hi inclouen infraccions que afectin els interessos financers de la Unió com es contemplen a l'art. 325 del TFUE i es concreten en les mesures corresponents de la Unió (art. 2.1 b).

  Finalment es protegeix la informació d'infraccions relatives al mercat interior com es contemplen a l'art. 26.2 del TFUE, incloses, per exemple, les normes de la Unió en matèria de competència i ajuts atorgats pels Estats (art. 2.1 c))[3].

3 D'acord amb l'art. 2.2 els estats tenen la facultat d'ampliar la protecció en el seu Dret nacional a altres àmbits o actes no previstos en l'art. 2.1 de la Directiva.

Caldrà tenir en compte que l'art. 3 de la Directiva estableix algunes precisions sobre l'aplicació d'aquest instrument, entre les quals que la Directiva no afecta l'aplicació del Dret de la Unió o nacional relatiu a:

— La protecció d'informació classificada

— La protecció del secret professional dels metges i els advocats

— El secret de les deliberacions judicials

— Les normes d'enjudiciament criminal

Finalment, la Directiva no afecta a les normes nacionals relatives a:

— L'exercici del dret dels treballadors a consultar els seus representants o sindicats

— La protecció front a possibles mesures perjudicials injustificades derivades d'aquestes consultes

— L'autonomia dels interlocutors socials i el seu dret a celebrar convenis col·lectius.

(Això s'entén sense perjudici del nivell de protecció atorgat per la Directiva).

Tampoc no afecta la responsabilitat dels estats de vetllar per la seguretat nacional ni la seva facultat de protegir els seus interessos essencials en matèria de seguretat. En particular, no afectarà les informacions d'infraccions de les normes de contractació pública que estiguin relacionades amb qüestions de defensa o seguretat, tret que es regeixin pels actes pertinents de la Unió.

2.2. D'altra banda, cal tenir en compte que la Directiva es refereix a la informació en un context laboral (entesa l'expressió en sentit ampli)[4]

Així, la Directiva s'aplica als **informants** que **treballin**[5] en el sector privat o públic i que hagin obtingut informació sobre infraccions en un context laboral, incloent-hi, **com a mínim (art. 4)**[6]:

— Treballadors en el sentit de l'art. 45.1 del TFUE, inclosos els funcionaris

— Treballadors no assalariats en el sentit de l'art. 49 del TFUE

— Accionistes i persones que pertanyin a l'òrgan d'administració, direcció o supervisió d'una empresa, inclosos els membres no executius

— Voluntaris i treballadors en pràctiques que percebin o no una remuneració

— Qualsevol persona que treballi sota la supervisió i direcció de contractistes, subcontractistes i proveïdors

També s'aplica la Directiva:

— als informants que comuniquin o revelin públicament informació sobre infraccions obtinguda en el marc d'una relació laboral ja finalitzada

— als informants la relació laboral dels quals encara no hagi començat, en els casos en què la informació sobre infraccions s'hagi obtingut durant el procés de selecció o de negociació precontractual.

Finalment, les mesures de protecció de l'informant del capítol VI del Títol I també s'apliquen, en el seu cas, a:

— Les persones facilitadores

4 Cal posar en relleu que l'art. 5 definicions defineix « informació sobre infraccions » de la manera següent (traducció del castellà):

"La informació, incloses les sospites raonables, sobre infraccions reals o potencials, que s'hagin produït o que molt probablement es puguin produir en l'organització en la qual treballi o hagi treballat el denunciant o en una altra organització amb la qual el denunciant estigui o hagi estat en contacte amb motiu de la seva feina, i sobre intents d'ocultar aquestes infraccions."

Per la seva banda, d'acord amb el mateix article, informant (denunciant) és la persona física que comunica o revela públicament informació sobre infraccions obtinguda en el context de les seves activitats laborals.

L'art. 5 9) defineix context laboral: les activitats de treball presents o passades en el sector públic o privat a través de les quals, amb independència de la naturalesa d'aquestes activitats, les persones puguin obtenir informació sobre infraccions i en el qual aquestes persones podrien patir represàlies si comuniquessin aquesta informació.

5 Tot i la redacció de l'art. 4.1 la Directiva també protegeix persones que hi han treballat o persones en el moment previ a l'inici de la seva relació de treball, com es recull en altres preceptes de la Norma.

6 Possibilitat dels Estats d'ampliar, doncs.

— Terceres persones que estiguin relacionades amb la persona informant i que puguin patir represàlies en un context laboral, com companys de feina o familiars de la persona informant

— Entitats jurídiques que siguin propietat de la persona informant, per a les quals treballi o amb les quals mantingui qualsevol altre tipus de relació en un context laboral.

2.3. A banda de les premisses anteriors, caldrà parar especial atenció en les condicions de protecció de les persones informants (art. 6)

No qualsevol informant té dret a protecció en virtut de la Directiva, l'art. 6 estableix **dos blocs de condicions perquè es pugui generar el dret de protecció (**el primer bloc de condicions té relació amb les conviccions sobre la informació de la persona alertadora, es tracta de circumstàncies que possiblement puguin ocasionar algun problema en el moment d'aplicar la Directiva):

a. La persona alertadora ha de tenir **motius raonables** per **pensar** que la informació sobre les infraccions que denuncia és **veraç** en el moment de la informació i també per pensar que **la informació entra dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva**[7]

b. D'altra banda, l'alertador ha d'haver informat per canals interns o per canals externs o fet una revelació pública d'acord amb les condicions establertes a la Directiva. Cal tenir en compte que la persona que denunciï davant de les institucions, òrgans o organismes pertinents de la Unió infraccions que entren en l'àmbit d'aplicació de la Directiva també té dret a protecció en les mateixes condicions que una persona que hagi denunciat per canals externs (art. 6.4).

7 Notem que de fet es demanen dues coses, totes dues de lligades a un àmbit intel·lectual, de lligades a les conviccions de la persona informant:

-la primera que tingui motius raonables per pensar que la informació sobre infraccions que denuncia és veraç en el moment de la informació

-la segona, que tingui motius raonables per pensar que la informació entra dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva.

Per meritar protecció s'han de complir ambdues condicions; sembla, doncs, que abans d'aplicar mesures de protecció s'haurà de constatar la concurrència d'aquestes circumstàncies.

2.4. Possibilitat dels estats membres d'ampliar la protecció atorgada per la Directiva (art. 2.2. i art. 25)

Haurem de tenir en compte que la Directiva estableix expressament que la Directiva s'entén sense perjudici de la facultat dels Estats membres:

— **D'ampliar la protecció en el seu Dret nacional** a altres **àmbits** o **actes** no previstos en l'apartat 1 (art. 2.2)[8].

— D'introduir o mantenir **disposicions més favorables per als drets dels informants** que els establerts a la Directiva sens perjudici del que preveuen l'art. 22 i l'art. 23.2 (art. 25)[9].

Finalment, l'aplicació de la Directiva no justifica en cap cas que es redueixi el nivell de protecció ja garantit pels estats membres en els àmbits regulats per la Directiva (art. 25.2).

3. Informació (denúncia) anònima (art. 6.2)[10]

La Directiva no estableix cap obligació per als estats en relació amb l'admissió de denúncies anònimes; al marge d'aquells àmbits del Dret de la Unió en què està expressament prevista la informació anònima, pel que fa als àmbits de la Directiva l'art. 6.2 deixa aquesta qüestió en mans dels estats[11]:

"Sin perjuicio de la obligación vigente de disponer de mecanismos de denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones."

8 Crida als estats.

9 Crida als estats. Els art. 22 i 23.2 es refereixen a les persones afectades (denunciades), als seus drets i a sancions per denúncies falses.

10 Vegeu també l'art. 9.1 e) relatiu al seguiment diligent, quan així ho estableixi el Dret nacional, en relació amb les denúncies anònimes.

11 Crida específica a la decisió dels estats, doncs, que en el seu Dret nacional han de decidir sobre l'admissió de denúncies anònimes. En aquest punt pot ser d'interès l'art. 24 de la Llei orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal i garantia dels drets digitals

4. Informacions (denúncies) internes i externes. Definició i disposicions aplicables a tots dos tipus de informacions (art. 5 i art. 16 i seg.)

En aquest punt caldrà tenir en compte que d'acord amb les previsions de la Directiva es podrien denunciar les infraccions incloses en l'àmbit d'aplicació de la Directiva:

— Mitjançant canals interns

— Mitjançant canals externs

— Mitjançant una revelació pública

— Davant de les institucions, òrgans o organismes pertinents de la Unió (art. 6.4)

En aquest document ens centrarem en els tres primers canals, que són els que es tracten de manera detinguda en la Directiva.

Ens introduïm en els canals interns i externs parlant d'informacions internes i externes. D'acord amb les definicions de l'art. 5 de la Directiva:

— **Denúncia** és la comunicació verbal o per escrit d'informació sobre infraccions

— **Denúncia interna** és la comunicació verbal o per escrit d'informació sobre infraccions dins d'una entitat jurídica dels sectors privat o públic

— **Denúncia externa** és la comunicació verbal o per escrit d'informació sobre infraccions davant de les autoritats competents.

Una mica més endavant abordarem els diferents canals d'informació i els corresponents procediments, i també la revelació pública; de moment ens detenim en les **disposicions comunes previstes per a ambdós tipus d'informació en els art. 16 i seg. de la Directiva**.

— **Deure de confidencialitat (art. 16):**

- els estats membres han de vetllar perquè no es reveli la identitat de la persona informant sense el seu consentiment exprés a ningú que no sigui un membre autoritzat del personal per rebre o seguir informacions
- això també és aplicable a qualsevol altra informació de la qual es pugui deduir **directament o indirecta** la identitat de la persona informant
- **Excepció**: és possible la revelació quan sigui una obligació necessària i proporcionada imposada pel Dret de la Unió o nacional en el context d'una investigació de les autoritats nacionals o en el marc d'un procés judicials en particular per salvaguardar el **dret de defensa** de la persona afectada.

En aquest cas les revelacions han de restar subjectes a cauteles adequades i en particular la d'informar-ne l'informant prèviament (amb una explicació escrita dels motius de la revelació de les dades confidencials), tret que la informació pugui comprometre la investigació o el procediment judicial.

- Els estats membres han de vetllar perquè les autoritats competents que rebin informació sobre infraccions que inclogui secrets comercials no utilitzin ni revelin aquests secrets comercials per a finalitats que vagin més enllà del que sigui necessari per a un correcte seguiment.

— **Tractament de dades personals (art. 17):**

- Qualsevol tractament de dades personals s'ha de fer de conformitat amb el Reglament (UE) 2016/679 i la Directiva (UE) 2016/680; també d'acord amb el Reglament (UE) 2018/1725.

- No s'han de recopilar dades personals la pertinença de les quals no sigui manifesta per tractar una informació específica; si es recopilen per accident, s'han d'eliminar sense dilació indeguda.

— **Registre de les informacions (art. 18)**

- Els estats membres han de vetllar perquè les entitats privades i públiques i les autoritats competents portin un registre de totes les informacions rebudes que s'han de conservar durant el temps necessari i proporcionat d'acord amb la normativa d'aplicació.

- Si s'informa telefònicament o mitjançant un altre sistema de missatgeria de veu amb gravació o sense gravació, es pot documentar la informació verbal segons preveu l'article 18 de la Directiva

- Si se sol·licita una reunió amb el personal de les entitats privades i públiques o autoritats competents amb la finalitat d'informar, s'ha de garantir (a reserva del consentiment del informant) que es conservin registres complets i exactes de la reunió en un format durador i accessible, i es pot documentar la reunió segons el que preveu l'art. 18 de la Directiva.

5. Canals d'informació (interns i externs) i informacions (internes i externes) (art. 7 i seg. de la Directiva)

5.1. Canals d'informació interna (i de seguiment) / Procediments d'informació interna i seguiment

Qui n'ha de disposar?

Les entitats jurídiques dels **sectors públic i privat**. Prèvia consulta amb els interlocutors socials i d'acord amb ells quan així ho determini el Dret nacional[12].

Quines entitats del sector privat?

Entitats jurídiques del sector privat de 50 o més treballadors. No hi ha exempció per raó del nombre de treballadors quan les entitats entrin en l'àmbit d'aplicació dels actes de la Unió a què es refereixen les parts I.B i II de l'Annex (art. 8.3 i 4).

Les entitats que tinguin entre 50 i 249 treballadors poden compartir recursos per rebre les informacions i fer les investigacions, sens perjudici de les obligacions que imposa la Directiva de mantenir la confidencialitat, donar resposta a l'informant i tractar la infracció denunciada.

Els estats membres **poden** exigir[13] que entitats jurídiques del sector privat amb menys de 50 treballadors estableixin canals i procediments de informació interna després d'avaluar el risc i tenint en compte la naturalesa de la seva activitat i el nivell de risc, en particular per al medi ambient i la salut pública[14].

Quines entitats del sector públic?

En principi tenen l'obligació **totes** les entitats jurídiques del sector públic, incloses les entitats que siguin propietat o estiguin subjectes al control d'aquestes entitats.

Els estats membres **poden eximir** de l'obligació[15]:

— els municipis de menys de 10.000 habitants o amb menys de 50 treballadors

— altres entitats del sector públic amb menys de 50 treballadors

Els estats membres **poden** preveure[16]:

12 Els estats membres han de vetllar perquè aquestes entitats en disposin (art. 8.1 de la Directiva).

13 Marge per als estats. Està prevista una comunicació (art. 8.8).

14 Art. 8.8: s'ha de comunicar a la Comissió incloent-hi la motivació de la decisió i els criteris utilitzats en l'avaluació de riscos.

15 Marge per als estats.

16 Marge per als estats.

— que diversos municipis puguin compartir els canals d'informació interna

— que els canals siguin gestionats per autoritats municipals conjuntes de conformitat amb el Dret nacional; els canals d'informació interna compartits han d'estar diferenciats i ser autònoms respecte dels corresponents canals d'informació externa.

Per a què s'han d'establir aquests canals?

Perquè els treballadors de l'entitat puguin comunicar informació sobre infraccions. També han de permetre comunicar informació sobre infraccions a altres persones en contacte amb l'entitat en el context de les seves activitats laborals (art. 4.1 b), c) i d) i art. 4.2). Exemples: voluntaris, treballadors en pràctiques, contractistes.

Com es gestionen? Es poden externalitzar?

La Directiva no exigeix que aquests canals, els gestioni internament l'entitat obligada; els pot proporcionar externament un tercer (art. 8.5)

És obligatori denunciar internament abans d'utilitzar altres vies?

La Directiva no obliga que aquests canals interns s'hagin d'utilitzar en primer terme, però de fet ve a donar-los certa preferència en establir que els estats membres **promouran** la comunicació mitjançant canals d'informació interna abans que mitjançant canals d'informació externa, sempre que es pugui tractar la infracció internament de manera efectiva i que l'informant consideri que no hi ha risc de represàlies (art. 7.2)[17].

Quines són les característiques essencials del procediment d'informació interna i de seguiment (art. 9)?

— Els canals han d'estar dissenyats, establerts i gestionats de forma segura que garanteixi la confidencialitat de la identitat de la persona que ha informat i de qualsevol tercer esmentat en la informació i impedeixi que hi accedeixi personal no autoritzat

— S'ha de generar un acusament de rebuda a l'informant en set dies a partir que es rebi la informació

— Ha de seguir les informacions (de manera diligent) una persona o departament imparcial, que poden ser els mateixos que els competents per rebre la informació; han de mantenir comunicació amb l'informant i, si escau, li han de sol·licitar informació addicional i li han de donar resposta

17 En el mateix sentit l'art. 10.

— S'ha de donar resposta en un termini raonable, que no ha de ser superior a tres mesos

— S'ha de donar informació clara i accessible fàcilment sobre els procediments d'informació externa davant de les autoritats competents i, si escau, davant de les institucions, òrgans o organismes de la Unió.

— Aquests canals han de permetre informar:

- per escrit **o** verbalment
- **o** d'ambdues maneres.

  La informació verbal ha de ser possible per via telefònica o mitjançant altres sistemes de missatgeria de veu i també, amb la prèvia sol·licitud de l'informant, per mitjà d'una reunió presencial dins d'un termini raonable.

5.2. Canals d'informació externa (i de seguiment) / Procediments d'informació externa i seguiment

Qui els gestiona?

Autoritats designades pels estats membres[18] (autoritats competents). Els estats membres han de dotar aquestes autoritats de recursos adequats.

Es pot denunciar directament davant de les autoritats esmentades?

En principi s'haurà d'haver comunicat en primer lloc mitjançant els canals d'informació interna, tot i que es pot comunicar la infracció directament mitjançant canals d'informació externa (art. 10 i 7.2).

Quines són les característiques essencials del procediment d'informació externa i de seguiment (art. 11 i 12)?

— Els canals d'informació externa han de ser independents i autònoms.

S'entén que són independents i autònoms si compleixen els criteris següents (art. 12):

- Que es dissenyin, estableixin i gestionin de manera que es garanteixi l'exhaustivitat, integritat i confidencialitat de la informació i s'impedeixi l'accés a personal no autoritzat de l'autoritat competent
- Que permetin l'emmagatzematge durador d'informació, de conformitat amb l'art. 18, perquè es puguin fer noves investigacions

18 Marge per als estats de designar les autoritats corresponents.

— S'ha acusar rebuda de la informació amb rapidesa i en tot cas en un termini de set dies a partir que es rebi la informació, tret que l'informant demani expressament una altra cosa o que l'autoritat consideri raonablement que es compromet la identitat de l'informant

— S'han de seguir les informacions de manera diligent

— S'ha de donar resposta a l'informant en un termini raonable, no superior a tres mesos o sis mesos en casos degudament justificats

— S'ha de comunicar a l'informant el resultat final de qualsevol investigació derivada de la informació, d'acord amb els procediments previstos en el Dret nacional[19]

— S'ha de transmetre en temps oportú la informació continguda en la informació a les institucions, òrgans o organismes competents de la Unió, segons correspongui, perquè continuï la investigació, quan així ho prevegi el Dret de la Unió o nacional.

— Han de permetre informar per escrit **i** verbalment.

  La informació verbal ha de ser possible per via telefònica o mitjançant altres sistemes de missatgeria de veu, i també, amb la prèvia sol·licitud del informant, per mitjà d'una reunió presencial dins d'un termini raonable.

— Els estats membres han de vetllar perquè les autoritats competents designin els membres del personal responsables de tractar informacions i en particular d'informar qualsevol persona interessada sobre els procediments d'informació, rebre i seguir informacions, mantenir el contacte amb l'informant per donar-li resposta i sol·licitar-li informació addicional als efectes de tractar les informacions. Aquests membres del personal han de rebre formació específica per tractar les informacions.

Les autoritats competents han de publicar proactivament informació sobre rebuda i seguiment d'informacions? (art. 13)

Els estats membres han de vetllar perquè les autoritats competents publiquin, en una secció separada, fàcilment identificable i accessible dels seus llocs webs, com a mínim la informació següent:

— Les condicions per poder-se acollir a la protecció en virtut de la Directiva

— Dades de contacte per als canals d'informació externa (adreces electrònica i postal, números de telèfon) i indicar si es graven les converses telefòniques

— Procediments aplicables a la informació d'infraccions

19 En principi no previst en relació amb els canals de informació interna.

— Règim de confidencialitat aplicable i informació sobre el tractament de les dades de caràcter personal

— Naturalesa del seguiment que s'hagi de donar a les informacions

— Vies de recurs, procediments per a la protecció front represàlies i disponibilitat d'assessorament confidencial per a les persones que vulguin denunciar

— Una declaració en què s'expliquin clarament les condicions en què les persones que informin davant d'aquestes autoritats estan protegides d'incórrer en responsabilitat per una infracció de confidencialitat d'acord amb l'art. 21.2 (que fa referència a alguna excepció).

— Dades de contacte del centre d'informació o de l'autoritat administrativa única independent prevista a l'art. 20.3, si escau.

S'ha de tramitar qualsevol informació o se'n poden rebutjar algunes? (Art. 11.3 i 11.4) Hi ha informacions que s'han de tramitar prioritàriament? (art. 11.4)

Quant a la primera qüestió, fem referència en aquest punt als dos supòsits expressament previstos per la Directiva:

— Els estats membres **poden** disposar[20] que, un cop examinat degudament l'assumpte, aquestes autoritats decideixin que la infracció de la qual s'ha informat és manifestament menor i no requereix més seguiment d'acord amb la Directiva que l'arxiu del procediment.

  Això no afecta altres obligacions o procediments aplicables per tractar la infracció de la qual s'ha informat ni la protecció prevista per la Directiva en relació amb la informació interna o externa. Les autoritats competents han de notificar la seva decisió a la persona informant i també la motivació de la decisió.

— Els estats membres també **poden** disposar[21] que les autoritats competents puguin arxivar el procediment pel que fa a informacions reiterades en els termes de l'art. 11.4 de la Directiva. Les autoritats competents han de notificar a l'informant la seva decisió i la motivació de la decisió.

Quant a la tramitació prioritària, l'art. 11.5 de la Directiva estableix que els estats membres poden disposar[22] que si hi ha un nombre elevat d'informacions, les autoritats competents puguin seguir prioritàriament les d'infraccions greus o d'infraccions de disposicions essencials que entrin dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva.

20 Marge per als estats

21 Marge per als estats.

22 Marge per als estats.

Aquestes autoritats han de revisar periòdicament els seus procediments? (art. 14)

Els estats membres han de vetllar perquè les autoritats competents revisin periòdicament els seus procediments de rebuda i seguiment de informacions, com a mínim un cop cada tres anys. En la revisió han de tenir en compte la seva experiència i la d'altres autoritats competents i han d'adaptar els seus procediments en conseqüència.

6. Revelació pública (art. 15)[23]

Recordem en primer lloc que l'art. 5.6) de la Directiva defineix què s'entén per "revelació pública" o "revelar públicament": posar a disposició del **públic** informació sobre infraccions. Estem parlant, doncs, de **fer pública aquesta informació**.

Com s'ha comentat amb anterioritat, la Directiva no arriba a imposar la preferència de canals, però sí que estableix que els estats membres han de promoure la comunicació mitjançant canals d'informació interna, canals que es venen a configurar, doncs, com a preferents. La pregunta a què responen les previsions de l'art. 15 de la Directiva és **quan es pot acollir a protecció de la Directiva la persona que fa una revelació pública?**

Perquè la persona es pugui acollir a la protecció s'ha de complir **alguna** de les condicions següents:

— La persona ha informat per canals interns i externs, o directament per canals externs (segons la Directiva) i no s'han pres mesures apropiades en el termini corresponent

— La persona té motius raonables per pensar que:

- La infracció pot constituir un perill imminent o manifest per a l'interès públic (exemples: situació d'emergència o risc de danys irreversibles) **o**
- En cas d'informació externa, hi ha risc de represàlies o poques probabilitats que es doni un tractament efectiu a la infracció ateses les circumstàncies particulars del cas, com que es puguin ocultar o destruir proves o que una autoritat estigui en connivència amb l'autor de la infracció o implicada en la infracció.

23 No s'aplica l'article als casos que la persona reveli informació directament a la premsa d'acord amb disposicions nacionals específiques que estableixin un sistema de protecció relatiu a la llibertat d'expressió i d'informació.

7. Mesures de protecció (art. 19 i seg.)

En el capítol que regula les mesures de protecció es regulen:

— La prohibició de represàlies (art. 19)

— Les mesures de recolzament (art. 20)

— Les mesures de protecció front a represàlies (art. 21)

— Les mesures per a la protecció de les persones **afectades** (art. 22)

— Les sancions (art. 23)

Finalment (art. 24) es determina que els estats membres han de vetllar perquè no es puguin limitar els drets i vies de recurs previstos per la Directiva, ni s'hi pugui renunciar, per mitjà de cap acord, política, forma d'ocupació o condicions de treball, inclosa qualsevol clàusula de sotmetiment a arbitratge.

7.1. Prohibició de represàlies:

Els estats membres han d'adoptar les mesures necessàries per prohibir qualsevol represàlia contra les persones a què es refereix l'art. 4, incloses les amenaces i temptatives de represàlies.

L'art. 19 de la Directiva dona alguns exemples del que podria ser una represàlia prohibida: suspensió, acomiadament, destitució o mesures equivalents; degradació o denegació d'ascensos; canvi de lloc de treball, canvi d'ubicació del lloc de treball, reducció salarial o canvi de l'horari de treball; denegació de formació...

7.2. Mesures de recolzament:

Els estats membres han de vetllar perquè les persones a què es refereix l'article 4 tinguin accés a mesures de recolzament, **segons correspongui**.

L'art. 20 de la Directiva dona alguns exemples del que podrien ser aquestes mesures en establir que en particular aquestes mesures són les següents[24]: informació i assessorament complets i independents, accessibles i gratuïts, sobre els procediments i recursos disponibles, protecció front a represàlies i drets de la persona afectada; assistència efectiva per part de les autoritats competents davant qualsevol autoritat pertinent implicada en la seva protecció front a represàlies, **inclosa, quan així ho estableixi el Dret nacional, la certificació que es poden acollir a protecció a l'empara de la Directiva**; i assistència jurídica en processos i assessorament jurídic o qualsevol altre tipus d'assistència jurídica.

24 Sembla que les de l'art. 20 haurien d'estar previstes en el dret intern.

Es preveu també que els estats membres **podran prestar**[25] assistència financera i mesures de recolzament als informants, inclòs recolzament psicològic, en el marc d'un procés judicial.

Finalment, es preveu que les mesures de recolzament previstes per aquest article, les ha de prestar, segons correspongui **un centre d'informació o una autoritat administrativa única i independent clarament identificada**[26].

7.3. Mesures de protecció front a represàlies:

Els estats membres han d'adoptar les mesures necessàries per garantir que les persones a què es refereix l'article 4 estiguin protegides front a represàlies. Determina que s'hi han d'incloure les mesures dels apartats 2 a 8 de l'art. 21:

— "Exempcions" de responsabilitats en determinats casos[27]

— Inversió de la càrrega de la prova en casos de represàlies a les persones informants: la persona que hagi pres la mesura perjudicial té la càrrega de provar que la mesura es va basar en motius degudament justificats

— Accés a mesures correctores front a represàlies, segons correspongui, incloses mesures provisionals a l'espera de la resolució del procés judicial

— Els estats membres han d'adoptar les mesures necessàries per garantir que es proporcionin vies de recurs i indemnització íntegra dels danys i perjudicis patits per les persones a què es refereix l'art. 4 de conformitat amb el Dret nacional.

7.4. Mesures per a la protecció de les persones afectades:

Recordarem en aquest punt que l'art. 5 10) de la Directiva determina que és **persona afectada:** … una persona física o jurídica a la qual es faci referència en la informació o revelació pública com la persona a què s'atribueix la infracció o amb la qual s'associa la infracció.

L'art. 22 de la Directiva estableix mesures per protegir les persones afectades:

25 Marge per als estats.

26 Marge per als estats de determinar quin hagi de ser l'organisme que se n'ocupi.

27 En tot cas es fa específica referencia a la comissió de delicte per part de la persona informant en els termes següents:

"Los denunciantes no incurrirán en responsabilidad respecto de la adquisición o el acceso a la información que es comunicada o revelada públicamente, siempre que dicha adquisición o acceso no constituya de por sí un delito. En el caso de que la adquisición o el acceso constituya de por sí un delito, la responsabilidad penal seguirá rigiéndose por el Derecho nacional aplicable."

— Els estats membres han de vetllar perquè les **persones afectades** gaudeixin plenament dels drets següents:

  - Tutela judicial efectiva
  - Jutge imparcial
  - Presumpció d'innocència
  - Dret de defensa inclòs el dret de ser escoltades i d'accedir al seu expedient

— Les autoritats competents han de vetllar, d'acord amb el Dret nacional, perquè la identitat de les **persones afectades** estigui protegida mentre estigui en curs qualsevol investigació desencadenada per la informació o la revelació pública.

— Les normes dels art. 12, 17 i 18 sobre protecció de la identitat dels informants s'apliquen també a la protecció de la identitat de les persones afectades.

7.5. Sancions:

L'art. 23 determina que els estats membres **han d'establir sancions efectives**[28], proporcionades i dissuasives aplicables a les persones físiques o jurídiques que:

— Impedeixin o intenti impedir les informacions

— Adoptin mesures de represàlia contra les persones a què es refereix l'art. 4

— Promoguin procediments abusius contra aquestes persones

— Incompleixin el deure de confidencialitat de la identitat dels informants

D'altra banda, **també** han d'establir sancions efectives, proporcionades i dissuasives per als **informants** quan es determini que van comunicar o revelar públicament informació falsa dolosament ("a sabiendas").

També han d'establir mesures per indemnitzar els danys i perjudicis derivats d'aquestes informacions o revelacions públiques falses de conformitat amb el dret nacional.

[28] Evidentment, caldrà tipificar les infraccions corresponents en una norma de rang legal i establir-hi les sancions corresponents.

LA CONSOLIDACIÓN DEL GRADO PERSONAL DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS EN LA ESFERA LOCAL

Luis Miguel Arroyo Yanes
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide.

1. Introducción.

Cualquier estudio que queramos hacer hoy con un mínimo de profundidad sobre la problemática jurídico-administrativa que presentan los denominados funcionarios interinos obliga a trazar la evolución histórica de esta figura jurídica, sin la que no cabe establecer el funcionamiento del sistema de empleo público en su completa diversidad ([1]).

En efecto; el funcionariado interino constituye uno de los colectivos que ha alcanzado un mayor peso relativo dentro del conjunto, a partir de la constitución del llamado Estado de las Autonomías, hasta el punto de encontrarse presente en todas las instancias administrativas y haber marcado el ciclo vital de muchas de ellas durante amplios periodos de tiempo ([2]). También las Administraciones locales se han visto obligadas a nombrar funcionarios interinos para poder prestar adecuadamente los servicios y prestaciones públicas que tienen asignadas, y si bien en este caso su número ha sido ciertamente menor que en el de las Administraciones autonómicas, debido fundamentalmente a la opción decidida por la laboralización de su empleo dependiente, no por ello ha dejado de presentar problemática jurídica de relieve desde el punto de vista cualitativo a lo largo del tiempo. No obstante, debemos tener en cuenta que, sustantivamente hablando, todos los interinos, en tanto que funcionarios de empleo que son,

---

[1] Ya encontramos un régimen jurídico esquemático, pero muy propio de la época, para esta clase de empleado público en el Reglamento de funcionarios de la Administración local aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1952: "Artículo 29.1. El nombramiento de funcionarios interinos será atribución del órgano competente para conferir el nombramiento en propiedad, y sólo podrá efectuarse para plaza vacante que figure en la plantilla aprobada. 2. En el mismo nombramiento se hará constar que se expide por el plazo máximo improrrogable de seis meses, y que, transcurrido ese tiempo dejará de acreditarse al nombrado toda remuneración; Artículo 30.1. Cuando el nombramiento interino lo otorgue la Corporación, en la misma sesión se acordará convocar la vacante para proveerla en propiedad, y el Presidente ordenará la publicación del anuncio reglamentario bajo su responsabilidad dentro de los treinta días siguientes. 2. Si el nombramiento correspondiese al propio Presidente, dará cuenta a la Corporación en la primera sesión y cumplirá asimismo lo prevenido en el párrafo anterior; Artículo 31.1. En las nóminas de haberes del personal interino se hará constar la fecha del nombramiento, y el funcionario que tenga a su cargo la formalización de aquéllos estará obligado a dar de baja en las mismas a quienes cumplan el plazo de seis meses, y si no lo verificase, el interventor deberá oponerse al pago. 2. Dichos funcionarios quedarán exonerados de responsabilidad si su superior jerárquico les ordenare por escrito la continuación en el pago de haberes al interino que deba cesar, pero tal orden se considerará como nombramiento ilegal a todos los efectos, y no alterará la situación jurídica de la plaza o cargo". Este régimen no admite comparación alguna con el que rige actualmente para estos empleados, mucho más ambicioso y de mayor complejidad técnica, y prácticamente equiparable -salvo en algunos aspectos sobresalientes- al de los funcionarios de carrera. Una visión de ese régimen más avanzado, pero ya alejado de la situación actual que se recoge en las leyes de desarrollo del EBEP, mucho más asimilado al de la función pública de carrera, puede verse en nuestro trabajo *El funcionario interino*. Madrid, Tecnos, 1996.

[2] Baste reseñar aquí las cifras que constan para el periodo postconstitucional en el Registro Central de Personal, y su presencia enorme en las Administraciones autonómicas en sus primeras décadas de funcionamiento. Históricamente, su aparición ha sido también notable en la esfera local.

presentan unas notas jurídicas características comunes que sólo se particularizan -lo que tendrá su relevancia en el examen que vamos a efectuar a continuación- en las serias dificultades de trazar carreras en la Administración local. Ello se debe a la inexistencia de puestos de trabajo suficientes para articular un sistema de niveles y grados personales consolidables, por lo menos hasta la llegada de la denominada *carrera horizontal* en el EBEP de 2007 y el modo en el que ha venido a quedar regulada esta modalidad de carrera profesional en sus leyes de desarrollo ([3]).

Hasta llegar a la etapa en la que nos encontramos ahora, en la que, al contar ya con algunos apoyos jurisprudenciales de cierta relevancia, podemos plantear la formulación de una carrera administrativa para la función pública interina de larga duración, ésta ha sufrido una evolución muy marcada y orientada continuamente a lograr una plenitud de su tratamiento, buscando siempre su igualación con el régimen jurídico reconocido a los funcionarios profesionales de carrera. Esta línea de evolución es fácilmente detectable y trazable desde un punto de vista normativo, pues han sido las disposiciones estatutarias, legales y reglamentarias las que han ido avanzando en una idea fuerza que quedó plasmada en el Texto Articulado de la LFCE de 1964 (antes de este texto, en RFAL de 1952), que podía incluso contener, si la examinamos retrospectivamente, algo parecido a un programa de consecuciones progresivas de cara a la cuasi asimilación de su régimen jurídico aplicable al de los funcionarios de carrera.

En concreto, su artículo 105 vino a determinar que "a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas" ([4]). Esta perspectiva analógica de asimilación de la función pública interina al "régimen general de los funcionarios de carrera" se iría desposeyendo de cortapisas a partir de la profunda reforma de 1984, pues la Ley de Medidas, que hizo las veces de texto estatutario hasta 2007, puso las bases para ir superando las excepciones que venían estando previstas en todo tipo de disposiciones, muchas de ellas dudosamente vigentes, que contemplaban un trato diferenciado de los interinos frente a los funcionarios de carrera ([5]).

Este planteamiento ha llegado hasta el momento presente, quedando residenciado, por obra de las Directivas y de la jurisprudencia del TJCE, en el contexto de la lucha contra las discriminaciones que sufren las relaciones de empleo temporales y la prevención y sanción de los abusos en la concatenación de empleos temporales en las Administraciones públicas. Uno de los episodios más significativos de esa lucha es el que afecta a la asignación y consolidación de los grados personales por parte del personal interino, que nos coloca ante un horizonte absolutamente impensable hace sólo unas décadas: la de que sean posibles carreras

---

[3] Remitimos al examen de las distintas leyes que han ordenado esta modalidad de carrera profesional como la ley asturiana 5/2009, de 29 de diciembre, o las leyes que han desarrollado las previsiones generales del EBEP, de la que damos cuenta en la nota 10.

[4] Y su artículo 104, por su parte, vino a estipular: "1. Para nombrar funcionarios interinos será condición inexcusable que no sea posible, con la urgencia exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, debiendo justificarse estos extremos ante la Comisión Superior de Personal. El nombramiento deberá recaer en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo a que pertenezca el puesto de trabajo. 2. El nombramiento de funcionarios interinos deberá ser revocado en todo caso cuando la plaza que desempeñen sea provista por procedimiento legal.3. Estos funcionarios percibirán el sueldo correspondiente al Cuerpo a que pertenezca la vacante".

[5] Como puede ser el caso de las retribuciones, las situaciones administrativas, la valoración de la experiencia adquirida a efectos de selección, etc.

profesionales de este colectivo en pie de igualdad con las que pueden desarrollar los funcionarios públicos permanentes ([6]).

En este sentido, y tomando la materia que va a ser tratada a lo largo de estas páginas como ejemplo, puede afirmarse que "el Derecho europeo habría alterado la lógica de la cláusula en cuestión", que en la versión del art. 10.5 del EBEP quedaría redactada como "a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera", hasta el punto de invertir este arcano y establecer una presunción de aplicabilidad del régimen de los funcionarios de carrera a los funcionarios interinos, con lo que ello puede tener de revolucionario si se llega a extender a todos los aspectos que derivan de su tratamiento legal ([7]).

2. El encuadramiento en niveles de los puestos de trabajo, la asignación de grados personales a los funcionarios de carrera: régimen jurídico y problemática práctica.

No podemos abordar la problemática que presenta la consolidación de los grados personales de los funcionarios interinos, y su inserción en una potencial carrera profesional que pudiera reconocérseles, sin haber analizado previamente cómo los mismos se articulan actualmente en el seno de la carrera administrativa de los funcionarios públicos en general. En consecuencia, se impone un recordatorio -teniendo como eje vertebrador de nuestra exposición el sistema de grados- de todo el tratamiento que recibe esa carrera profesional en el ordenamiento aplicable. A fin de conferirle una mayor claridad a nuestra exposición, dejamos para un último momento el análisis de cómo se produce la asignación y consolidación de los grados personales a los funcionarios de carrera en el ordenamiento vigente ([8]).

2.1. La articulación de la carrera profesional de los funcionarios públicos de carrera.

Habría que comenzar destacando cómo, a partir de la reforma efectuada por el EBEP de 2007, la carrera profesional de los funcionarios públicos va a aparecer como conjunto ordenado de oportunidades, y ello por cuanto que este texto legal va a hablar de ella (lo que no es casual) como "conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad"; y esa serie de oportunidades de las que habla el legislador básico -y esto resulta del máximo interés- constituye un conjunto "ordenado", esto es, recae sobre la propia organización empleadora el seriar y ofrecer a sus propios funcionarios ese conjunto de oportunidades de ascenso y expectativas de las que nos habla el artículo 16.2, ahora del TREBEP de 2015. A la vista de este planteamiento estatutario, se impone una ordenación, un orden, que deberá ser establecido por la propia Administración empleadora y que habrá de brindar al funcionario, desde que se incorpora a su primer trabajo, unos itinerarios, unas vías, que sirvan para hacer realidad unos derechos legítimos que no son meras oportunidades y expectativas teóricas de ascensos y progresos profesionales, sino algo más profundo y de mayor consistencia material. Ese algo que ancla ahora la propia existencia

---

[6] Para el examen de las cuestiones jurídicas que se plantean en este nuevo contexto, de una complejidad técnica inusual, resulta fundamental la consulta y aprovechamiento del excelente trabajo que ha efectuado el profesor J.A. FUENTETAJA PASTOR sobre toda esa problemática en su obra *Función pública y Derecho europeo* (Madrid, Civitas, 2018), del que nos serviremos a lo largo de estas páginas.

[7] Ibid.

[8] Evidentemente, nos referimos a las reglas aplicables en aquellas Administraciones que todavía no cuentan con leyes de desarrollo del EBEP, a las que puedan quedar sometidas, si bien conviene recordar aquí que tampoco esas leyes se han apartado excesivamente del esquema heredado.

de la función pública de carrera es el desarrollo profesional del funcionario, contemplándose un régimen de carrera debidamente articulado como el cauce adecuado para canalizar dentro del mismo todo el potencial profesional -y su concreción real- que presenta el propio empleado público desde que recibe su primer nombramiento como funcionario permanente ([9]).

Esta idea de desarrollo profesional del empleado público sometido a régimen funcionarial es, a nuestro juicio, la clave para comprender no sólo el régimen de carrera profesional de los funcionarios públicos permanentes, sino igualmente, y a partir de la nueva etapa en la que nos encontramos ahora, de los funcionarios públicos interinos de larga duración. Y todo ello por cuanto que el personal interino también se desarrolla profesionalmente, y con más razón cuando su relación es de larga duración.

2.2. Las modalidades de carrera profesional de los funcionarios públicos.

El segundo paso en ese breve recordatorio que estamos efectuando es hablar de las modalidades de carrera profesional que ofrece el legislador básico a los legisladores de desarrollo.

A la hora de modalizar el régimen de la carrera de los funcionarios públicos, el legislador básico ha conferido una apertura máxima pues, aparte de las cuatro modalidades previstas inicialmente como esquema cerrado, caben "otras" (que ni son nominadas, ni diseñadas mínimamente), quedando las cuatro previstas -carrera horizontal, carrera vertical, promoción interna vertical y promoción interna horizontal- como meros ejemplos posibles en un marco de amplísima libertad reconocida a los legisladores de desarrollo ([10]).

Sin entrar en el examen de las modalidades innominadas, podemos reseñar brevemente esas cuatro modalidades de carrera previstas por el legislador básico para su desarrollo por los legisladores ordinarios, prestando una mayor atención a la primera por el peso que tienen en ella los grados personales.

a) La llamada *carrera profesional horizontal*, que podemos denominar, por oposición a la vertical, como carrera objetiva, constituye la gran innovación del EBEP en esta materia y, cabe añadir, parece pensada para su aplicación en la Administración local, en muchas de cuyas organizaciones las llamadas carreras verticales son difíciles de encauzar por falta de puestos suficientes, de manera que muchos funcionarios ven frustradas sus legítimas expectativas de mejora.

---

[9] Como se subrayará con acierto, estamos ante "el cauce principal de desarrollo profesional y se configura como un auténtico itinerario para la adquisición de nuevas competencias y la mejora de las ya adquiridas (...). El desarrollo profesional se orienta principalmente hacia la calidad de la prestación del servicio y se concreta en un sistema que valora, especialmente, la consecución de resultados; rendimiento, desarrollo y reconocimiento profesional constituyen el triángulo básico del sistema". Vid. M. GORRITI BOTIGUI-F. TOÑA GÜENAGA: "El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos en la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco". *Revista Presupuesto y Gasto Público*, 41 (4), 2005, pp. 244-270, esp. p. 265.

[10] Las cuatro leyes de desarrollo existentes del EBEP, cuyos preceptos se encuentran recogidos ahora en 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 (BOE 261, de 31 de octubre de 2015), son las de las Comunidades Autónomas de Valencia (2010), Castilla-León (2011), Extremadura y Galicia (2015). Vid. Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (BOE 190, de 6 de agosto de 2010) ; Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (BOE 104, de 2 de mayo de 2011); Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (BOE 108, de 6 de mayo de 2015), y Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia (BOE 123, de 23 de mayo de 2015). A ellas cabe sumar el Proyecto de ley de empleo público del País Vasco (con distintas entradas en el parlamento vasco y todavía en discusión); y los borradores de anteproyectos, todos ellos disponibles en la red internet, de Canarias (versión 01-03-2010) y Aragón (versión 29 de marzo de 2011).

Es definida como una modalidad de carrera que consiste en la progresión dentro de un sistema de categorías personales, o de elementos que hagan sus veces (grados, escalones u otros conceptos análogos), sin necesidad, por tanto, de que el funcionario cambie al propio tiempo de puesto de trabajo. Comporta, pues, que con carácter previo se le haya asignado una categoría personal a cada uno de los que se encuentren en el ámbito en el que se implante, esto es, una posición dentro de una escala numerada o nominada en la que cada uno de los niveles reconocido guarda conexión con los demás conforme al principio de progresión (de menos a más).

Sin embargo, constituiría una gran simplificación ignorar que de lo que se trata esencialmente es de que el funcionario profundice en el desempeño del mismo puesto de trabajo, con los correspondientes reconocimientos formales de categoría e incremento retributivo. Como se ha expuesto, esta modalidad de carrera "busca incentivar el conocimiento experto de los trabajadores/as, estableciendo un sistema que fomente la continuidad de las personas con buen desempeño en un puesto de trabajo, minimizando el riesgo de que dicho conocimiento experto se pierda por cambios de puesto, provocado, normalmente, por la ausencia de alternativas distintas de la promoción jerárquica. El modelo de carrera horizontal busca la capitalización de los conocimientos adquiridos mediante el trabajo diario" (M. Gorriti Botigui). La propia Comisión de Expertos, en su Informe de 2005, era de un parecer similar cuando declaraba que "debe entenderse por promoción horizontal, en el sentido aquí expuesto, el reconocimiento por parte de la organización del desarrollo profesional de sus empleados, cuando aquélla no implique el acceso a un puesto de trabajo, distinto del que venía ocupando" y, concretando esta idea de partida, que "la promoción horizontal debe de estar vinculada en estos casos al desarrollo de competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en el rendimiento del empleado y acreditado en la forma específicamente prevista para ello".

Subrayando el enorme potencial que presenta esta modalidad de carrera, el prof. J.A. Fuentetaja Pastor, al estudiar su inserción en la esfera local, destaca la posibilidad de explorar la dimensión objetiva y la organizativa de la misma frente a sus dimensiones subjetiva y retributiva, dimensión aquella menos evidente pero que "puede abrir a la Administración numerosas posibilidades de gestión y organización. Por ejemplo, utilizar o destinar o encomendar tareas o funciones en razón de la mayor progresión en la carrera horizontal, erigiendo ésta no sólo como un derecho a aquéllas sino incluso como un requisito para su desempeño o para su provisión. Mayor trascendencia tendría la decisión de vincular el ascenso en la carrera horizontal a una suerte de 'ascenso' en las funciones del puesto que se ocupa, modificando el contenido del propio puesto, lo que constituiría una especie de vinculación de la carrera horizontal subjetiva a la carrera vertical objetiva" ([11]).

b) Por su interés para el tema objeto de este trabajo se impone recordar también cómo opera la denominada *carrera profesional vertical* u objetiva.

Definida como "ascenso en la estructura de puestos de trabajo", la carrera vertical así descrita por el legislador básico constituye en gran medida una continuación, aunque matizada, de las previsiones de la Ley de Medidas de 1984-1988, eso sí, desprovista ahora del instrumento constituido por los grados personales garantizables (que eran la sustancia de la mixtificación de modelos en la que se incurría), aunque se mantengan los niveles en los que habrán de

[11] Vid. "Función pública local", en J.A. FUENTETAJA PASTOR-C. FERNANDEZ RODRÍGUEZ (codir.): Manual de Derecho local. Madrid, Iustel, 2010, pp.339-401, esp. p.396.

ordenarse o estructurarse los puestos de trabajo existentes, ya purificados de ese aditamento que puede resultar innecesario en las nuevas circunstancias.

Dicha estructura de puestos de trabajo comporta la existencia de una ordenación de los mismos, principalmente en razón del grado de complejidad de sus funciones y de la dificultad que tiene la prestación de las mismas. La fórmula más extendida es, lógicamente, asignar un nivel de mayor a menor dentro de un sistema único, en atención a una serie de parámetros evaluadores de los propios puestos de trabajo. Sobre esa base, la carrera consistiría, precisamente, en la progresión de unos puestos de trabajo a otros, incrementándose la complejidad funcional, el nivel asignado y la retribución reconocida conforme se asciende dentro de la escala de puestos. Puede optarse también por una variable de ese sistema, de acuerdo con el cual existan varias estructuras de puestos de trabajo interrelacionados entre sí, manteniendo la asignación concreta a cada uno de ellos; pero su filosofía es la misma.

De mantenerse el enfoque que ya conocemos sobre el régimen de la provisión de puestos de trabajo, a pesar de la flexibilización que se ha producido en el capítulo III del Título V, la carrera vertical se organizará principalmente a través de los procedimientos de concurso y libre designación, siendo las convocatorias de cobertura de los puestos las que condicionen toda la carrera del funcionario dentro de la agrupación de funcionario a la que pertenezca, y en tanto no cambie de agrupación (Cuerpo o Escala u otra diferente), tal y como ha venido sucediendo hasta ahora.

Mas, con independencia de este cambio, se impone recordar que existe en la nueva legislación básica una opción clara por un enfoque renovado de la carrera profesional vertical que ya no es meramente la de la progresión sucesiva hacia puestos de mayor nivel, "lo cual es una concepción limitada para una gestión de los recursos humanos como la que se concibe en el nuevo modelo (adecuación, gestión de la diferencia), y para un entorno en permanente cambio y que requiere la adaptación y el aprendizaje continuo. El nuevo modelo no concibe la carrera, exclusiva o principalmente, como la adquisición de mayor nivel en la estructura, sino como el binomio resultante de compaginar los intereses de eficacia de la Administración con el mejor rendimiento y desarrollo de las capacidades de sus trabajadores y la satisfacción laboral de ellos, resultado de poder ejercer dicha posibilidad" (M. Gorriti Bontigui). Es aquí donde nos encontraríamos de nuevo en presencia de la idea de desarrollo profesional, que en el EBEP es consustancial a la de carrera profesional y que son inescindibles en el nuevo marco jurídico propuesto por él (a expensas, lógicamente de la lectura que de ella hagan los legisladores de desarrollo).

c) Mucho menor interés tienen para el análisis que estamos efectuando las otras dos modalidades de carrera que se nominan en el TREBEP, la *promoción interna vertical* y la *promoción interna horizontal*, en cuyo examen no vamos a detenernos, dado el escaso influjo que pueden tener, al menos de momento, en el caso de la función pública interina ([12]). Sí podría tener más utilidad alguna de las formulaciones que pudieran efectuarse al margen de las cuatro modalidades de carrera conocidas, como pudiera ser el caso de las llamadas *carreras cruzadas*, o también la opción de simultanear las modalidades de carrera en determinados ámbitos; y es que, en aras de potenciar al máximo la carrera individual del funcionario público, el apartado cuarto del artículo 16 del EBEP contempla la posibilidad de que cuando la Administración empleadora haya implantado en un mismo ámbito funcional tanto la carrera

[12] Salvo, claro está, que el sistema se escorara enormemente y viniera a entenderse que también resulta contrario a la igualdad que los funcionarios interinos estuvieran privados de estas vertientes de la carrera profesional, lo cual en este momento nos parece muy improbable.

horizontal como la vertical, se pueda progresar simultáneamente en ambas modalidades de carrera ([13]).

2.3. El sistema de grados personales y su problemática jurídica.

Una de las novedades más relevantes que presentó la Ley de Medidas de 1984 fue la incorporación a nuestro ordenamiento de un sistema de grados mediante el que personalizar la posición de cada funcionario público de carrera dentro de la estructura burocrática, cumpliendo en cierta medida -aunque no fuera, ni propia ni técnicamente, una categoría personal- algunas de las funciones que tradicionalmente se venían atribuyendo a las categorías personales en nuestro ordenamiento ([14]). En el marco de ese texto estatutario, el grado personal cumplirá exclusivamente una función de criterio estructurador de la carrera profesional del funcionario en el intervalo que se le asignaba al Cuerpo o Escala en el que el mismo se encontraba incardinado, o lo que es lo mismo, en lo que hoy denominaríamos carrera vertical, en la terminología empleada por el EBEP y por las leyes de desarrollo.

A pesar de su importancia para el conjunto del sistema, el grado personal no aparecía definido en la legislación en la que se formuló, con lo cual su noción debía ser inferida de su regulación jurídica. A la vista de aquella normativa, que todavía se encuentra en vigor (por el juego de las disposiciones transitorias del TREBEP y dependiente de las leyes de desarrollo que pudieran promulgarse), sabemos únicamente que todo funcionario, por el hecho de serlo y ocupar un puesto de trabajo, posee un grado. Se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de trabajo de un determinado nivel, y da lugar al nacimiento de una serie de garantías que el funcionario podrá oponer a la Administración, exigiendo su cumplimiento. A partir de esta idea de garantía, podrá definirse como un título jurídico, adquirido o adquirible por el funcionario, y conforme a él, en la formulación originaria de la Ley de Medidas de 1984, éste podrá exigir de la Administración una correspondencia entre el mismo y el puesto de trabajo que se le asigne. Esta definición no es, posiblemente, todo lo rigurosa que debiera, pero permite comprender cuál es la fundamentación última de esta figura en su formulación originaria, algo que, por otra parte, enlaza a la perfección con sus orígenes históricos: el grado es poseído por el funcionario público (la LM recalca esta idea al adjetivarlo como "personal"), mientras que el empleo, el puesto de trabajo, se encuentra a disposición, a la discreción de la autoridad administrativa

---

[13] Se trata de una posibilidad que, por encima de las dificultades técnicas que plantea su implementación, especialmente desde el punto de vista retributivo, debería tener operatividad en la esfera local, pues su problemática orgánica y personal puede hacer razonable y de gran utilidad su materialización en esos niveles administrativos.

[14] Con anterioridad a esa disposición, mediante Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, de retribuciones en los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado, se incluyó dentro de las retribuciones básicas -integradas entonces por el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias- un componente retributivo denominado *grado de la carrera administrativa*, que, sin embargo, quedó desactivado por las sucesivas leyes presupuestarias que se fueron dando anualmente. Su régimen intentaba ser completo pues, según se especificaba en su artículo 2.2, "a) El grado de la carrera administrativa que permitirá al funcionario, dentro de cada Cuerpo, Escala o Plaza, la promoción, de forma sucesiva, a grados superiores del que, según el apartado siguiente, se le asigne a la entrada en los mismos y que constituirá su grado inicial. b) El grado inicial se determinará teniendo en cuenta la especial preparación técnica que, en razón de la función ejercida, se exija sobre la propia de cada nivel de titulación para el ingreso en los distintos Cuerpos, Escalas o Plazas. c) La permanencia en cada uno de los grados será por un tiempo de cinco años de servicios efectivos prestados, pasando al cumplir este plazo al grado inmediato superior. d) Podrá exigirse haber alcanzado un determinado grado para el desempeño de los puestos de trabajo en que así se establezca. e) Cada grado supondrá la percepción de una cantidad fija que se determinará en función del nivel de titulación. Sin embargo, durante el primer año de servicios, no se percibirá la cuantía que correspondería al grado inicial de cada Cuerpo, Escala o Plaza". Si bien, en principio esta modalidad de grado, se desconectaba de los puestos de trabajo que pudieran ocuparse, por lo que podía entenderse como una especie de categoría personal, la previsión penúltima posibilitaba su conexión, en ciertos casos, con los puestos de trabajo a ocupar.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley de Reforma de 1988, de la Ley de Medidas de 1984, esta definición perdió por completo su sentido, al dejar de ser el grado un título jurídico con incidencia sobre la organización de los puestos de trabajo. A partir de ese momento, la posesión de un determinado grado pasó a tener una limitada incidencia sobre la materia retributiva (en beneficio del nivel del complemento de destino), y sólo en cierta medida sobre los concursos para la provisión de puestos de trabajo, en los que podía tenerse en cuenta como posible mérito a evaluar el denominado *grado consolidado* del funcionario de carrera.

La configuración legal del grado personal quedó prefigurada en el artículo 21 de la LMRFP de 1984, reformada en 1988, bajo la voz *Promoción profesional* del siguiente modo ([15]):

"1. *El grado personal*:

a) Los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles ([16]).

b) El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas determinarán los intervalos que correspondan a cada Cuerpo o Escala ([17]).

c) Todo funcionario posee un grado personal que corresponderá a alguno de los niveles en que se clasifiquen los puestos de trabajo ([18]).

d) El grado personal se adquiere por el desempeño de uno o más puestos de nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción. Si durante el tiempo en que el funcionario desempeña un puesto se modificase el nivel del mismo, el tiempo de desempeño se computará con el nivel más alto en que dicho puesto hubiera estado clasificado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen, sin que en ningún caso puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado.

e) La adquisición y los cambios de grado se inscribirán en el Registro de Personal previo reconocimiento por el Subsecretario del Departamento respectivo y Órganos análogos de las demás Administraciones Públicas ([19]).

---

[15] El Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, detalla las previsiones de la LMRFP bajo la voz *Carrera profesional*, en concreto, en sus arts. 70 (grado personal), 71 (intervalos de niveles) y 72 (garantía del puesto de trabajo). Desde su entrada en vigor, sólo han sufrido ligeras modificaciones el apartado 6 del artículo 71 (sobre la incidencia de las comisiones de servicios) y el apartado 11 (este de mayor calado, sobre el reconocimiento del grado de funcionarios que perteneciendo a la AGE desempeñaron servicios en otras Administraciones). Vid. Real Decreto 255/2006, de 3 de marzo.

[16] No todos los niveles han sido utilizados. Así, la Administración General del Estado ha desechado los seis primeros; algunas Comunidades autónomas, como, por ejemplo, la de Castilla y León, los nueve primeros, y todo ello sin que se nos ofrezca una explicación mínimamente sostenible de por qué es así. Evidentemente, ello tiene conexión con la vertiente retributiva y con cómo repercute en los niveles asignados a la masa de puestos de trabajo existentes.

[17] Teniendo en cuenta los Subgrupos vinculados a titulaciones previstos por el EBEP, al Subgrupo A1, le corresponde como nivel mínimo el 20 y el máximo el 30; al Subgrupo A2, el 16 y 26; al Subgrupo C1, el 11 y el 22; al C2 los niveles 9 a 18; y las agrupaciones profesionales el 7 y 14. El nuevo Grupo B (técnico Superior) se encuentra todavía pendiente de asignación en la AGE. Podemos confrontar estos niveles con los de alguna Administración de Comunidad autónoma; por ejemplo, la de Castilla y León tiene aprobada las siguientes horquillas: A1 (22-30); A2 (20-26); C1 (15-22); C2 (14-18); agrupaciones profesionales (10-14).

[18] Se está pensando, obviamente, en los funcionarios públicos de carrera, y no en los interinos.

f) El grado personal podrá adquirirse también mediante la superación de cursos específicos u otros requisitos objetivos que se determinen por el Gobierno, o en el ámbito de sus competencias, por el Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, y el Pleno de las Corporaciones Locales. El procedimiento de acceso a los Cursos y la fijación de los otros requisitos objetivos se fundará exclusivamente en criterios de mérito y capacidad y la selección deberá realizarse mediante concurso ([20]).

2. La garantía del nivel del puesto de trabajo.

a) Los funcionarios tendrán derecho, cualquiera que sea el puesto de trabajo que desempeñen, al percibo al menos del complemento de destino de los puestos, del nivel correspondiente a su grado personal ([21]).

b) Los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo, sin obtener otro por los sistemas previstos en el artículo anterior, quedarán a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Gobernador civil u órganos análogos de las demás Administraciones, que les atribuirán el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala ([22]).

c) El tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales será computado, a efectos de consolidación del grado personal, como prestado en el último puesto desempeñado en la situación de servicio activo o en el que posteriormente se hubiera obtenido por concurso".

Dicha regulación se vio complementada para los funcionarios pertenecientes a la esfera local por el todavía vigente Real Decreto 158/1996, de 2 de febrero, en cuyo artículo 3, al regular el complemento de destino, se estipulaba lo siguiente:

"1. Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado ([23]).

2. Dentro de los límites máximos y mínimos señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto ([24]).

---

[19] La funcionalidad de esta recepción registral se encuentra en la posibilidad de obtener certificados y poder alegar las adquisiciones de grado frente a la Administración empleadora o cualquier otra a la que se pudiera trasladar el funcionario.
[20] Esta posibilidad ha quedado prácticamente inédita desde que fue planteada normativamente.
[21] Se sobreentiende, cabe apuntar, que la norma está refiriéndose a grado consolidado.
[22] Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, quienes cesen por alteración del contenido o supresión de sus puestos en las relaciones de puestos de trabajo continuarán percibiendo, en tanto se les atribuye otro puesto, y durante un plazo máximo de tres meses, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto suprimido o cuyo contenido haya sido alterado.
[23] Criterio este que vemos recogido en la normativa local también para otros aspectos de la vida laboral de los funcionarios, como el que ordena el tiempo de trabajo en la esfera local.
[24] Lógicamente, de acuerdo con la aplicación de las técnicas vinculadas a la metodología de la clasificación de los puestos de trabajo.

3. En ningún caso los funcionarios de Administración Local podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo de titulación en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría ([25]).

4. Los complementos de destino asignados por la Corporación deberán figurar en el presupuesto anual de la misma con la cuantía que establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada nivel ([26]).

5. Los funcionarios sólo podrán consolidar grados incluidos en el intervalo correspondiente al grupo en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública, y de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto" ([27]).

A la vista de estos preceptos, son varias las principales cuestiones jurídicas que ha venido planteando el grado personal a lo largo de estos años, algunas de las cuales habrán de proyectarse también en el nuevo contexto generado por el EBEP para los funcionarios públicos:

a) El cómputo del plazo a efectos de consolidación.

Para la legislación, todavía vigente, que lo regula, el grado personal no se adquiere de forma instantánea, por la mera adscripción definitiva del funcionario de carrera a un determinado puesto de trabajo, sino que es necesario que transcurra un determinado plazo de tiempo para que se produzca su consolidación automática. Y, según determina el artículo 70 en su apartado 3 del RGIPPT, los funcionarios consolidarán "necesariamente" como grado inicial el correspondiente al nivel del puesto de trabajo adjudicado tras la superación del proceso selectivo, "salvo que con carácter voluntario pasen a desempeñar un puesto de nivel inferior, en cuyo caso consolidarán el correspondiente a este último" ([28]).

Para llevar a cabo la asignación de grados, la LM y el RGIPPT parten de dos criterios de distinción, según exista o no modificación del nivel asignado al puesto de trabajo ocupado por el funcionario, y según haya o no interrupción a efectos del plazo de consolidación. Ambos criterios se interrelacionan entre sí.

Si no hay modificación, y el puesto de trabajo mantiene el mismo nivel, pueden darse, a su vez, dos supuestos: que el puesto de trabajo se ocupe ininterrumpidamente, o que, por el contrario, dicha ocupación sufra algún tipo de interrupción. En el primero de los casos citados, el grado del nivel equivalente al puesto se adquirirá por el transcurso de dos años, contados de fecha a fecha (conforme a la legislación general de procedimiento administrativo), es decir, desde el momento en que se ocupa el puesto de trabajo con carácter definitivo hasta el de paralización o interrupción de dicho plazo. Si se produjera alguna interrupción, el plazo de adquisición no será ya el de dos años, sino el de tres, quedando reabierto de nuevo a partir del momento en el que el funcionario recobre el puesto de nivel igual o superior al equivalente al del grado en proceso de consolidación.

---

[25] Estamos ante una de las reglas que ha de respetarse inexcusablemente, so pena de provocar la nulidad, sin remisión alguna, de la asignación del grado personal al empleado. Se trata de una regla que ha venido siendo escrupulosamente cumplida por los operadores administrativos.
[26] Ello obedece a una búsqueda de correspondencia con la plantilla de plazas dotadas presupuestariamente de las Corporaciones y entidades locales.
[27] Idéntico planteamiento que para la regla tercera que hemos comentado ya, con la que se interconecta.
[28] La STS de 4 de enero de 2007 vino a considerar que los funcionarios de nuevo ingreso debían ocupar el puesto inicialmente asignado durante los periodos previstos para poder consolidar su primer grado en la carrera.

b) La problemática de la convalidación y conservación del grado personal.

Tanto la consolidación como la convalidación de grados obtenidos en otras Administraciones en las que haya podido desempeñar sus funciones el funcionario de carrera, o conservar el que se tiene consolidado cuando se acceda a otro Cuerpo o Escala superior al de procedencia, se tramitan en el seno de la Administración empleadora como un procedimiento administrativo específico. Y, en consecuencia, también aquí puede producirse una rica problemática que ha de ser afrontada normativamente por la organización de la que dependa laboralmente. Ha de tenerse en cuenta que el grado personal consolidable va a "perseguir" al funcionario público a lo largo de toda su trayectoria laboral, hasta que llegue, si llega, al nivel 30, máximo de los posibles. Por lo tanto, no es nada irrelevante el que los grados puedan no sólo obtenerse, sino también convalidarse, llegado el caso, o conservarse frente a otras opciones (como consolidar el grado inicial del nuevo Cuerpo o Escala). Por ello, que existan reglas para todas las eventualidades posibles es una señal de calidad normativa, sobre todo si se da entrada, cuando ello sea posible, a la voluntad de funcionario afectado ([29]).

c) Su utilidad como instrumento de promoción profesional.

En su formulación, tanto original como reformada, si alguna función ha de cumplir el grado personal ésta ha de ser la de servir de referente de cara a la promoción profesional del funcionario, es decir, frente a la posterior ocupación de puestos de trabajo de niveles superiores a los inicialmente asignados, sirviéndose de los distintos mecanismos de cobertura que se recogen en la legislación operativa, en tanto las determinaciones del EBEP sean objeto de desarrollo. Esta es la idea que late en la LMRFP de 1984, que permite así la existencia de una carrera del funcionario en el interior del tramo de intervalo que se le asigna a su Cuerpo o Escala, y otra fuera de él, cuando pase a otro Cuerpo o Escala distinto de un Grupo de titulación superior, todo ello hasta llegar hasta la cúspide del cuadro de niveles existentes.

Sin embargo, transcurrido ya bastante tiempo desde su previsión, no puede decirse que, en aquel contexto dado, el grado personal haya sido un verdadero instrumento racional de promoción. Esto no quiere decir, claro está, que no haya posibilitado, como criterio estructurante, la articulación de carreras profesionales, pero, pese a suprimirse la garantía del nivel del puesto de trabajo (que impedía que el funcionario pudiera obtener puestos superiores en más de dos niveles al del grado consolidado o, también, en dos grados inferiores), no por ello se ha posibilitado que su repercusión deje de ser sumamente limitada de cara a la articulación de una verdadera carrera profesional, ya que el número de puestos vacantes en las organizaciones administrativas es siempre escaso (más aún si hablamos de la esfera local); con lo que la oportunidad de que un puesto pueda ser ocupado aprovechando la inexistencia de esta barrera es más que improbable. Por si ello fuera poco, la valoración que del grado personal consolidado se efectúa en las convocatorias de concursos es de alcance más bien reducido, por lo que parece claro que no constituye el instrumento mediante el cual se

[29] Por ello nos parece muy acertado, en términos generales, el Decreto 17/2018, de 7 de junio, por el que se regula la consolidación, convalidación y conservación del grado personal de los funcionarios de carrera de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en cuyo examen no podemos detenernos ahora por razones de espacio.

canalizaría de modo efectivo la promoción profesional del funcionario, por más que –en la práctica- tenga una operatividad instrumental inevitable ([30]).

En nuestra opinión, las utilidades del grado personal, si insertamos un mecanismo de igual o parecido signo en la denominada carrera horizontal que recoge el EBEP, son enormes, por cuanto, al dejar a un lado la variable de los puestos de trabajo a ocupar, se progresa mientras se permanece en el mismo puesto que ya se desempeña; y se progresa porque existe un desarrollo profesional subjetivo que se canaliza en la cota que se vaya alcanzando en cada momento a través de un sistema de grados, escalones o ascensos, sólo disponible en el EBEP para los funcionarios de carrera de ciertas Administraciones que hayan visto reconocida a través de las leyes de desarrollo esta modalidad de carrera profesional (art. 17 en conexión con el 16.3 a).

d) La problemática del desempeño de hecho de funciones administrativas y su operatividad a efectos de grado.

Hasta ahora hemos venido planteando la problemática de adquisición del grado personal partiendo de la base de que el funcionario podrá y habrá de desempeñar sólo y únicamente el puesto de trabajo que le está asignado. Sin embargo, tal idea resulta falseada en la praxis cotidiana de nuestras Administraciones públicas, bien porque -como consecuencia de la ausencia de precisión de los cometidos de puestos de trabajo- se desempeñen funciones correspondientes a otros puestos de trabajo superiores a los que integran el haz funcional de los formalmente ocupados, bien porque -por propia dinámica organizativa- el puesto realmente desempeñado sea el de superior nivel de complemento de destino ([31]).

A esta problemática, que ya había sido abordada por la jurisprudencia menor de manera no unánime, intentó dar respuesta el EBEP, si bien de manera infructuosa, como veremos seguidamente: reconociendo, por un lado, el derecho -y este aspecto ha de ser destacado especialmente por ser del máximo interés para el objeto de nuestra exposición- al desempeño de todo empleado público, sin distingo alguno, de un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración de empleo público por el que se haya optado para cada Administración, y, por otro, habilitando a cada una de ellas para "asignar a su personal" (de nuevo sin distinción de la relación de empleo que se tuviera) "funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones" (art. 73.1 y 2 del EBEP).

Por consiguiente, cualquier funcionario, lo sea de carrera o en interinidad, goza del derecho a ocupar un puesto de trabajo en concreto y también, independientemente de la naturaleza de la relación que mantenga el funcionario con la Administración que lo emplea, puede verse obligado a asumir "por necesidades del servicio" funciones, tareas o responsabilidades diferentes a las del puesto de trabajo ocupado, sin perder por ello las retribuciones que pudiera venir disfrutando, siempre que se adecuen al grado o categoría que tengan reconocido.

---

[30] Vid. L.M. ARROYO YANES: "Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local", en F.A. CASTILLO BLANCO (coord.): *Situación actual y tendencias de la Función Pública española*. Granada, CEMCI, 1998, pp. 279-331.

[31] Abordamos esta problemática en un trabajo que, a pesar del tiempo transcurrido, creemos que explica todavía relativamente bien la sustancia de la misma. Vid. "El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios y su problemática jurídica", en *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, 24, 1995, pp. 45-90.

Claro está que este precepto no resolvió, sino que dejó abierta la cuestión planteada, y con su solución a remolque de la determinación que pudieran adoptar los distintos legisladores de desarrollo sobre si tendrían que cobrar más estos empleados al verse obligados a desempeñar esas otras funciones, además de las asignadas al puesto ocupado; o si esa nueva experiencia adquirida, y el grado superior que pudiera habérseles conferido potencialmente a las mismas de haber quedado integradas en un puesto de trabajo, pudiera ser considerado a efectos de concursos de méritos para ocupar otros puestos o de consolidación de un grado superior al que ya se tuviera.

e) La conversión del grado personal en un elemento retributivo.

La Ley 23/88, de 28 de julio, transformó en gran parte, como hemos advertido, la formulación que del grado hacía la LMRFP de 1984, suprimiendo las garantías del nivel de puesto de trabajo y reduciendo las mismas a un "derecho" al complemento de destino que corresponde a su grado personal. De este modo, si el funcionario es destinado a un puesto inferior, siempre percibirá "al menos" dicha cuantía (art. 21.2. a).

De este modo, se vació de contenido -a nivel conceptual- el grado personal, en tanto que el funcionario percibirá siempre el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto de trabajo que desempeña, salvo que éste sea menor al del grado personal consolidado, en cuyo caso el complemento será el que corresponda a este último. Se ha acabado por mezclar, así, dos cuestiones que permanecían independientes en la formulación originaria de la LM, y que podrían haberse mantenido como aspectos separados en una regulación mejor diseñada. Y es que en lugar de haber concedido efectos retributivos al grado poseído por el funcionario desde un comienzo -lo cual hubiera sido perfectamente compatible con un sistema de garantías más o menos flexible-, ahora la concesión de efectos económicos al grado se realiza "a costa" de una regulación concreta (sin duda, mejorable), en la que se contemplan una serie de garantías que, creemos, quedan innecesaria e irremediablemente sacrificadas. Por si ello fuera poco, se vino a añadir un elemento más de confusión en relación al capítulo de las retribuciones complementarias: los complementos no se consolidan bajo ningún concepto por el funcionario, mientras que el de destino sí lo hace, aunque sea por esta vía un poco rebuscada.

Esta problemática tan mal resuelta es la que se encuentra el legislador del EBEP ante sí cuando ha de afrontar las modalidades de carrera profesional y el régimen retributivo en sede estatutaria, y es quizás por ello por lo que disocia nítidamente la modalidad de complemento que retribuye las características de los puestos de trabajo de la que lo hace por la carrera profesional alcanzada por el funcionario público (art. 22.3), de tal modo que "la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolle el trabajo" se retribuirá a través de un complemento distinto del que tiene como factor aglutinante "la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa" (art. 24 del EBEP). Sobre este punto, debemos consignar que las leyes de desarrollo no han podido encontrar margen de disposición normativa para replantear este enfoque que aparentemente es muy claro, pero que, a nuestro juicio, obvia la interconexión real que existe entre los niveles de puestos y los de la carrera (salvo en relación con la denominada carrera horizontal).

3. La problemática de la consolidación del grado personal de los funcionarios interinos en general, y en la Administración local en particular.

Como hemos ido destacando, el personal funcionarial interino y, por extensión, otros empleados sometidos a situaciones de interinidad (como es el caso del personal estatutario) han permanecido al margen de la proyección del sistema de grados personales, al reservarse ese sistema exclusivamente a los funcionarios públicos de carrera. Si bien es justo reconocer que no se ha cuestionado en ningún momento ni que hayan sido seleccionados vía plazas dotadas presupuestariamente, ni que ocupen puestos de trabajo concretos a lo largo del tiempo, los funcionarios interinos no han podido beneficiarse en ningún momento de asignación alguna de grados personales, a pesar de ocupar puestos de trabajo cuyos niveles posibilitaban la articulación de aquellos. Este es uno de los aspectos concretos que, junto a otros muchos, forman parte de la revisión del sistema actualmente en marcha por impacto del Derecho y la jurisprudencia europea, y que podría integrarse en el terreno intermedio que existe entre la carrera vertical objetiva y la horizontal subjetiva, dentro de la problemática general que presenta el derecho a la carrera de los funcionarios públicos temporales que, lógicamente, no se circunscribe a la de los grados personales, sino que es mucho más amplia, afectando a toda la construcción existente ([32]).

3.1. La falta de respaldo al reconocimiento de grados de los funcionarios públicos interinos.

Hasta la sentencia del Tribunal Supremo 1592/2018, de 7 de noviembre (o antes, si incluimos aquí la STSJ de Andalucía de 2016), se ha venido entendiendo, de acuerdo con la diferenciación originaria entre funcionarios de carrera y funcionarios interinos, que estos últimos no podían consolidar el grado personal correspondiente al puesto de trabajo que estuvieran ocupando (o de los que hubieran estado ocupando previamente o pudieran ocupar en lo sucesivo). El razonamiento de acuerdo con el cual se sostenía esta máxima -caso de plantearse alguna duda jurídica sobre este punto, aceptado habitualmente como incuestionable-, encontraba numerosos apoyos normativos extraíbles todos ellos del ordenamiento jurídico aplicable y que, de modo continuo, habían cimentado esa diferenciación de régimen jurídico aplicable, nítida en un principio, pero marcada por una evolución característica, en los términos que estamos viendo.

La base fundamental de ese razonamiento, que englobaba a cualquier otra argumentación, giraba en torno a la afirmación de que los denominados funcionarios de empleo interinos no eran propiamente funcionarios de carrera y, en consecuencia, al carecer de carrera profesional, no podían consolidar ninguno de los niveles o escalones (jerárquicos) previstos para encauzar la misma, por mucho que pudieran ocupar temporalmente puestos de trabajo en la Administración, incluso sucesivamente. Es decir, como estos empleados habían sido seleccionados para ser funcionarios en régimen de interinidad a la espera de que su plaza fuera ocupada de manera definitiva, a pesar de recibir un nombramiento al igual que aquellos otros, no adquirían la posición estatutaria de estos y, en consecuencia, esa diferencia en cuanto al trato a recibir venía avalada por el modo de acceso al empleo público y por las particularidades

---

[32] El profesor J.A. Fuentetaja Pastor agrupa el conjunto de cuestiones planteables en sede de carrera del siguiente modo: a) en relación con la carrera vertical (que integraría la problemática de los servicios prestados en calidad de funcionario interino, la participación en concursos de provisión y, bajo interrogantes -este detalle debemos destacarlo especialmente-, la consolidación del grado personal por el funcionario interino); b) en relación con la carrera horizontal (la denegación y el reconocimiento del acceso a la carrera horizontal, examinadas bajo el influjo de las casaciones de las sentencias de instancia y destacando la cuestión prejudicial resuelta por el Auto Centeno de 22 de marzo de 2018). Vid. *Función pública y Derecho europeo*, Ob. cit., pp. 210 y ss. y 337.

que ese acceso venía a generar en tanto el funcionario se encontrara disfrutando de esa interinidad.

De este planteamiento daba cuenta la propia regulación estatutaria en cada momento vigente. Sin remontarnos más atrás, y por centrarnos en el objeto de esta exposición, en la Ley de Medidas de 1984 quedó claramente expuesta la idea de que los funcionarios interinos carecían de carrera profesional alguna debido a la particular naturaleza de su relación jurídico-administrativa. En este sentido, la normativa que regulaba con carácter general la carrera profesional del funcionario en aquel momento excluía implícitamente de su aplicación al funcionario interino. Y, de acuerdo con ello, éstos no tenían derecho ni a ver reconocido ni a consolidar su grado personal, pues este dispositivo jurídico sólo se ponía en marcha a partir del momento en que el empleado adquiría la condición de funcionario de carrera, y nunca antes (art. 21 de la Ley de Medidas). Por el mismo motivo por el que se venía entendiendo que no podían computarse los grados personales, tampoco era posible postular para ellos las distintas fórmulas de promoción interna que se contemplaban en la legislación básica funcionarial (art. 22 de dicha Ley). En todos esos casos se partía del presupuesto de que los funcionarios a los que se les reconocía tales derechos habían adquirido ya la condición de funcionarios de carrera, y no eran temporales o se encontraban en situación de precariedad, como sucedía con el personal interino ([33]).

Cuestión diferente es que, como consecuencia de la propia evolución legislativa del régimen de estos empleados, se hubieran ido aproximando los grupos normativos que tanto unos como otros vendrían a recibir por el ordenamiento jurídico, generándose, por aproximación progresiva, una unidad de tratamiento en múltiples aspectos del régimen a ellos aplicables; pero sin cuestionarse nunca el que los funcionarios interinos, debido al modo en el que habían sido seleccionados, se vieran sometidos en múltiples aspectos de su vida laboral a reglas diferentes a las imperantes para los funcionarios de carrera. De este planteamiento de aproximación progresiva de los mencionados normativos dan cuenta tanto las disposiciones estatutarias históricas como las vigentes en la actualidad, en un ejercicio que, por coherencia con la misma línea de evolución normativa seguida hasta ahora, no tenemos por qué dar por completamente acabado todavía.

A este respecto, baste confrontar la posición jurídica que tenían los funcionarios interinos al tiempo de promulgarse la Ley de Medidas de 1984 y la que tienen hoy en el TREBEP de 2015, y en las distintas leyes de desarrollo del mismo que han sido publicadas hasta ahora, y que si bien mantienen el planteamiento originario excluyente en cuanto al tratamiento de la carrera profesional, sin revisar ni uno sólo de sus mandamientos, han recepcionado numerosos avances dignos de consideración, ofreciendo un cuadro general muy aproximativo al que es común para los funcionarios de carrera por lo que respecta a los funcionarios interinos que ocupan plazas dotadas presupuestariamente ([34]).

3.2. Los antecedentes jurisprudenciales de la STS de 7 de noviembre de 2018.

---

[33] Vid., en esta línea, el grupo de pronunciamientos judiciales que cita el profesor Fuentetaja Pastor en su libro *Función Pública y Derecho europeo*, ya citado, pp. 195-196, y que centra esta cuestión refiriéndose a "la compleja virtualidad de la técnica del grado personal en nuestra función pública actual".

[34] Hasta el punto que nos parece más apropiado a la altura en la que nos encontramos que es más riguroso perfilar el régimen jurídico de los funcionarios interinos en razón a las diferencias que pueden establecerse con los funcionarios de carrera de modo completamente seguro (algunos aspectos en materia de situaciones administrativas, régimen disciplinario, las que pudieran derivarse en materia de carrera profesional, composición de Comisiones de selección, etc.) más que trazar dos regímenes diferenciados.

No podemos entender la trascendental STS de 7 de noviembre de 2018 de la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo como un pronunciamiento jurisprudencial que se produce de modo aislado sino, más bien, como el resultado de una nueva toma en consideración del régimen de los funcionarios interinos, especialmente del de los que vienen manteniendo una relación jurídico-administrativa de larga duración, que tuvo algunas expresiones previas en otras sentencias de los tribunales españoles ([35]). En este sentido, destacan, por el nivel en el que se encuentran dentro del sistema, el posicionamiento del Alto Tribunal a través de las SSTC 240/1999, 20 de diciembre y 203/2000, de 24 de julio, que fueron las primeras –salvo error u omisión por nuestra parte- en adentrarse en la defensa de la inoperatividad de la naturaleza de la relación cuando se tratara de funcionarios que no lo eran de carrera para fundamentar diferenciaciones de tratamientos entre estos y los que sí habían sido seleccionados como tales. En la primera de ellas, no sin discusión, se declarará lo siguiente ([36]):

"En el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible como sucede en los supuestos de embarazo o maternidad, en los que además está en juego el art. 39.2 C.E. -según se apunta en la STC 109/1993--; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por conyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que, en la práctica, se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarias de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo, aunque hayan ocupado su plaza durante un largo período de tiempo, perpetuando así "diferenciaciones históricamente muy arraigadas" que conllevan una situación de clara discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral (STC 166/1988, fundamento jurídico 2º). Así, pues, en la actualidad debe admitirse que denegar a una funcionaria interina de larga duración la posibilidad de solicitar las excedencias para el cuidado su hijo produce una efectiva y real discriminación respecto de la permanencia en el mercado de trabajo. Esta discriminación, además, como hemos reiterado, no puede justificarse por la intensidad de la relación que une a los funcionarios interinos con la Administración, ya que, sin entrar en mayores consideraciones, no puede alegarse esta circunstancia en una relación cuya duración supera con creces los cinco años" ([37]).

---

[35] Como también lo será la STSJ de Andalucía de 11 de noviembre de 2016, cuyo contenido, comentaremos seguidamente.

[36] Nos referimos a la existencia de un voto particular del sr. magistrado Conde Martín de Hijas en el que se disiente del fallo acordado y en el que se señala lo siguiente: "*la Sentencia de la que disiento creo que se confunde al valorar el significado de la anómala duración de la situación de interinidad de la recurrente, pues, independientemente de esa anomalía, lo que cuenta no debe ser tanto su tiempo de duración hasta el momento de solicitud de la excedencia (inexplicable en el régimen legal de la función pública), cuanto su precariedad consustancial hacia el futuro, al estar condicionada por la regular provisión de la plaza interinada por un funcionario de carrera, y al no tener por tanto ninguna garantía de proyección temporal ulterior. El modo en que se razona en la Sentencia, al hacer del factor de duración de la interinidad la clave de la solución, supone potenciar desde la perspectiva constitucional una situación que es en sí, en buenos términos de legalidad ordinaria, inaceptable. La paradójica consecuencia de nuestra Sentencia es que a situaciones legalmente irregulares, como las de interinidades de larga duración, se les viene a reconocer un contenido de derechos, que no tiene inconveniente en negar a las situaciones regulares de interinidad que les sirven de marco legal".*

[37] "Sin embargo, esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcionarial y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la

En la segunda de ellas, y permanecemos todavía dentro de la perspectiva constitucional, se declaraba que "el supuesto que se somete en nuestro enjuiciamiento es, pues, próximo al resuelto por nuestra reciente STC 240/1999, de 20 de diciembre, en el que la actora, funcionaria interina, impugnaba asimismo una resolución administrativa denegatoria de la excedencia para el cuidado de hijos, así como la resolución judicial que la confirmó; resoluciones que igualmente fundaban tal denegación en la propia razón de ser de la situación de interinidad obstativa de toda suspensión de la relación funcionarial, que únicamente sería de aplicación a las relaciones de carácter permanente, como sucede en el caso de los funcionarios de carrera. Pues bien, consideramos en dicha Sentencia que la diferencia de trato entre la recurrente y los funcionarios de carrera, en relación con el derecho a la excedencia para el cuidado de hijos, resulta contraria a las exigencias del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 CE.

Ciertamente este Tribunal, desde la STC 7/1984, de 18 de enero, invocada por el SAS en su escrito de alegaciones, ha admitido que los diversos cuerpos y categorías funcionariales al servicio de las Administraciones públicas son estructuras creadas por el Derecho, entre las que, en principio, no puede exigirse ex art. 14 CE un absoluto tratamiento igualitario, resultando así admisible, desde la perspectiva de este precepto constitucional, que el legislador reconozca el disfrute de determinados derechos al personal vinculado a la Administración de forma estable, y, en cambio, lo niegue a las personas que por motivos de urgencia y necesidad lo desempeñen de forma provisional en tanto no se provean las plazas así cubiertas por funcionarios de carrera. El interés público de la prestación urgente del servicio puede, en hipótesis, justificar un trato diferenciado entre el personal estable e interino al servicio de la Administración.

Sin embargo, como hemos declarado en la citada STC 240/1999, 'esta posible justificación del trato diferenciado pierde fundamento, desde la perspectiva constitucional que aquí nos ocupa, cuando se aplica a una persona como la recurrente cuya vinculación de servicio con la Administración supera los cinco años. En este supuesto, la denegación de la solicitud de la excedencia voluntaria sobre la única base del carácter temporal y provisional de la relación funcionarial y de la necesidad y urgencia de la prestación del servicio, propia de la configuración legal de la vinculación de los funcionarios interinos, resulta en extremo formalista y la restricción del derecho a la excedencia resulta claramente desproporcionada. En este caso no concurre la causa que podía justificar la negación de la titularidad de un derecho relacionado con un bien dotado de relieve constitucional, ni la diferencia de trato entre los dos tipos de personal al servicio de la Administración'. Dicho con otras palabras, proseguíamos, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la

---

Administración. Dicho con otras palabras, no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 C.E. para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como el del cuidado de los hijos, dispensar, a un funcionario interino que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera, con el único argumento de que legalmente su relación con la Administración es provisional 'en tanto no se provea por funcionarios de carrera'. Con ello no se trata de afirmar que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 C.E., sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual. Es más, en el presente supuesto esa vulneración del derecho a la igualdad conlleva, como hemos avanzado, un quebrantamiento del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, alegación en la que pone especial énfasis la recurrente" (fdo. jco 4).

Administración es provisional 'en tanto no se provea por funcionarios de carrera' (FJ 4). Con ello no se trata de afirmar, concluíamos, 'que ante situaciones de interinidad de larga duración las diferencias de trato resulten en todo caso injustificadas desde la perspectiva del art. 14 CE, sino de destacar que pueden serlo en atención a las circunstancias del caso y, muy especialmente, a la transcendencia constitucional del derecho que recibe un tratamiento desigual'" (ibidem) ([38]).

Con anterioridad, por lo tanto, a la STS de 7 de noviembre de 2018, y con independencia de la cita de la Directiva 1999/70 (que en estas sentencias constitucionales se obvia), se contaba ya con un sustrato base para no diferenciar frente a potenciales discriminaciones derivadas del régimen de excedencias funcionariales a un tipo de personal frente a otro, asimilándose, por consiguiente, las posiciones cuando la duración de la relación podía asimilarse de algún modo a la permanencia en la función desde el acceso.

En línea con lo que estamos señalando, convendría destacar también el hecho de que algunas de las leyes de desarrollo del EBEP de 2007 han sido muy cuidadosas a la hora de integrar el personal funcionarial interino en las dinámicas de las excedencias y de los expedientes disciplinarios, lo que dice mucho en favor de la especial sensibilidad de esos legisladores para con la posición jurídica de este personal y para la más ajustada aproximación de su régimen al que gozan los funcionarios de carrera ([39]). Todo ello, en consonancia con la línea de apertura del tratamiento prexistente, acometida por las SSTC que hemos consignado aquí sobre los funcionarios interinos de larga duración.

3.3. La STS de 30 de junio de 2014 sobre el personal interino estatutario.

Hemos de consignar aquí este pronunciamiento jurisprudencial porque incide de lleno en la problemática que estamos abordando -a pesar de referirse al personal estatutario de salud-, y romper con una línea jurisprudencial consolidada que había quedado asentada con anterioridad en las SSTS de 23 de mayo de 2011 y 18 de febrero de 2013, que se sostenía en que "el art. 40.2 de la Ley 55/2003 dice que la carrera profesional supondrá 'el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de los objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios'. A su vez, la noción de carrera profesional conlleva la existencia de una relación estable con esa organización. Es decir, implica un vínculo permanente o de pertenencia a partir del cual cabe progresar en su seno. El personal temporal o interino carece de dicha vinculación o pertenencia. Por tanto, no parece que sea procedente integrarlo en igualdad de condiciones con quienes, por los procedimientos legalmente

---

[38] "5. En el presente caso, de acuerdo con la doctrina constitucional transcrita y acreditado el dato de que la recurrente, personal estatutario del SAS, equiparado a estos efectos a los funcionarios públicos, también se encontraba vinculada con la Administración en situación de interinidad por más de cinco años cuando solicitó la excedencia para el cuidado de hijos, hemos de estimar su pretensión, pues no resulta admisible, desde la perspectiva del art. 14 CE, fundar la denegación de un derecho con transcendencia constitucional (arts. 9.2 y 39.1 CE) exclusivamente en el carácter temporal y en la necesaria y urgente prestación del servicio propia de la situación de interinidad. Esta interpretación de la legalidad, atendiendo a las circunstancias destacadas, resulta, como ya hemos afirmado, en extremo formalista y no aporta una justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del art. 14 CE., sin que tal resultado perturbe la facultad de la Administración de proceder a la cobertura reglamentaria de la plaza conforme a criterios organizativos generales. Las anteriores conclusiones conducen derechamente a la estimación del amparo solicitado y a la anulación de la resolución administrativa y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía recurridas al haber lesionado el art. 14 CE, con la consiguiente firmeza de la Sentencia de instancia".

[39] Vid, por todas ellas, la Ley de empleo público de Galicia: arts. 173.3 d) excedencia por interés particular; art. 176.8 excedencia por cuidado de familiares; arts. 180.3 y 181.2 relativos a la suspensión de funciones; art. 188, sanciones por faltas muy graves, etc.

previstos, han logrado, en virtud de los principios de mérito y capacidad, integrarse permanentemente en ella. En tanto el Acuerdo que se impugnó en la instancia parte de estas premisas, no puede considerarse contrario al ordenamiento jurídico (…). La diferente posición jurídica del personal estatutario fijo y del temporal explica que el desarrollo de la carrera profesional, la progresión en sus distintos grados, se contemple solamente respecto del primero". Y en que "la limitación impuesta en el mencionado Acuerdo del ámbito de aplicación de la carrera profesional al personal estatutario fijo o funcionario sanitario local que reúna determinadas condiciones" no suponía que se desentendiera del personal temporal, pues para él disponía que "se le tendrá en cuenta, una vez obtenido el nombramiento de personal estatutario fijo, el tiempo trabajado con nombramiento de personal estatutario interino a efectos de cómputo para la carrera profesional" ([40]).

Esta base argumental será revisada por la sentencia a la que estamos haciendo referencia, ahora la STS 2887/2014, de 30 de junio, que vino a confirmar la anulación de la Disp. Adic. 2.ª del Decreto autonómico castellano leonés núm. 43/2009, de 2 de julio, que regulaba la carrera profesional del personal estatutario de los centros e instituciones sanitarias autonómicas, por la falta de justificación, desde el punto de vista del principio de igualdad, de la exclusión del personal estatutario temporal del desarrollo de la carrera profesional previsto en dicho Decreto, y que había efectuado la sentencia 653/2013, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid (recurso 1216/2009), frente a la que se había planteado recurso de casación.

3.4. La STSJ de Andalucía de 11 de noviembre de 2016, sobre consolidación de grados personales por los servicios prestados en calidad de funcionario interino.

Si bien no se trata de un pronunciamiento modélico en su redacción, como ha destacado detalladamente el profesor J.A. Fuentetaja Pastor, tiene la virtualidad, a nuestro juicio y con lo que sabemos en estos momentos, de haberse anticipado en el tiempo a planteamientos que ahora puede darse por sentado, como la consideración del reconocimiento de grados como una condición de trabajo y el hecho de que no pueden ser denegados, con apoyo en la Directiva 1999/70, por la naturaleza temporal de la relación interina frente a la funcionarial de carrera, constituyendo una discriminación vedada por el Derecho europeo, lo que obliga a reconocer al funcionario recurrente su derecho a la obtención del grado personal pretendido.

En correspondencia con lo que decimos, conviene recordar también aquí el posicionamiento del Tribunal Supremo en relación con la cuestión planteada, pero por razones de sistemática y de coherencia con el *iter* temporal por el que hemos optado vamos a comentarlo más adelante.

3.5. El Auto del TSJE de 22 de marzo de 2018 (decisión *Centeno*) sobre la carrera horizontal como condición de trabajo y las diferencias de trato frente a la misma, dependiendo de la condición funcionarial que se tenga.

En el propio enunciado de este punto se encuentra recogida la enorme trascendencia de esta decisión jurisprudencial que puede llegar a tener una gran fuerza expansiva dentro del sistema

---

[40] Sobre este grupo de sentencias que estamos comentando, y la de noviembre de 2014, contamos con un comentario del magistrado R. MANZANA LAGUARDA en el *Diario La Ley* núm. 8433, de 2 de diciembre de 2014.

español de función pública, si es entendida debidamente ([41]). Para ello ha de comprenderse que para que se pueda mantener jurídicamente la diferenciación de tratamiento entre los funcionarios de carrera y los interinos en materia de carrera horizontal (como también sucedería, a nuestro juicio, con una modalidad de carrera vertical), habrá de aportarse en la discusión "una justificación objetiva, clara y precisa que ampare una diferencia de trato entre los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos a efectos de acceder al sistema de carrera horizontal, por lo que se debe reconocer a estos últimos el derecho a la misma" ([42]). Es decir, al igual que pudiera suceder en cualquier sistema de carrera que recogiera un orden integrado de grados o escalones para su articulación, en tanto que condición de trabajo que comporta su establecimiento, la clave del mantenimiento en el tiempo de la citada distinción –es decir, sin contemplar la integración en él de los funcionarios interinos-, obedecería a la posibilidad de justificar de un modo sólido semejante diferenciación la imposibilidad de encontrar tales argumentos está en la base de la argumentación que podría sostener el reconocimiento y consolidación de grados personales de los funcionarios interinos en pie de igualdad con los funcionarios de carrera. Esto es; salvo que encontremos un fundamento jurídicamente sólido de por qué un funcionario interino no puede tener un grado personal cuando cumplen con el presupuesto de hecho (ser titular temporal de un puesto de trabajo que es ocupado durante el tiempo exigible), independientemente de que vaya a hacer o no carrera con él, no podrá sostenerse la tradicional distinción a esos efectos. En este sentido, consideramos acertada la premisa de que es más fácil encontrar argumentos favorables en los casos en que el funcionario lleve ya un largo periodo desempeñando sus funciones, respecto al que cuenta con un periodo más corto de servicio, por lo que bastaría con ese sostén para entender que el reconocimiento del grado (o escalón) es viable para él ([43]).

Con posterioridad a ese Auto varias sentencias del Tribunal Supremo español han ido confirmando la línea jurisprudencial encaminada a considerar la carrera horizontal una materia susceptible de ser entendida como condición de trabajo y, en consecuencia, como ámbito en el que no cabía discriminar a los funcionarios interinos frente a los funcionarios de carrera. En este sentido podemos consignar aquí las SSTS 1796/2018, de 18 de diciembre (funcionario interino de Universidad pública), 584/2019, de 19 de febrero (personal estatutario sanitario), 227/2019, de 21 de febrero (personal estatutario de salud), 745/2019, de 6 de marzo (criterios para negociación colectiva de Administración autonómica, etc.

3.6. Breve comentario de las STS de 7 de noviembre de 2018 sobre el reconocimiento de grados personales a los funcionarios locales.

Quizás el pronunciamiento más significativo recaído hasta ahora en relación con la cuestión del reconocimiento de los grados personales sea la STS 3744/2018, de 7 de noviembre, mediante la cual se renuncia a casar la STSJ de Andalucía de 11 de noviembre de 2016, ya comentada *ut supra* y que afectaba a un funcionario interino de larga duración dependiente de la Diputación Provincial de Málaga. Con anterioridad a él, y centrada exclusivamente en el complemento retributivo de la carrera horizontal de una Administración autonómica mediante valoraciones

---

[41] No siempre ha sido así como nos pone sobre aviso el profesor FUENTETAJA PASTOR al denunciar los riesgos que implica una mala recepción de la Directiva 1999/70 por parte de los tribunales ordinarios españoles y de la que ya hay algunas muestras.

[42] Vid. J.A. FUENTETAJA PASTOR: *Función pública*..., Ob.cit., p. 212.

[43] Pese a todo, si se examina esta cuestión con un poco de perspectiva, podríamos entender que una duración temporal media de la relación jurídico-administrativa del funcionario interino sería igualmente suficiente para aspirar legítimamente a los grados personales, como lo es el criterio de los dos años continuos y tres con interrupción que emplea el legislador español para reconocer los grados a sus funcionarios de carrera.

personales positivas, con el que guarda cierta conexión -aunque lejana- el sistema de grados personales ya examinado, hemos de consignar la STS 921/2017, de 8 de marzo, que consideró equiparables las situaciones de unos funcionarios y otros, al no existir razones objetivas para que ello no fuera así (citaba, asimismo, la posición expresada con anterioridad en la STS de 22 de octubre de 2012, sobre un concepto similar, el sexenio retributivo para profesores no universitarios).

A pesar de no ser una sentencia muy elaborada, la STS de 7 de noviembre de 2018 ha tenido un enorme impacto en la esfera local, no tanto por el desarrollo de una línea argumental propia cuanto por la declaración vinculante que hace en relación con el artículo 70.2 del RGIPPT de 1995, de acuerdo con el cual, su pronunciamiento habrá de proyectarse también sobre los funcionarios interinos de larga duración a tenor de la doctrina asentada con base en la Directiva 1999/70: "Todos los funcionarios de carrera adquirirán un grado personal por el desempeño de uno o más puestos del nivel correspondiente durante dos años continuados o tres con interrupción, con excepción de lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo, cualquiera que fuera el sistema de provisión. No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen, sin que en ningún caso puedan superar el correspondiente al del puesto desempeñado, ni el intervalo de niveles correspondiente a su Cuerpo o Escala".

La indicada sentencia del Tribunal Supremo concluye su exposición del siguiente modo:

SEXTO (in fine). "Y, por último, tampoco se ha justificado en el caso que enjuiciamos que el trato diferente obedezca a razones objetivas. Nada argumenta la parte recurrente, otra vez, en contra del párrafo de la sentencia recurrida que razona: Como también ha sostenido reiteradamente el TJUE corresponde en principio al tribunal nacional pronunciarse sobre si, cuando ejercía sus funciones como funcionario interino, el demandante se hallaba en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera, y para ello el canon al uso es el de la diferenciación por "razones objetivas", es decir por relación a los requisitos objetivos de las plazas servidas, por las características del empleo, o por el nivel de formación requerido para el desempeño de los puestos de trabajo, razones objetivas que la Administración no se ha esforzado en decantar para este caso, lo que nos conduce indeclinablemente a considerar que el único motivo por el que se ha denegado la consolidación de grado personal al recurrente es la naturaleza temporal de su vínculo laboral con la Administración demandada, práctica proscrita por la Directiva 1999/70, en la interpretación constante que de la misma viene efectuando el Tribunal de Justicia.

SÉPTIMO. Respuesta a la cuestión planteada en el auto de admisión. En aplicación de lo razonado, debemos responder que lo dispuesto en el artículo 70.2 del Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995, que establece el modo de adquisición del grado personal, resulta de aplicación no sólo a los funcionarios de carrera, sino también a los funcionarios interinos, y ello a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada".

3.7. El contexto administrativo postjurisprudencial y el reconocimiento de una carrera profesional para los funcionarios internos de larga duración.

Para establecer una reflexión general con la que finalizar estas páginas, vamos a distinguir entre dos planos: el de la valoración de la coyuntura actual, de un lado, y, de otro, el de los

aspectos -pudiéramos decir más dogmáticos- que se desprendan de los avances jurisprudenciales que hemos ido desgranando.

Por lo que respecta a las novedades jurisprudenciales examinadas, esos avances jurídicos no deben sorprendernos, pues, al igual que ha venido a suceder en otras ocasiones en relación con el régimen aplicable a la función pública profesional, primero han venido las sentencias, y luego, pasado algún tiempo, y debido a la insostenibilidad de la situación generada por la litigiosidad asociada, los cambios normativos a los que ha obligado la intervención judicial.

Por lo que hace a los pronunciamientos jurisprudenciales, hemos de destacar que, salvo en los casos en los que se han podido producir sentencias que afectan a un conjunto de recurrentes, y aún reconociendo la enorme fuerza expansiva que tiene la concluyente declaración efectuada por la STS de 7 de noviembre de 2018 de aplicación del artículo 70.2 del RGIPPT a los funcionarios interinos que, como los de la esfera local, se rigen por el RGIPPT de 1995, el impacto de las sentencias que puedan sucederse será ciertamente retringido, y habrá de ponerse en conexión con el tiempo durante el cual el funcionario interino (o estatutario interino, también) permanezca en esa posición jurídica o, en su caso, también con la duración del periodo en que haya mantenido la misma posición tras haber obtenido una plaza como funcionario de carrera, en cuyo caso la consolidación del grado personal podría continuar teniendo relevancia. Pero, lógicamente, hemos de admitir que a esas dos posibilidades se suma una tercera: que la plaza dotada presupuestaria pase a ser ocupada por un funcionario de carrera por los procedimientos previstos legalmente, y el funcionario interino, entonces, cese en ella sin solución de continuidad. Sólo en las dos primeras eventualidades (continuación de la interinidad o selección del propio interino como funcionario de carrera), el título jurídico obtenido mediante sentencia firme podría ser alegado también *pro futuro*.

Del mismo modo, tampoco es descartable que se produzcan actos administrativos generales o concretos que pudieran aplicar esa doctrina jurisprudencial en ámbitos específicos de la función pública administrativa, pero hemos de tener en cuenta que han de venir avalados en una motivación muy elaborada, que fundamente la aplicación del artículo 70.2 del RGIPPT citado y preceptos conexos a los colectivos de funcionarios interinos. Esta aplicación extensiva creemos que encontraría una sólida base en el Derecho europeo, del que ha dado cuenta no sólo esa STS de 7 de noviembre de 2018, sino, de manera muy coherente, todo un conjunto de pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo –algunos de los cuales hemos ido reseñando en estas páginas- que toman su base argumental principal de la Directiva 1999/70 y de las SSTJCE.

Sin embargo, el escenario en el que nos encontramos desde hace algunos años en relación con el personal interino funcionarial dependiente de las Administraciones locales no debe hacernos perder de vista la relativa anomalía que supone el hecho de que pueda haber empleados de esta naturaleza que tengan ante sí algún género de carrera profesional, en tanto en cuanto adquieren la condición de funcionarios de carrera o mientras no pierdan su vínculo con la Administración que los emplea debido a las múltiples causas que harían posible esa pérdida (la primera de las cuales pudiera ser que su plaza pasara a ser ocupada por un funcionario de carrera). Es decir, el disfrute personal de ese derecho, en el caso de que le fuera reconocido vía título jurídico obligado (ya fuera una sentencia judicial, ya una resolución administrativa recaída reconociendo sus grados personales y consolidando los mismos), sería, a diferencia de lo que pudiera suceder en el caso de los funcionarios de carrera, completamente circunstancial y dependiente de que no se produjera la inevitable cobertura de la plaza dotada presupuestariamente ocupada por él o de que no se produjera su acceso mediante cualquier

procedimiento selectivo a la función pública profesional permanente, esto es, a la función pública de carrera.

Asimismo, hemos de tener también presente que esa naciente, y quizás efímera, carrera profesional se produciría no en el marco de una carrera profesional organizada –la que pudiera realizar el candidato que es seleccionado para el desempeño de la función pública permanente-, sino en un régimen de fragilidad y de sobresaltos continuos derivados del hecho de que el ordenamiento jurídico, por encima de las peculiaridades encaminadas a mantener al funcionario interino en su plaza, se encuentra orientado a la búsqueda de ese candidato mediante la incorporación de la plaza a las Ofertas de Empleo público y a las subsiguientes convocatorias de la misma por el conocido sistema meritocrático base de nuestro sistema. Es decir, y esta sería una de las paradojas más destacadas, podría "hacer carrera" quien, encontrándose en situación de precariedad, mantuviera viva su progresión gracias a que no se hubieran puesto en marcha los mecanismos legales para que desapareciera tal situación por un medio expeditivo, cual sería la cobertura de la plaza ocupada, medida que está diseñada precisamente para hacer posible la carrera administrativa. Esto es; la fortuna del funcionario interino se haría depender del mantenimiento en el tiempo en esa situación anómala y de precariedad en el empleo; en consecuencia, se trataría en todo caso de una carrera limitada y en condiciones adversas, hasta el punto de que podría terminar en cualquier momento y sin continuidad posible.

En este último sentido, hemos de tener en cuenta también que la expansión de las nuevas tipologías de funcionarios interinos que sostengan la relación de interinidad (los funcionarios que sean nombrados para plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera coexisten, en el artículo 10.1 del EBEP, con los que se seleccionen para la sustitución transitoria de los titulares de las plazas; los que sean nombrados por mediar la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto; y los que lo sean por el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses) puede incidir negativamente sobre el mantenimiento de la figura originaria del personal interino que ocupa plazas dotadas presupuestariamente, e incluso puede sustituirla de raíz, al ser esas tipologías mucho más versátiles; o puede, simplemente, marginarla hasta convertirla en una expresión muy secundaría dentro del conjunto de interinidades posibles, lo que también influiría, llegado el caso, sobre el grueso de relaciones laborales que pudieran mantenerse en la esfera local, debido a las grandes ventajas -comenzando por la eliminación de sobrecostes añadidos- que la utilización de las nuevas fórmulas emergentes de interinos, que ahora podríamos calificar de "sin carrera", pudieran reportar para el sistema frente a esas otras fórmulas más consolidadas.

A pesar de todo lo dicho, y por mucho que ello suponga una anomalía conceptual –un funcionario que no es permanente pero que tiene posibilidades de hacer carrera es, en principio, algo tan chocante como un funcionario de carrera que no puede hacer carrera ([44]) – tampoco parece que existan razones de peso u obstáculos insalvables para impedir que, dentro de un potencial régimen jurídico futuro de los funcionarios interinos de larga duración (caso que habría que definir, lógicamente), pudieran admitirse expresiones limitadas de carrera profesional en los mismos términos que la tienen los funcionarios permanentes, siempre y cuando las reglas existentes para unos y otros fueran las mismas en aras de la igualdad y de la aplicación de los principios de mérito y capacidad que informan las modalidades de carrera

[44] A esta anormalidad de las carreras planas, muy frecuente en la esfera local, consecuencia de la carencia de puestos de trabajo suficientes, intenta responder el sistema con la denominada *carrera horizontal*.

horizontal y vertical previstas en nuestro ordenamiento. Y ello, por cuanto que la regla habitual en esta materia es que el funcionario interino acabe por convertirse, a través de la superación de los correspondientes procedimientos selectivos, en funcionario de carrera, momento en el que su *carrera interina* –valga el juego de palabras- pasaría a constituir el prolegómeno de su carrera funcionarial permanente, adquiriendo entonces cierta coherencia que esa fase previa de interinidad contara con modalidades de carrera profesional.

Disfunciones entre la Jurisdicción Social y la Contenciosa Administrativa en relación con el empleo público, especial referencia a las condiciones laborales de los indefinidos no fijos.

Jorge Fondevila Antolín
Doctor en Derecho
Jefe de la Asesoría Jurídica de Presidencia, Interior, Justicia y Acción Exterior
Gobierno de Cantabria

INDICE DE INTERVENCION

I. DISFUNCIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA.

1. El Despido improcedente: un instrumento en conflicto con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

2. La reconducción por supuesto “fraude legis” a la Jurisdicción Social del cese del personal eventual de confianza política al régimen laboral: el despido improcedente.

3. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la declaración de la legalidad de las Relaciones de Puestos de Trabajo.

4. Otra expansión de la Jurisdicción Social sobre la competencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la impugnación de Bases, convocatorias, procesos selectivos y la convocatoria y gestión de las bolsas de empleo.

5. La patente de corso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas (ATS 1067/2019, de 24 de enero (Sala de lo Social).

II. LOS INDEFINIDIOS NO FIJOS DE PLANTILLA: una solución o realmente una generación de más problemas para el empleo público.

1. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del "indefinido no fijo".

2. La equiparación de condiciones laborales de los indefinidos no fijos con los empleados laborales fijos en el empleo público.

1. El Efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo marco y la Directiva 1999/70/CE.

2. La exigencia de la jurisdicción social para que se incumpla la legislación administrativa o presupuestaria, en cuanto a la reserva y ejercicio de funciones por indefinidos en puestos de funcionarios.

3. La Promoción Profesional de los indefinidos no fijos, una nueva fuente de problemas: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018.

a) Régimen jurídico de la promoción profesional laboral.

b) Breve excursus sobre las diferentes modalidades de promoción profesional laboral

c) La participación del personal laboral indefinido no fijo en los procesos de promoción interna vertical.

1. Situación anterior a la nueva declaración judicial que todavía no doctrina.

2. La novedosa declaración del Tribunal Supremo: reconocimiento del derecho a la promoción profesional vertical del personal laboral indefinido no fijo de plantilla

III. Conclusiones.

I. DISFUNCIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN SOCIAL Y LA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

1. El Despido improcedente: un instrumento en conflicto con el régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

Dado que vamos a analizar algunos de los fenómenos de colisión entre el ordenamiento administrativo y el derecho laboral, sobre los cuales la Jurisdicción Social incorpora como expondremos algunas soluciones imaginativas, no puedo dejar pasar la oportunidad de reiterar una de las cuestiones que fue objeto de uno de mis primeros trabajos, y que tras el paso de 17 años no ha recibido crítica alguna, si bien, ha tenido un reconocimiento parcial al incorporar el EBEP, en su artículo 96.2 la obligación de las administraciones públicas de readmitir al personal laboral "fijo" cuando el despido sea declarado improcedente, y este se haya originado por un despido disciplinario. Efectivamente, en trabajos anteriores[1] ya expuse mi crítica a esa práctica de las Administraciones Públicas, en especial en las corporaciones locales, de proceder a mantener el despido e indemnizar a los trabajadores a pesar de haber sido declarado el mismo como improcedente, y ello, por las siguientes razones que expongo de forma sucinta:

La primera cuestión es preguntarnos que supone conceptualmente un despido improcedente, y así, debemos entender que el mismo se produce cuando el órgano judicial no considera probado el incumplimiento contractual alegado por el empresario o cuando en su forma no se ajusta a los requisitos legales o convencionales. Son pues dos los supuestos que

[1] FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), "*Constitución y Empleo Público*", Comares, Granada, págs. 280 y ss. y también, (2001), "Breve Reflexión sobre las especialidades en la extinción de las relaciones jurídico laborales en las Administraciones Públicas, con especial referencia al despido improcedente", *Diario LA LEY*, nº 5316.

aparecen nítidamente separados en torno a la figura de la declaración judicial de improcedencia:

a) El despido carece de causa, es decir, es injustificado, y en este caso el tribunal desestima la demanda por no considerar conforme a derecho la decisión extintiva del empresario. Es independiente que las razones por las que se llega a tal conclusión sean con motivo de no considerar probadas las imputaciones efectuadas, o por estimar insuficientes las mismas para su tipificación como incumplimiento grave y culpable del trabajador.

b) Y también nos encontramos en este supuesto cuando el empresario no ha cumplido con los requisitos formales, legales o convencionales exigibles, por lo cual el tribunal está obligado a no continuar su indagación y la actividad probatoria que se hubiera desplegado para declarar el despido procedente.

En segundo lugar, resulta imprescindible examinar el contenido jurídico de la decisión de la administración de rescindir la relación contractual mediante la opción por una indemnización previa la declaración de despido improcedente.

Así, la decisión administrativa de despedir a un empleado público laboral ha sido previamente calificada por los órganos jurisdiccionales como inmotivada y carente de causa legal alguna que lo justifique, y por ello, los mismos sancionan está previa decisión calificándola como despido improcedente, por lo tanto, si la decisión de rescindir la relación contractual con la administración resulta inmotivada, sin causa, y por ello, esta no resulta objetiva ni razonable y, por ello, arbitraria, eso supone que la posterior decisión de optar por una indemnización y rescindir la relación se configura y articula bajo los mismos defectos, por ello, ante esta situación solamente puede llegarse a una conclusión, y ésta no puede ser

otra que calificar la decisión de no ajustada a derecho, pues la misma no supera ninguno de los requisitos exigibles en el control de la discrecionalidad administrativa y debe ser calificada de arbitraria, actuación que la propia Constitución prohíbe expresamente en su artículo 9.3.

Es preciso tener en cuenta que Ley 39/2015 LPAC, exige en su artículo 35.1 i) la motivación de todas las decisiones discrecionales, y en el caso que nos ocupa tampoco se da cumplimiento a esta exigencia por parte de la administración, con lo cual concurre otro elemento que ratifica el carácter de ilegalidad de la decisión administrativa de rescisión mediante opción indemnizatoria. Es muy difícil, por no decir imposible, que la administración puedan motivar de forma objetiva (103.1) y razonable su decisión de rescindir una relación contractual mediante la correspondiente indemnización, cuando previamente un órgano jurisdiccional ha declarado que la decisión de despido no era ajustada a derecho, pues carecía de causa legal y motivación que pudiera justificar la misma, por lo tanto, aun en el hipotético supuesto de que la administración motivara su decisión ésta difícilmente superaría el test de objetividad, razonabilidad y racionalidad de la decisión.

En tercer lugar, debe considerarse que también estamos en presencia de una posible violación del principio de legalidad presupuestaria, en cuanto a la exigencia de que cualquier disposición de gasto público está sometido al control de legalidad de la decisión, y si como hemos observado anteriormente la decisión no es ajustada a derecho, tampoco contara con amparo legal presupuestario para su pago.

Desde luego, resulta curioso que la jurisdicción Social tan cuidadosa en la aplicación del carácter tuitivo del derecho laboral, haya pasado de este problema sin plantearse consideración o pronunciamiento alguno, cuando es una cuestión que no distorsiona el sistema administrativo y de empleo

público, en todo caso es una garantía de respeto de principios constitucionales (art. 9.3 C.E.), y curiosamente en otras cuestiones claramente disfuncionales (indefinidos no fijos) de forma temeraria, a mi juicio, y sin una valoración real de sus graves consecuencias en el empleo público se procede a la creación de estas figuras tan problemáticas.

Por último, es preciso realizar una crítica a las previsiones del artículo 96.2, por cuánto, en primer lugar, este excluye de su aplicación al personal laboral "temporal", lo que resulta inexplicable desconociéndose las razones que han podido justificar esta decisión, cuándo es conocido que, precisamente este tipo de personal es mucho más vulnerable a cualquier tipo de presión sobre la posterior evolución de su puesto de trabajo y posibles renovaciones de los contratos, y en segundo lugar, este precepto, excluye su aplicación al "personal laboral indefinido", a nuestro juicio, sin razón alguna, y también ha dejado fuera de su alcance un amplio grupo de supuestos de extinción.

Si bien, debemos destacar que de forma inexplicable (una nueva incoherencia del TJUE), ese tribunal en su sentencia de 25 de julio de 2018 (C-96/17 Asunto: Vernaza Ayovi), declara ajustado al ordenamiento europeo, la no extensión del derecho de readmisión a los indefinidos no fijos y al personal temporal.

2. La reconducción por supuesto "fraude legis" a la Jurisdicción Social del cese del personal eventual de confianza política al régimen laboral: el despido improcedente.[2]

[2] A este respecto vamos a tomar en consideración el excelente trabajo de Garrido Cuenca, N. y Delgado Piqueras, F. (2015), "Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia", en *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 51.

Este apartado tiene su origen en la finalidad de ilustrar una nueva muestra de conflicto jurisdiccional, que lleva abierta más de 10 años, y sigue generando problemas actualmente, no resultando posible todavía poder formular alguna conclusión clara al respecto, ya que, más bien, se observa que las decisiones varían en función del magistrado ponente, y no de una concreta línea de doctrina judicial.

Es preciso iniciar nuestra exposición señalando que la pretensión de ampliar el ámbito competencial de la jurisdicción social, tiene su fundamento en la acreditación en fase probatoria de la existencia de un fraude de ley que pudiera cometer la Administración con el nombramiento como funcionario eventual de confianza política, a una persona que realmente desempeña funciones ajenas a las funciones legalmente asignadas a esta clase de puestos, entiendo por ello, que estamos ante una relación laboral, y por ello, resulta incompetente la Jurisdicción contencioso administrativa, posición que resulta cuando menos muy discutible tanto para nosotros como para los propios tribunales como veremos al examinar algunos pronunciamientos judiciales ilustrativos sobre los funcionarios eventuales.

Pues bien, vamos a intentar reseñar algunos ejemplos de resoluciones judiciales, donde lo más destacable no es el debate jurídico, sino simplemente la valoración de la prueba que realizan los tribunales, en especial, la diferente conceptuación de los mismos tipos de funciones, de forma que llevan a resultados jurídicos diferentes, así:

1. La STSJ de Galicia 2403/2014, de 30 de abril, Sala de lo Social, sección 1.ª, (JUR2014\208580), resuelve, en recurso de suplicación por incompetencia de jurisdicción, el cese de una funcionaria de la Consejería que prestaba servicios como personal eventual en la Secretaría general de Comunicación, señalando al respecto:

«*Conviene significar que la calificación jurídica que merezca la relación mantenida entre las partes no viene condicionada por la denominación que se le atribuya o por la opinión que al respecto puedan manifestar los interesados, pues como reiteradamente declara la doctrina jurisprudencial, los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la calificación que les otorguen los intervinientes (STS de 21 de julio de 1990); debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleado por los contratantes (STS 23 de octubre de 1989); siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual (STS de 21 de julio de 1988 y 5 de junio de 1990)*».

En este caso se acredito en fase probatoria que la actora efectuaba funciones propias de habilitada de gestión de pagos en el servicio de Gestión Económica de la Secretaria general de Comunicación, confirmando la calificación estrictamente laboral del puesto de trabajo y declarando la competencia del orden social.

2. Un caso similar fue resuelto por la STSJ de Andalucía 2344/2014, de 18 de septiembre, Sala de lo Social, (JUR2014\276926), que anuló el nombramiento como personal eventual de confianza de alto cargo (secretaria del alcalde) al quedar demostrado que la actora únicamente realizó tareas administrativas ordinarias bajo la dependencia y directrices del alcalde: «*cometidos generales encuadrables dentro de la actividad administrativa ordinaria de la corporación*».

3. En el mismo sentido también podemos destacar la STSJ de Canarias de 26 de abril de 2012 ,Sala de lo Social, (AS 2012\1140) calificando de contrato laboral el desempeñado por la actora, formalmente personal eventual —Coordinadora de la Alcaldía—, tras comprobarse que se mantenía desde el inicio de su relación con la Administración Local un vínculo laboral desempeñando las tareas ordinarias de un administrativo en Intervención, Transporte y Servicios Sociales.

4. En sentido contrario a los anteriores pronunciamientos, destacan las STSJ de Cataluña de 5 y 27 de mayo de 2014 (JUR 2014\181260 y JUR 2014\223584, respectivamente), resolviendo sendos supuestos donde las actoras habían sido nombradas como personal eventual desempeñando funciones de secretarias personales del teniente alcalde de Reus, aduciendo que las tareas realmente desempeñadas se encontraban vinculadas con el partido político.

5. Otro ejemplo de funciones valoradas de forma diferente lo tenesmo en la sentencia del STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, sección 1.ª, Rec. nº 7857/2012, de 20 de noviembre (AS 2013\97), que, declaró la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar la nulidad del despido de varios funcionarios eventuales al servicio del Ayuntamiento de Barcelona que ocupaban puestos en su gabinete de prensa (Departamento de Prensa del Gabinete de la Alcaldía, Dirección del Gabinete, Dirección Técnica de Prensa de la Gerencia de Servicios Generales y Coordinación Territorial).

Así, señala de forma expresa al respecto:

«[...] *los recurrentes realizan las funciones de asesoramiento especial y confianza y de acuerdo con las instrucciones que les daban los órganos de gobierno, es decir, alcaldes, concejales y cargos políticos, que*

son los que definen y dirigen la política informativa municipal hacia los medios de comunicación de acuerdo con los criterios de oportunidad y con reserva y confidencialidad de la información que manejan». Añadiendo a continuación: «*de acuerdo con las instrucciones que les daban los cargos políticos antes citados que son los que tienen el poder de decisión política, no se puede aplicar la normativa laboral sino que por sus funciones de confianza y asesoramiento especialmente es lo que caracteriza esta clase de personal público que son los actores en los que es consustancial las notas de afinidad y proximidad política que es inherente a la confianza, como ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Supremo*».

6. Finalmente vamos a examinar varias resoluciones del Tribunal Supremo, que si bien, son de inadmisión del recurso de casación interpuesto, en todas ellas, a la vez se confirma las decisiones de instancias inferiores, que resultan muy ilustrativas a este respecto:

a) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 de enero de 2018, nº de Recurso: 1205/2017. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de enero de 2017 (Rec 3882/16), que confirma la de instancia que con estimación integra de la demanda declara la improcedencia del despido de la actora, con efectos de 13/6/2015, previa declaración de existencia de relación laboral con el Ayuntamiento de Santiago de Compostela, señalando:

"*Consta que la demandante ha venido prestando servicios para el Concello de Santiago de Compostela desde el día 07/11/1994 hasta el 13/06/2015, como auxiliar administrativa, mediante sucesivos nombramientos como personal eventual, en la mayoría de ellos, adscrita al grupo político Partido Popular, efectuados en virtud de los diversos decretos de la Alcaldía que se relatan en extenso en el HP 2º. Por lo que se refiere a la forma de prestación de los servicios, se relata que la actora prestó sus servicios a jornada completa, realizando el mismo horario de*

trabajo que el resto de personal funcionario de igual categoría del Concello demandado; El centro de trabajo fue desde el inicio de la prestación las dependencias del Concello demandado, ubicada en las oficinas adjudicadas al grupo político Partido Popular; siempre prestó los mismos servicios, sin que haya existido cese efectivo, en los periodos que mediaron entre el final del mandato de una Alcaldía y la siguiente constitución de la Corporación Municipal, acudiendo al puesto de trabajo en dichos periodos en el mismo horario y realizando iguales funciones que durante los periodos en los que ha estado vigente su nombramiento por el decreto de la Alcaldía correspondiente; Asimismo, desde el inicio de la prestación de servicios la demandante, ha venido desarrollando idénticas tareas que las trabajadoras funcionarias con categoría de auxiliar administrativo del Concello demandado, entre ellas tareas de atención al público, preparación de escritos, cartas y notificaciones, atención telefónica y de fax, tareas de archivo y documentación, tareas de protocolo, convocatoria para Comisiones, gestión de la agenda de la Alcaldía, entre otras. La demandante no ha realizado tareas o funciones de asesoramiento; En el desempeño diario del trabajo las tareas de auxiliar administrativo eran desarrolladas por la actora en colaboración e idénticas condiciones y contenido que otras dos funcionarias, organizándose el servicio entre las tres a fin de garantizar la cobertura del mismo, sustituyéndose entre sí de modo indistinto en los supuestos de ausencias de alguna de ellas, y coordinando los periodos vacacionales o días de libranza por permisos y licencias".

b) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 7 de marzo de 2017

nº de Recurso: 2808/2016. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de abril de 2016 (Rec 430/16), aclarada por auto de 22/6/2016, que confirma la de instancia que acogió la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social, por entender que la relación que une a las partes es de naturaleza funcionarial

y no laboral y el cese impugnado no es un despido, con remisión a la jurisdicción contenciosa- administrativa, señalando al respecto:

"El actor fue nombrado personal funcionarial eventual y como tal tomó posesión como jefe del gabinete de prensa del Ayuntamiento de Ourense, el 13/7/2007. Fue cesado con efectos de 10/6/2011, junto con otros quince integrantes de "la plantilla de eventuales". El 15/6/2011 fue nuevamente nombrado como personal eventual como Jefe del Gabinete de Prensa. Por Decreto de la Alcaldía de 29/5/2015, se resolvió el nombramiento. El demandante en el desarrollo habitual de sus gestiones, consta que efectuaba las tareas propias del director de comunicación para las que fue nombrado. También debía realizar la conformación técnica de los servicios y suministros prestados a su departamento, utilizando el programa implementado en el Concello para la tramitación de los expedientes de gastos (CIVIDAS). Realizaba diversos informes respecto de reparos a rechazos de facturas de la intervención sobre gastos de su departamento y otros informes en relación con las actuaciones de comunicación y divulgación del Concello. También daba el visto bueno a las peticiones de vacaciones o permisos de personal de su departamento.

La Sala de suplicación argumenta que formalmente el demandante es personal funcionario eventual, sin que, por otra parte, resulte probado que el actor llevara a cabo tareas que excedieron de las que son propias de este tipo de personal, esto es, funciones de asesoramiento y de confianza. Sostiene que el juez de instancia ha llegado a esa conclusión tras analizar las funciones que el actor desarrollaba como jefe de prensa. Añade que el hecho de conformar o dar por ciertas facturas de gastos relacionados con su ámbito, o gestionar el personal del referido ámbito, o realizar gestiones o informe también dentro de su ámbito de actuación, el de la comunicación y prensa del Ayuntamiento no supone un apartamiento de las competencias que fueron atribuidas en su condición funcionarial eventual".

c) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 27 de febrero de 2018, nº de Recurso: 2834/2017. En este caso examina la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en fecha 8 de febrero de 2017, que señala al respecto:

"*La actora fue nombrada, por Decreto de la Alcaldía de Murcia de 28/1/2005, funcionaria de empleo eventual como Apoyo Administrativo al Grupo PSOE con efectos de 1/2/2005. Por Decreto de la Alcaldía de 6/7/2007 fue nombrada personal eventual para ejercer las funciones de apoyo al Grupo Municipal Socialista. En dicho decreto se establecía que la duración del nombramiento estaba condicionada al cese que se promoviera por la Alcaldía-Presidencia y, en todo caso, automáticamente al producirse el cese o expiración del mandato de la autoridad a la que prestaba su función de confianza o asesoramiento. Por Decreto de la Alcaldía de 29/6/2011 se nombró a la accionante como personal eventual para ejercer las funciones de apoyo al Grupo Municipal Socialista. En el Decreto se hacía la misma indicación anterior. El 28/5/2015 el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia acordó cesar, con efectos del día 12/6/2015, a la demandante consecuencia de la celebración de las elecciones locales, estando prevista la sesión constitutiva de la Corporación para 13/6/2015. El 29/7/2015 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia acordó inadmitir la reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral en materia de despido interpuesta por la actora al entender que la relación de prestación de servicios no era de naturaleza laboral sino administrativa.*

La sentencia de instancia estima la incompetencia de la jurisdicción laboral, con remisión al orden contencioso administrativo, para pronunciarse sobre la validez del cese acordado por el Ayuntamiento de Murcia en funciones. Argumenta que la actora ha sido nombrada por sucesivos decretos personal eventual para ejercer funciones de apoyo al

grupo municipal socialista, manteniéndose inalterada la naturaleza de la relación. La irregularidad denunciada se centra en que ha prestado servicios sin solución de continuidad durante 10 años, sin haber causada baja en la SS, tras el cese de una corporación y la entrada de la siguiente. Se estima que esta situación no tiene entidad suficiente como para desnaturalizar la relación funcional de confianza en laboral, máxime cuando las funciones que realizó son propias del personal eventual o de confianza para las que fue nombrada. Concluye que la demandante es personal eventual a pesar de que continuara trabajando en la corporación en funciones en el momento de cada elección, pero siempre amparada en un nombramiento. Recurrida en suplicación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 8 de febrero de 2017 (Rec 562/16) confirma la incompetencia de la jurisdicción social. La demandante es personal eventual del art. 89 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local y art. 8 y 12 del EBEP y en consecuencia son las normas administrativas las aplicables al supuesto de autos. Se trata de un puesto de confianza a tenor de la documentación y contratos de autos, por lo que no se está ante una relación laboral".

d) Auto del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 19 de abril de 2017, nº de Recurso: 2291/2016. En este caso examina la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada de 11 de febrero de 2016 (Rec 2185/15) que con revocación de la de instancia desestima la demanda, en la que la demandante solicitaba el reconocimiento de relación laboral indefinida con el Ayuntamiento de Linares desde el 1/1/2004, con los derechos inherentes a tal declaración, señalando al respecto:

"*La actora venía prestando servicios para el Ayuntamiento en virtud de contrato de duración determinado para obra o servicio desde el 1/1/2004, como administrativo de grupo político. Asimismo, consta el Acuerdo del alcalde para designar persona de confianza a la demandante*

en virtud de lo establecido en el art. 104.2 de la Ley de Bases de Régimen Local y la designación a la actora por parte del portavoz del Grupo Popular. Éste designa a la actora para atender labores administrativas, como personal de confianza del grupo político. Dicho puesto figura en la RPT del ayuntamiento. Las funciones de la actora son las del personal eventual de confianza.

Ante la estimación de la demanda, en suplicación el ayuntamiento plantea la incompetencia de la jurisdicción social al entender que la relación que une a las partes no es laboral dado que las funciones efectuadas eran de confianza y como tal fue designada. La Sala de suplicación sostiene que, en el presente caso, a diferencia de otros similares, lo que se está peticionando es la configuración de si la relación que une a las partes es o no laboral, para lo que sí es competente la jurisdicción social con independencia de la final calificación. Tras modificar el relato fáctico, analiza el nombramiento de la actora y las funciones por ésta desarrolladas, concluyendo que se trata de personal eventual o de confianza y la relación que vincula a las partes no es laboral, por lo que desestima la demanda".

A la vista de lo examinado debemos formular algunas consideraciones finales al respecto, en concreto:

Primera. El alcance legal de las funciones reservadas a los funcionarios eventuales de confianza política, se encuentra establecida en las previsiones del artículo 12.1 del TREBEP[3], lo que supone que nos

[3] *Artículo 12. Personal eventual.*

1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número

encontremos ante conceptos jurídicos indeterminados, que los tribunales delimitan, de forma subjetiva y contradictoria, así, nos encontramos que para unos, ciertas tareas no serían válidas, como por ejemplo, tareas o funciones propias de la actividad administrativa, en especial destaca las labores de auxiliar administrativo y secretaria. Por otro lado, parece que en algunos casos la jurisprudencia social vincula las funciones de confianza y asesoramiento con las tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan los cargos de autoridad política, donde deben predominar las notas de afinidad y proximidad política que son inherentes a la confianza.

Segunda. No podemos compartir el argumento base de la Jurisdicción Social para amparar su decisión de reclamar su competencia por existencia de un "fraude legis", y ello, en base a una clara precisión conceptual, en concreto, nos encontramos ante un acto administrativo (nombramiento), que si resulta no ajustado a derecho, es decir, existe una ilegalidad en el mismo, debe ser excluido del orden jurídico, y para ello, tenemos una institución jurídica clara y precisa, me refiero a la nulidad y anulabilidad de la actuación administrativa (artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015 LPAC), pudiendo concurrir en estos casos incluso la nulidad más radical, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto "efectos ex nunc" que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

---

máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.

4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.

5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

Y la única jurisdicción competente para proceder a esta clase de declaración es la contencioso administrativa, pues la existencia de un fraude legis, en la decisión administrativa de nombramiento, no puede ser título habilitante suficiente para que la jurisdicción social reclame su intervención, y más aún cuando estamos en presencia de una posible nulidad radical, por supuesto esto no impide que el afectado no pueda efectuar una reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento anormal de sus servicios, pero eso es otro debate, que desde luego, impediría a la jurisdicción social reclamar el carácter tuitivo del derecho laboral de posible aplicación.

Dicho lo anterior, coincidimos con Garrido Cuenca y Delgado Piqueras[4] en una consideración que debe destacarse a este respecto: "*Aunque es cierto que se puede evitar algún caso flagrante de fraude de ley en la contratación, las consecuencias de una generalización de esta doctrina pueden conducir a idéntico fraude de ley, pues conducen finalmente a perpetuar en sus puestos a quienes realmente no han superado el mínimo test constitucional de acceso al empleo público*".

3. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la declaración de la legalidad de las Relaciones de Puestos de Trabajo del personal laboral.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al examinar los procesos de amortizaciones de plazas laborales (en su mayor parte de indefinidos no fijos) por parte de las Administraciones, decisión que se concreta en las Relaciones de Puestos de Trabajo, en su Sentencia de 28 de octubre de 2013 (rec. nº 3252/2912), que confirma la sentencia de un Juzgado de lo Social, que declaraba nulo el despido y estima que la jurisdicción social puede examinar la validez de una Relación de Puestos de Trabajo, para

[4] Garrido Cuenca, N. y Delgado Piqueras, F. (2015), Op. cit.

verificar si la amortización de la plaza es real y legal, pero eso sí, mediante un trampantojo, como cuestión prejudicial.

«*la solución adoptada en este punto por la sentencia recurrida es la jurídicamente correcta, y acorde con la jurisprudencia de esta Sala, sobre el conocimiento prejudicial del orden social de las cuestiones contencioso-administrativas(…) Extremo que ya resolvió esta Sala afirmativamente en su STS/IV 10-julio-2000 (rec.4145/1998, Sala General), — seguida, entre otras, por las SSTS/IV 12-febrero-2001, 2 y 10-abril- 2001y 7-noviembre-2001–, en la que se establecía, esquemáticamente, que es incorrecta la doctrina de la sentencia de contraste al sostener que, para declarar la procedencia del cese, basta con comprobar la veracidad de la amortización de la plaza, refiriéndose con esa expresión a que el órgano judicial social sólo debe cerciorarse de que la amortización ha quedado constatada documentalmente y que para poder valorar con pleno conocimiento de causa si el cese contra el que se acciona se ha producido conforme a derecho o, por el contrario, constituye un despido improcedente, se hace preciso analizar, en la medida necesaria para resolver la cuestión, si se está o no en presencia de una auténtica amortización*».

Lo anterior supone que la jurisdicción social se considera competente para examinar como cuestión prejudicial la validez de un acto administrativo, lo que supone una declaración que, a nuestro juicio, de inicio, una clara colisión con la Ley 29/1998 de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa (LJCA). Es preciso destacar que esta línea de invasión competencial, tiene su antecedente en la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala General) el 27 de febrero de 2012 (rec. nº 3264/10), aunque con votos particulares, con gran lógica legal, señalaron al respecto:

«*La mayoría va más allá de sus competencias prejudiciales y entra a examinar si la amortización fue correcta, si la autorizaba la ley, y concluye que no, que fueron ficticias la amortización y la nueva R.P.T. Con ello*

asume competencias que no le son propias y que corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa con lo que viola el derecho constitucional al Juez natural (art. 24 Constitución).»

Pues bien, desgraciadamente parece que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha iniciado un camino sin retorno (salvo la remota posibilidad de intervención futura de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional), y esta decisión origina una razonable lista de cuestiones conflictivas, que detalla Chaves[5], y que compartimos:

– ¿Y si la jurisdicción contenciosa ha confirmado la validez por sentencia de la RPT o está conociendo de la impugnación indirecta de la RPT?

– ¿Se anula el despido y subsiste la RPT con el puesto amortizado, como arponero que arrastra una pata de palo?

– ¿Se abre el "forum shopping" para que se juegue a la ruleta con ambas jurisdicciones?

– ¿Seguirá el mismo criterio la jurisdicción contenciosa y cuando se impugne unos procedimientos selectivos de personal laboral, conocerá como cuestión prejudicial de la invalidez de los Convenios Colectivos?

De todas formas, de momento parece que la Jurisdicción Social todavía se autolimita en su desaforado deseo expansionista, ya que, al menos todavía no reclama la impugnación directa de Relaciones de Puestos de Trabajo de Personal Laboral que hasta este momento es una indubitada

[5] CHAVES, J.R. (2012), "La jurisdicción social hinca el diente a las Relaciones de Puestos de Trabajo", en https://delajusticia.com/2013/12/19/la-jurisidiccion-social-hinca-el-diente-a-las-relaciones-de-puestos-de-trabajo/

competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y, por otro lado, como señala Chaves[6]: "*parece claro que si hay una previa sentencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la RPT laboral, no cabe abordar cuestión prejudicial alguna por la Jurisdicción Social pues ya estaría zanjada por el competente, dado el carácter subordinado y subsidiario que tienen las cuestiones prejudiciales*".

Pero lo más preocupante es que esta "iluminada" invasión competencial de la Jurisdicción Social se extiende también al examen de la competencia para aprobar o modificar la RPT por el pleno municipal, atribuyendo la misma a este, en vez de a la Junta de Gobierno, es decir, ya no se limitan al examen de cuestiones referidas Al ámbito del régimen jurídico del personal , sino que extiende su competencia al régimen jurídico de organización y competencias de los órganos administrativos, es decir, a partir de ahora, por decisión de la jurisdicción social se ha extinguido la jurisdicción contenciosa, así, señalan al respecto:

"*En la aprobación o modificación de estos instrumentos puede tener competencias la Junta de Gobierno, pero la actuación consistente en suprimir 56 puestos de la plantilla con la consiguiente repercusión presupuestaria no puede quedar comprendida en las competencias relativas a la relación de puestos de trabajo. La RPT debe ajustarse a la plantilla aprobada por el órgano superior y no al revés, que la plantilla resulte modificada a través de una alteración de la RPT efectuada por el órgano inferior*", destacando que "*de otro lado no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido, pues se ha efectuado una modificación – reducción – de la plantilla durante la vigencia del Presupuesto y para ello es preciso seguir los mismos trámites de modificación del Presupuesto (art. 126.3 RD Legislativo 781/86) cuya aprobación final corresponde al Pleno*"; concluyendo, de lo expuesto, que

[6] CHAVES, J.R. (2012), op.cit.

"*a los efectos prejudiciales que interesan en este proceso, ha de entenderse que la decisión del Pleno del Ayuntamiento de Parla es ajustada a derecho no siéndolo, en cambio, la de la Junta de Gobierno Local*".

Así pues, estamos en presencia de una manifestación diáfana de un proceso de invasión competencial, sin soporte legal salvo el que le otorga su poder jurisdiccional, de la Jurisdicción Social sobre ámbitos competenciales de la Jurisdicción Contenciosa, que supone una grave alteración del orden jurídico, y en especial, las consecuencias que su desarrollo puede suponer para el respeto del orden constitucional sobre el empleo público, y ello, a la vista de posteriores pronunciamientos de esa jurisdicción sobre cuestiones tan importantes como la selección del empleo público en las sociedades públicas.

4. La invasión de la Jurisdicción Social sobre la competencia de la Jurisdicción contenciosa sobre la impugnación de Bases, convocatorias, procesos selectivos y la convocatoria y gestión de las bolsas de empleo.

Desde hace mucho tiempo no ha existido debate alguno sobre el control de la legalidad de las actuaciones de las Administraciones Publicas en relación con la selección del personal laboral y la competencia reservada exclusivamente al conocimiento de los órganos que integran la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, no es difícil concluir que tanto las normas como los principios que rigen los procedimientos de selección del personal al servicio público, son normas de Derecho Público, normas que tratan de tutelar de manera especialmente el interés general. Así recordemos que el artículo 9.4 de la LOPJ atribuye a ese orden jurisdiccional el conocimiento de las pretensiones sujetas a Derecho Administrativo, previsión que repite el artículo 1 de la LJCA. No cabe duda que las vicisitudes de la relación laboral, reguladas por el derecho laboral, aunque la empleadora sea una Administración Pública, debe ser objeto de

control de legalidad por los órganos judiciales del orden social. Sin embargo, en relación al acceso, estaríamos ante un acto separable regido por el derecho administrativo, de suerte que la consecuencia sería la competencia exclusiva de la jurisdicción contenciosa[7].

Pues bien, la jurisprudencia ha admitido su aplicación de forma pacífica cuando se trata de personal de nuevo ingreso, distinguiendo dos momentos concretos:

a) Las incidencias que se suscitan con carácter previo al nacimiento de la relación laboral, es decir, durante el desarrollo del proceso selectivo -actos relativos a la oferta de empleo, convocatoria y sus bases, desarrollo y ejecución del proceso selectivo, y los requisitos formales para la adquisición de la condición de empleado público.

b) Las actuaciones e incidencias que se originen tras haber finalizado el proceso selectivo y formalizado el contrato laboral, lo que supone que queda constituida la relación laboral[8].

En el primer caso, aplicando la doctrina de los actos separables, nos encontraríamos ante actos regulados por el Derecho administrativo, revestidos de un carácter público y, por consiguiente, atribuibles al orden contencioso-administrativo con independencia de que se pretenda formalizar un contrato de trabajo, cuya naturaleza sin duda es privada; en el segundo, por contra, en la actuación de la Administración ya no predomina ese carácter público, sino que su condición debe ser calificada de jurídico laboral en cuanto a sus efectos y desarrollo, de modo que las controversias suscitadas a este respecto se sustanciarán ante los Tribunales de la jurisdicción social, resultando a este respecto pacífica

[7] FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), "*Manual para la selección de Empleados Públicos*", 2ª edición (Revisada y actualizada), Wolters Kluwer - EL CONSULTOR DE LOS AYUNTAMIENTOS, Madrid, págs.582 y ss.

[8] FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), Op. cit, págs. 501 y ss.

durante mucho tiempo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala de lo Social[9].

Por otro lado, podemos destacar que por parte de la doctrina laboral y administrativa el tema parecía claro y pacífico, a este respecto nos remitimos, por todos, a los trabajos de Tomás Quintana López y Susana Rodríguez Escanciano[10], que sostienen que la nueva reforma de la Ley jurisdiccional, no altera este marco competencial. Y en el mismo sentido es destacable el trabajo «Fronteras del contencioso-administrativo» de Luis María Díez-Picazo Giménez[11] (Presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo), que señala que es preciso entender que las previsiones de la jurisdicción social sobre el enjuiciamiento de actos administrativos son excepciones, y como tal deben ser consideradas.

Pues bien, esta pacífica situación ha sido objeto de un giro de 180º por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que por cierto ya parecía anticipar de forma tímida en sentencias de los dos últimos años, pero ha sido ahora, cuando el **Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección Pleno, Sentencia 438/2019, 11 Jun. Rec. 132/2018,** reclama la competencia excluyente de toda actuación administrativa que tenga relación con un proceso selectivo para formalizar contratación laboral.

[9] En este sentido podemos destacar: (SSTS, en u. d., de 16 marzo 1992, rec. 991/1991 y de 19 junio 1992, rec. 1640/1991; STS de 21 julio 1992, rec. 1428/1992; SSTS, en u. d., de 11 marzo 1993, rec. 443/1992, de 10 noviembre 1993, rec. 4150/1992 y de 30 octubre 1996, rec. 975/1996; STS de 11 mayo 1998, rec. 4167/1997; STS de 26 junio 1998, rec. 4973/1997; STS de 29 mayo 2007, rec. 103/2006), STS, Sala de lo Social, Sentencia de 12 de mayo de 2011, rec. de casación 101/2010.

[10] QUINTANA LÓPEZ, T. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., (2012), «Límites Jurisdiccionales entre los órdenes contencioso-administrativo y social», *Revista Jurídica de Castilla y León*. nº 26.

[11] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. (2018), "Fronteras del contencioso-administrativo", *Revista Actualidad Administrativa*, nº 6, junio 2018, Editorial Wolters Kluwer.

La demanda, en concreto, insta la declaración de no equivalencia de titulaciones, desde un plano convencional, para interesar en consecuencia una concreta interpretación y modificación de una de las Bases de la Resolución por la que se convocan pruebas de Ingreso en la Administración del Principado de Asturias.

Para la resolución del extremo planteado acude el tribunal a la doctrina elaborada por esa Sala, marcando como punto de inflexión la promulgación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, cuya Exposición de motivos, a su juicio, entendió que era el "*momento de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales*". Así, entienden que con la nueva Ley reguladora de la jurisdicción social se afronta una modernización de la norma a partir de la concentración de la materia laboral, individual y colectiva, y de Seguridad Social en el orden social y de una mayor agilidad en la tramitación procesal, y también de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias, en concreto el Tribunal considera que:

"...la voluntad del legislador diseñada ya en el art. 1 del texto procesal laboral al residenciar en este orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, y también de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias., así como en la letra n) de su art. 2, atinente a la asignación al orden social de la jurisdicción del conocimiento de las "demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre

que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional.", revisando expresa y sustancialmente la dicción de la precedente de la LPL, en sus arts. 1 a 3 (LA LEY 1444/1995), en los que se había sustentado la doctrina tradicional a la hora de remitir la atribución de la competencia al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción.
Aquellos términos normativos no pueden sino significar la transferencia a este orden jurisdiccional social de la materia que abordamos: la interpretación e impugnación de las bases de la convocatoria del proceso de selección que ha llevado a cabo la Administración empleadora, en este caso en consonancia con lo acordado en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

[.....]

Ciertamente se entrelazan disposiciones de índole administrativo, y de ahí las cautelas por ejemplo establecidas para las OPE, las exigencias de índole presupuestario o el cauce procedimental. Ello no obsta la expresa valoración que el legislador ha realizado de la mayor especialización de la jurisdicción social, que ha de comprender el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, manifestando en la misma Exposición de Motivos de la LRJS (LA LEY 19110/2011) su voluntad de proyección como auténticamente social y a tal efecto la revisión que verifica del ámbito de cobertura, de la esfera de su conocimiento (calificada de principal novedad), en relación con la normativa anterior, con el objetivo último, según enseñaba aquel preámbulo, de conseguir la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial, generándose así un marco adecuado al ejercicio efectivo de los derechos y libertades por parte de la ciudadanía. Un marco que se articula a partir de la comprensión del trabajo no exclusivamente como medio en los sistemas productivos sino como un fin en sí mismo del que se derivan derechos necesitados de una especial tutela jurídica.

Bascula de esta manera el entendimiento mismo de todas las fases de la contratación del personal laboral en favor del orden social, comprendiendo igualmente la preparatoria que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes. Su calificación de materia social resulta innegable, y en consecuencia tiene acceso a la vía jurisdiccional social y a la especial tutela que el legislador le encomienda."

Pues bien, con relación a los argumentos de la Sala debemos manifestar nuestras principales discrepancias al respecto:

Primero. Es curioso destacar que, de entrada, la sala utiliza como argumento inicial que el objeto del proceso es un "conflicto colectivo" por incumplimiento de un Convenio Colectivo, por lo cual está justificada de inicio su vis atractiva, aunque el objeto real del debate no es el conflicto (procedimiento incorrectamente admitido a trámite), sino la violación del derecho en la elaboración de unas bases de convocatoria, es decir, la legalidad o no, de unas bases administrativas, por lo que resultaría de aplicación la competencia sobre cuestiones prejudiciales del orden contencioso administrativo, conforme determina el artículo 4º.1. de la Ley 29/1998 L.J.

Segundo. Sorprende enormemente que la Sala utilice como referencia de doctrina judicial de la Sala, los pronunciamientos de la misma, reclamando su competencia para enjuiciar las bases de una selección, pero referida a empresas públicas, en este caso RENFE y la Sociedad de CORREOS, que conforme las previsiones de la LJ CA siempre han estado fuera del ámbito de control de la misma, y siempre, sin discusión han sido objeto de control por la Jurisdicción Social. La pregunta sería ¿A qué viene ahora utilizar como justificación una doctrina que nadie ha discutido ni ha generado conflicto?, ya que, nadie ha discutido la competencia sobre el sector público empresarial, que queda fuera del ámbito administrativo, salvo cuando ejerzan funciones sometidas al

derecho administrativo. Nos parece que estamos en presencia de un intento de crear un estado de opinión artificioso para justificar su posterior dislate.

Tercero. Pero las sorpresas de esta sentencia no cesan, y así nos encontramos con una declaración realmente sorpresiva y de muy difícil comprensión legal, que resulta incoherente con su propia doctrina, en concreto, manifiesta la Sala, que cuando estamos en presencia de convocatorias de selección y lógicamente unas bases comunes para funcionarios y personal laboral, entonces la competencia es de la jurisdicción contencioso administrativa, y ello, ¿por qué?, no lo explican. Parece que sitúa la Sala en situación de preeminencia "ad personam" a los funcionarios sobre el personal laboral, cediendo su competencia exclusiva para enjuiciar los procesos selectivos laborales a la jurisdicción contenciosa, realmente esta argumentación carece de todo fundamento razonable y es una pura creación artificiosa.

Cuarto. Y entramos en la parte esencial de su argumentación, que a nuestro juicio, resulta claramente deficiente; ya que, si se examina con detalle la exposición de motivos (apartado III) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se puede comprobar que no es posible reconducir las previsiones del artículo 1º, absolutamente genérico y la frase final del apartado n) del art. 2º, referida a los actos administrativos sobre "material laboral" como título legal suficiente para reclamar la competencia a este respecto, para además conectar esas previsiones con lo que denominan "*rama social del derecho*", de forma que entienden que el legislador les ha otorgado una patente de corso para extender su jurisdicción sin límite expreso: "*a todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión pueden calificarse de sociales*", y de esta manera nos encontramos que esta jurisdicción y su competencia estará sometida permanente a una interpretación, por supuesto "extensiva" de su jurisdicción, es decir, un ejemplo perfecto de seguridad

jurídica de "soft law". De forma que este planteamiento que formula la Sala **nos llevaría necesariamente a considerar que cualquier decisión administrativa que afecte, por ejemplo: convocatorias de cualquier subvención de tipo social, regulación del precio de la luz y el bono social, la autorización e inscripción de los estatutos de una fundación con fines sociales, el régimen de copago de medicamentos, o cualquier otra ocurrencia debería residenciarse ante la jurisdicción social.** Realmente es un auténtico "desiderátum" y una manifestación clara de la teoría del "voluntarismo decisionista" de Carl Schmitt.

Pero claro, toda esta argumentación obvia una parte esencial de la exposición de motivos, que olvida citar la sala, en concreto, nos referimos al (apartado III) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, que justamente explica cuáles son los límites de la ampliación jurisdiccional a ciertos actos administrativos que en estos momentos podrán ser objeto de examen por la Jurisdicción Social y que como señala Díez-Picazo Giménez[12], es preciso entender que las previsiones de la jurisdicción social sobre el enjuiciamiento de actos administrativos: "**son excepciones, y como tal deben ser consideradas",** resultando preciso a este respecto, examinar la parte obviada por el Tribunal Supremo de esa exposición de motivos, que resulta esencial para una adecuada interpretación sistemática del orden competencial:

"La ordenación de las materias objeto de conocimiento por el orden social se lleva a cabo en los tres primeros artículos de la Ley, donde cabe destacar algunas novedades significativas.

Por un lado, se produce una unificación de la materia laboral que permite dar una cobertura más especializada y coherente a los distintos elementos de la materia laboral. Es el caso de la concentración en el orden

[12] Díez-Picazo Giménez, L.M., (2018), Op. cit.

jurisdiccional social de todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y que hasta ahora obligaban a los afectados a acudir necesariamente para intentar lograr la tutela judicial efectiva a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social.

Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo, creándose un ámbito unitario de tutela jurisdiccional para el resarcimiento integral del daño causado. En este punto la Ley sigue al pacto social concretado en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), así como a un amplio consenso de la doctrina científica.

Asimismo, esta unificación permite de manera general convertir el orden social en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos. De este modo no sólo se fortalecen los instrumentos judiciales para proteger a las víctimas de accidentes de trabajo, sino que además se disponen los recursos para hacer efectiva la deuda de protección del empresario y la prevención de riesgos laborales. Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno, incluyendo a los funcionarios o personal estatutario, quienes deberán plantear, en su caso, sus reclamaciones ante el orden jurisdiccional social en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial o estatutaria o laboral. Se incluyen además competencias sobre medidas cautelares. Por último, se asigna al orden social la competencia sobre las cuestiones relativas a los órganos de representación de personal en materia relacionada con la prevención de

riesgos en el trabajo, a través, en su caso, de los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, con independencia del tipo de personal que intervenga en su designación o composición.

Modernizar la normativa procesal laboral facilita, en consecuencia, el efectivo cumplimiento de las políticas de promoción de la salud y seguridad en el lugar de trabajo, evita la necesidad de intervención sucesiva de diversos órdenes jurisdiccionales, que ocasiona dilaciones, gastos innecesarios y pronunciamientos diversos contradictorios, al tiempo que proporciona un marco normativo que garantice la seguridad jurídica.

Por otro lado, la unificación de la materia laboral en el orden social convierte también a éste en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. Además de la mencionada atracción competencial de los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, se unifica el conocimiento de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso.

En este punto, se pretende asimismo dar respuesta a las exigencias de la doctrina constitucional emanada de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre. Esta sentencia posibilita la extensión competencial del orden social frente a los terceros sujetos causantes de la vulneración de un derecho fundamental e interpreta que también puede ser sujeto activo del acoso el trabajador de una tercera empresa. Corresponde al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional

civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador.

Otra de las cuestiones de mayor trascendencia en el ámbito laboral es la impugnación de los actos administrativos, singulares o generales, en materia laboral y de seguridad social y, en especial, de las resoluciones contractuales colectivas por causas objetivas, por lo que, por último, se especifica su atribución al orden social. Esta Ley pretende clarificar la jurisdicción competente sobre las esenciales materias relativas a la asistencia y protección social pública, asignando al orden jurisdiccional social, las relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y continuando las restantes como objeto de conocimiento del orden contencioso-administrativo. Con ello se adapta la normativa procesal laboral a la doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al artículo 41 de la Constitución y, de esta manera, la jurisdicción social queda configurada como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social.".

La claridad y precisión delimitadora de la exposición de motivos no ofrece duda, la interpretación extensiva de las previsiones del artículo 2º n) resulta absolutamente ilegal, por su colisión directa con las previsiones del artículo 1.1 de la LJCA y no ajustarse a la finalidad de la norma, y por ello, debemos rechazar de plano, la pretensión de esa Sala de reclamar competencia sobre toda clase de actos administrativos relacionados con procesos selectivos.

Quinto. Pero a todo lo anterior, por si no fuera suficiente, debemos destacar, la última "ocurrencia" de la Sala en su sentencia, cuando anticipa y deja abierta la puerta a reclamar su competencia exclusiva para

el control de las ofertas de empleo público, procedimiento administrativo de elaboración y aprobación de bases y convocatorias y desarrollo de los procesos selectivos siempre que afecten a personal laboral, ya que consideran que son materias conexas a su orden jurisdiccional.

Como podemos apreciar la Jurisdicción Social cada día se supera en sus incoherencias y dislates, por si no hubiera sido suficiente con el caballo de Troya que crearon con la figura del personal "indefinido no fijo", y que solo ha servicio para crear un foco de conflicto, daños a los derechos de los ciudadanos e inseguridad jurídica, ahora nos encontramos con este nuevo conflicto innecesario e irracional, si bien, parece que el tema no finaliza pues a continuación veremos otra nueva "ocurrencia" de esta misma Jurisdicción, que atenta directamente al orden social, me refiero a la exención del cumplimiento de cualquier exigencia legal para la selección de personal laboral en el Sector Público.

Por último, procede realizar otra reflexión sobre otra cuestión directamente relacionada a la vista de lo expuesto, ¿Cuál es la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones contra las decisiones de gestión de las Bolsas de trabajo de personal laboral temporal?

Lógicamente en este caso nos encontramos con el mismo problema de invasión competencial por parte de la Jurisdicción social. En efecto, a lo largo de estos años podemos destacar que se ha mantenido sin discusión la competencia del orden contencioso[13], pudiendo reseñar al respecto múltiples pronunciamientos a favor de la Jurisdicción contenciosa[14].

[13] A este respecto nos remitimos a lo expuesto de forma más amplia en nuestro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), Op. cit., págs. 563 y ss.

[14] Entre otros muchos: Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sentencia 71/2013, de 30 de enero (LA LEY 38154/2013); Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sentencia 648/2013, de 30 de septiembre (LA LEY 149031/2013); Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sentencia núm. 793/2017

Pues bien, este ámbito ha sido precisamente el conejillo de indias que ha utilizado el Tribunal Supremo, antes de dictar la desgarradora sentencia anterior, eso sí, amparándose también en que la formulación de la demanda surge no de una reclamación individual sino de un conflicto colectivo, así, la Sección 1ª de la sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 abril 2015 (LA LEY 99984/2015)[15], y también destaca en este mismo sentido, el pronunciamiento del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia de 5 octubre de 2016 (LA LEY 161326/2016), que

---

de 28 diciembre (LA LEY 208074/2017); Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, Sentencia núm. 502/2015 de 17 julio (LA LEY 164382/2015) y Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia 576/2017 de 27 de octubre (LA LEY 184462/2017).

[15] Tribunal Supremo, Sección 1ª de la sala de lo Social Sentencia de 28 abril 2015 (LA LEY 99984/2015).

«*Como ya pusieron de relieve las sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1997 (recurso 2372/97) y de 19 de enero de 1999 (recurso 1857/98 (LA LEY 3134/1999)), en este tipo de casos no se cuestionan jurisdiccionalmente verdaderos derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras "expectativas de derechos" a los mismos. Y siendo esto así, frente a lo en ellas sostenido, la incompetencia de la Jurisdicción es clara, puesto que dichas meras "expectativas" ni siquiera pueden fundar la existencia de un precontrato que de existir, sí quedaría comprendido en el ámbito del Orden Social de la Jurisdicción; todo ello con independencia de que las "listas" controvertidas hayan sido elaboradas por la Administración Pública, bien en virtud de reglas o bases contenidas en normas reglamentarias, bien como consecuencia de acuerdos con las Organizaciones sindicales.*

Esta doctrina de la Sala puede entenderse modificada por la entrada en vigor de la disposición contenida en la letra n), del art. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LA LEY 19110/2011) (LRJS), que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de las «demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional».

Por otra parte, en todos estos casos resueltos por la jurisprudencia que acabamos de mencionar se trata de procesos ordinarios planteados individualmente por personas que figuraban en las listas o bolsas de trabajo reclamando su mejor derecho respecto a la persona nombrada y discutiendo jurídicamente esta cuestión frente a la Administración contratante y a la persona a la que se considera indebidamente contratada. Pero en el supuesto ahora debatido se plantea un conflicto colectivo por los representantes legales y sindicales de los trabajadores integrantes de las referidas bolsas de trabajo, para exigir —en lo que a la reclamación principal se refiere— que en la contratación se siga por la Administración demandada, en su actuación como empresa, el orden de preferencia derivado de la puntuación de cada uno, establecido en el art. 19.1 del Convenio Colectivo».

reitera la misma argumentación, también utilizando la vía de escape de que estamos en presencia de un «conflicto colectivo», y no de una reclamación individual, y como único argumento transcribe la literalidad del artículo 2 n) de la Ley de la Jurisdicción Social.

Por lo tanto, parece que la voracidad de la jurisdicción social se extiende también a la gestión de las bolsas de empleo y esta pretensión de la jurisdicción social parece que es reflejo del permanente enfrentamiento con la jurisdicción contenciosa, que hay que reconocer, está ganando la primera por inacción de la segunda.

5. La patente de corso otorgada por la Jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas (ATS 1067/2019, de 24 de enero (Sala de lo Social)[16]

Nos encontramos ante unas decisiones judiciales de gran transcendencia jurídica y social, ya que conforme declara el Auto del Tribunal Supremo, este asume la declaración del TSJ de Madrid: *«al personal laboral que presta servicios por cuenta y orden de sociedades mercantiles públicas —sector público empresarial— independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, ni tampoco el EBEP, lo que determina el éxito del recurso y que se califique la relación en la empresa de carácter indefinido».*

La argumentación jurídica del Auto del Tribunal Supremo y de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que siguen la misma

[16] Esta cuestión ha sido objeto de un estudio más profundo en otros trabajos a los cuales me remito, FONDEVILA ANTOLIN, J., (2019), "La patente de corso otorgada por la jurisdicción social para la arbitraria contratación del personal de las sociedades públicas", *Revista Actualidad Administrativa nº 7-8*, julio-agosto, 2019, y en *Diario La Ley*, Nº 9450, Sección Temas de hoy, 5 de Julio de 2019, Wolters Kluwer, y aún con mayor amplitud en "El cuestionable amparo de la Jurisdicción Social y la arbitrariedad en el acceso al empleo en las sociedades públicas", Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas, nº 17 (2019), en prensa.

línea de consideraciones, conforme lo expuesto anteriormente, no aportan justificación alguna de cuáles son las razones por las que quiebran en su argumentación todas las reglas de la hermenéutica, además de presentar claras deficiencias interpretativas en la aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

Así, nos encontramos que este Auto del Tribunal Supremo y las citadas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, obvian una cuestión esencial y determinante en su argumentación, en concreto, el carácter de legislación básica del TREBEP, lo que supone que cualquier legislación general o específica proveniente cualquier administración territorial, incluido también el Estado Central en la legislación referida a su propio ámbito subjetivo, está sometida a las previsiones de la legislación básica que incorpora un nuevo régimen jurídico básico de aplicación obligada, e incluso podríamos hablar de directo desplazamiento de cualquier legislación preexistente que colisione con sus mandatos, si bien, con las matizaciones que al respecto a incorporado el Tribunal Constitucional[17], pero es que además en este caso no hay colisión sino en todo caso ausencia de regulación, que resulta complementada por las nuevas previsiones del TREBEP.

Además, hemos comprobado que tras examinar el proceso de elaboración y tramitación parlamentaria del EBEP, así como la doctrina académica pacífica, tanto administrativa como laboral, y el examen de la legislación general, que con relación al concepto «sector público», término recogido expresamente en la Disp. Adicional primera del TREBEP, nos encontramos

[17] Sobre la funcionalidad y alcance la legislación básica nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2005), «Reflexiones en torno al informe para la preparación de un Estatuto Básico del empleado público: especial referencia a la propuesta de reducción del contenido y alcance de lo básico», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*; MAP-INAP; n.º 298-299.

ante un concepto legal, perfectamente delimitado, en cuyo seno existen varios subsectores, entre la que se encuentra el sector público empresarial, de forma que resultaría de aplicación necesaria las reglas «*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*» y como complemento «*in claris non fit interpretatio*», además de la incorporación de la regla del criterio teleológico, y todo ello, nos lleva a una única posible conclusión, que no es otra que considerar que las sociedades públicas se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición adicional primera del TREBEP, ya que el concepto legal de sector público comprende todos los subsectores. Algo que el Tribunal Supremo rechaza de forma tácita (dado que no aporta explicación alguna a esa discriminación), lo que resulta inexplicable conforme las reglas de interpretación normativa.

A lo anteriormente expuesto, debemos añadir las deficiencias aplicativas de la normativa utilizada por los tribunales, todas ellas anteriores a la entrada en vigor del EBEP, en concreto, nos referimos a la LOFAGE y la LPAP, y ello, por cuanto, como hemos acreditado anteriormente, en primer lugar, esa normativa solo despliega sus efectos en el ámbito de la administración del Estado Central, y en segundo lugar, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la LOFAGE se encuentra derogada de forma expresa por la LRJSP, la cual curiosamente ya incorpora en su nueva regulación las exigencias del TREBEP, lo que no significa que en este punto no se encontraran ya superadas desde el año 2007 por aplicación debida de la legislación básica.

Desde luego, parece que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que el tema no está residenciado en la equiparación o no de ámbitos de cada subsector y sus diferencias de naturaleza o régimen jurídico de gestión, y ello, por cuanto, y está es la clave, la aprobación del EBEP y más en concreto, su disposición adicional primera, tiene precisamente la finalidad de poner coto al proceso de huida del derecho administrativo y de

despilfarro económico y social sin control del subsector empresarial, y por ello, decide establecer un régimen general y común al conjunto del sector público, sin distinciones ni especialidades, salvo las ya previstas en la citada disposición adicional, y ello, encuentra su fundamento en el orden axiológico constitucional, que también rechaza el Tribunal Supremo, eso sí, sin aportar tampoco argumento jurídico alguno, y sobre esta cuestión dada su extensión y complejidad nos remitimos para un examen más completo a López Gómez[18] y Fondevila Antolín[19], pero dicho esto es precisamente la existencia de un orden constitucional el que determina el sometimiento de todo el sector público a los principios constitucionales de legalidad, Objetividad e interdicción de la arbitrariedad, lo que conlleva asimismo la necesaria aplicación del artículo 103.3 de la CE[20].

Por lo tanto, si jurídicamente parece que la cuestión ofrece poco margen para la discusión en cuanto al cuestionamiento de estas sentencias por la ausencia de fundamento tanto en los criterios interpretativos utilizados, como en especial de justificación legal de las mismas, no podemos evitar preguntarnos si no estamos en presencia de una manifestación del tradicional conflicto sobre ámbitos competenciales entre jurisdicciones social y contencioso-administrativo en el ámbito del empleo público que venimos exponiendo, que en una reiterada interpretación excesiva, injusta y no acorde con el orden constitucional por parte de la Jurisdicción Social de un principio exclusivo del Derecho Laboral (carácter tuitivo del mismo), que no ostenta naturaleza constitucional, está pretende imponer este principio simplemente ordinamental, en el sentido clásico definido por

[18] LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), "*La Relación laboral especial de empleo público*", Thomson-Reuters/Civitas, Madrid, págs. 117 y ss.

[19] FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000), Op. cit., págs. 201 y ss.

[20] PAREJO ALFONSO, L. (1983), "*Estado Social y Administración Pública (los postulados constitucionales de la reforma administrativa)*", Civitas, Madrid.

Santi Romano, sobre los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad, eficacia, objetividad, e interdicción de la arbitrariedad), que resultan rechazados de forma expresa en esas sentencias, lo que supone un grave deterioro para el eficaz y profesional desarrollo de nuestras administraciones públicas, en sentido lato, mandato expreso del artículo 103.1 CE que se proyecta sobre todo el sector público. Ante este panorama jurisprudencial y su análisis, este nos lleva a considerar que estamos en presencia una actuación planificada para obviar los principios constitucionales, en beneficio de principios simplemente ordinamentales sin la obligada y necesaria ponderación de las graves consecuencias de esas decisiones para el presupuesto público y los derechos y expectativas de los ciudadanos en el acceso al empleo público, pues aunque se quiera negar lo obvio, estamos en presencia de empleados públicos, ya que los mismos perciben sus salarios con cargo directa o indirectamente a los presupuestos generales de las administraciones públicas.

Expuestas las conclusiones de carácter jurídico, es preciso también realizar una valoración social de las graves consecuencias de esta línea jurisprudencial, en concreto:

a) Por medio de este Auto y sentencias se otorga patente de corso a los gestores directivos de las sociedades públicas para que con los fondos públicos provenientes de los presupuestos generales de cada administración, se pueda reclutar de forma arbitraria y sin control alguno a cualquier persona, sin resultar necesario que acrediten mérito o capacidad alguna, además de que con ello, se limite de forma arbitraria las posibilidades de cualquier ciudadano a optar al acceso a uno de estos puestos. Es decir, en «*roman paladino*», cualquier gestor público, sin objeción alguna podrá contratar con carácter de indefinido a toda su familia, en todos los grados, como asimismo a amigos, conocidos o, la vieja y consolidada institución nacional de los «recomendados» por aquellos a los que debe su designación como gestor, recordemos que

pasados 12 años seguimos a la espera de un Estatuto del Personal Directivo profesional. Lógicamente, las consideraciones anteriores no suponen que nuestra valoración suponga una generalización peyorativa sobre la actividad de los responsables gestores de sociedades públicas, que seguro resultaría injusta, sino que nos limitamos a detectar y advertir de un problema ya viejo y repetido en nuestro país.

b) Resulta muy doloroso que en pleno siglo XXI, y tras una crisis económica que ha arrasado a nuestro país, precisamente, entre otras causas, por el clientelismo, despilfarro y corrupción en nuestras administraciones, ahora nos encontremos que en vez de dar los necesarios pasos para una reforma que suponga una profesionalización y renovación del Sector público en su integridad para garantizar los intereses generales (a este respecto resultan de gran interés diversos trabajos de Jiménez Asensio[21] y Ramió[22]), nos encontremos con una vuelta a los modelos clientelares y arbitrarios del siglo XIX y XX, y ello, a pesar de los mandatos constitucionales, y en especial, el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, esto no acaba aquí, sino que a la vista de la actual y problemática situación de la subrogación del personal de las sociedades públicas, como consecuencia de la asunción por la Jurisdicción Social de la

[21] JIMENEZ ASENSIO, R. (2018), entre otros trabajos, «Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. Extra 2, 2018, págs. 8-29, también, "España, ¿un país sin frenos?" (2015), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 56, 2015, págs. 36-55, y finalmente, "Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en las instituciones", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº. 5, 2013, págs. 45-67.

[22] RAMIO MATAS, C., (2016), "La renovación de la función pública. Estrategias para frenar la corrupción política en España", Los libros de la Catarata, Madrid, también, (2015), "Administración pública y crisis institucional: estrategias de reforma e innovación para España y América Latina", Tecnos, Madrid, y finalmente su último trabajo, (2019), "Inteligencia artificial y Administración pública Robots y humanos compartiendo el servicio público", Los libros de la Catarata, Madrid.

doctrina del TJUE[23], en poco tiempo este personal, sin prueba alguna ni control, pasara a la condición de empleado público laboral de las correspondientes administraciones generales, y tras conseguir la primera fase, por exigencias sindicales se procederá a convocar la correspondiente promoción cruzada, mediante pruebas mínimas o simples cursos formativos, «aparentemente y formalmente» selectivos, y accederán a la condición de funcionarios de carrera. Así pues, debemos preguntarnos: Quo Vadis?, administración pública, y la respuesta es un sonoro silencio.

II. LOS INDEFINIDIOS NO FIJOS DE PLANTILLA: una solución o realmente una generación de más problemas para el empleo público.

1. Una crítica a la vis expansiva de la Jurisdicción social con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo[24].

Lo primero que llama la atención es la inexplicable "vis expansiva" de la jurisdicción social sobre el empleo público con referencia a las situaciones y actuaciones que han dado origen al reconocimiento de la figura del indefinido no fijo, ya que, como se ha podido apreciar en todos los supuestos existe siempre de forma previa, como no podía ser de otra manera, una decisión o actuación administrativa (recuerdo que el acto administrativo tácito es una figura reconocida por nuestra jurisprudencia)

[23] De inicio la STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto V-463/2009) y en especial, la reciente STJUE 13 de junio 2019 (C-317/18), Asunto Correia Moreira, en el marco de la aplicación de la Directiva 2001/23 a un supuesto de reversión («internalización») de un servicio a un Ayuntamiento. Asimismo, resulta interesante la lectura de MAURI MAJÓS, J. (2017), "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal", *Revista Cuadernos de Derecho Local*, nº 43, y también CASTILLO BLANCO, F. (2017), "*La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*", CEMICAL, Barcelona.

[24] Esta cuestión ha sido objeto de un estudio más amplio y detallado en otro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2018), "*Problemas y soluciones al empleo público actual: Una Valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP*", Editorial CEMCI – Granada, págs. 195 y ss.

por lo cual de forma previa a la formalización de la relación jurídica laboral se toma una decisión, da lo mismo que esta afecte a la renovación contractual, utilización de un tipo de contrato inadecuado legalmente, como a un uso en fraude de ley de las condiciones de un contrato administrativo (contrato de servicios), en todas estas actuaciones existe una actuación previa de la administración, y estas por su propia naturaleza se encuentran residenciadas en el orden contencioso administrativo y no en el orden social.

Así, debo recordar que tanto por aplicación de la conocida doctrina de los "actos separables", como en especial por la propia doctrina consolidada de nuestros tribunales que excluyen de la competencia del orden social todos los procesos selectivos, en concreto, me refiero al recurso para unificación de doctrina que resolvió la Sala General del Tribunal Supremo que emitió dos sentencias el 14 de octubre de 2000 (Recursos nº 3647/1998 y 5003/1998), declarando la incompetencia de la Jurisdicción Social, la doctrina unificada por las mencionadas sentencias del Pleno de la Sala, fue seguida luego por otras, como la de 7 de febrero de 2003 (Rec nº 1585/2002) y la de 3 de mayo de 2006 (Rec nº 642/2005), que atribuye el conocimiento de estas cuestiones al orden jurisdiccional contencioso administrativo, basándose en unas razones que resultan de directa aplicación a este caso, es cierto, que en el caso de procesos de encadenamiento de contratos se podría argumentar la existencia previa de una relación contractual, pero precisamente porque la misma se ha extinguido es por lo que se produce la renovación, y esto supone la constitución de una nueva relación jurídica, que desde el criterio del orden contencioso administrativo resulta clara la competencia para examinar la legalidad de la decisión adoptada por la administración. Estas declaraciones jurisdiccionales se han mantenido en el mismo sentido, en posteriores pronunciamientos de diferentes Tribunales Superiores, así podemos destacar Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, sentencia de 9 dic. 2009, Rec. nº 3892/2009 y Tribunal

Supremo, Sala de lo Social, sentencia de 12 de mayo de 2011, Rec. Casación nº 101/2010.

Entiendo que la actual configuración tanto de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su artículo 3, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, no impiden esta interpretación, y en todo caso, si se quiere ser efectivo y de una vez por todas poner freno a este profundo cáncer, de lege ferenda, modifíquese esta cuestión y se reconozca claramente la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa al respecto, pero reitero que no lo estimo necesario ya que simplemente estamos en presencia de un proceso de vis expansiva sin justificación alguna por parte de la jurisdicción social, aunque desde luego en estos momentos supongo que salvo por decisión normativa nadie va a querer renunciar a este juguete. Lógicamente la consecuencia en todos estos casos sería la nulidad de pleno derecho de la actuación administrativa, pues entre otras cosas se estaría violando derechos constitucionales susceptibles de especial protección constitucional (art. 18 y 23.2 CE), y como consecuencia de ello, la inexistencia del acto "efectos ex nunc" que conlleva también la desaparición de cualquier acto posterior.

Esta posición parece que es compartida en parte por Sala Franco como he señalado anteriormente, si bien, este la limita para los casos en que se haya producido una contratación de forma directa por la Administración prescindiendo de cualquier procedimiento de selección, por lo cual el contrato celebrado en esas circunstancias debería calificarse como nulo, y añade que también procedería aplicar las previsiones del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, pagando al trabajador la remuneración correspondiente a los servicios prestados y extinguiendo la relación laboral, añadiendo que en estos supuestos, si la causa de nulidad no es imputable al trabajador, éste podrá exigir la correspondiente

indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración. Pues bien, estas últimas consideraciones formuladas por Sala son compartidas, entiendo que resulta razonable y comprensible la exigencias de responsabilidades y elementos indemnizatorios, siempre que quede acreditada la buena fe del trabajador, aunque ese es otro cantar, pero sigo manteniendo que el ámbito expansivo de situaciones y actuaciones administrativas que dan soporte fáctico a la figura del indefinido no fijo también se encuentran sometidas como he explicado al régimen previo de la jurisdicción contenciosa, por aplicación de la institución de la responsabilidad patrimonial de la administración.

Y finalmente, solo mencionar que la creación de este instrumento distorsionador, cuya configuración y construcción de su Estatuto Jurídico se está realizando a golpe de los vaivenes de los debates internos de la jurisprudencia Social, lo que supone una fuente de permanentes conflictos y de ausencia de seguridad jurídica, así, a título meramente ejemplificativo, la naturaleza de su relación que ha pasado de contrato no sometido a término sino a una condición resolutoria implícita (cobertura reglamentaria de la plaza) a considerar ahora que el contrato indefinido no fijo no es temporal (pero tampoco fijo), sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de marzo de 2017, rcud. nº 1664/2015, y para rematar la faena del desquiciamiento jurisprudencial, los trabajadores indefinidos no fijos se equiparán a los temporales a efectos de merecer la tutela antidiscriminatoria de la Directiva 1999/70/CE: sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018, rec. nº 27/2017, qué más podemos añadir, sin comentarios.

Así, ante la grave situación de disfunción absoluta en la gestión de recursos humanos debido a la incorporación de este nefasto instrumento que no ha resuelto nada desde un punto de vista de mejora del servicio público y de garantías en el acceso al empleo público, y tampoco ha

aportado solución alguna a la resolución del conflicto sobre la excesiva temporalidad, sino que, al contrario, la ha fomentado, y además mediante decisiones espurias, que han rozado en muchas ocasiones la desviación de poder y la arbitrariedad. Y, por otro lado, tampoco ha permitido evitar el debate y sentencias parcialmente condenatorias por parte del TJUE. Por ello, estimo que es necesario adoptar medidas claras y contundentes con respecto a las decisiones políticas y administrativas que son origen de este dislate jurídico y organizativo, y estas, a mi juicio, deberían centrarse especialmente en el ámbito de la exigencia de las responsabilidades de autoridades y funcionarios[25], y asimismo, incorporar otras que obliguen a

[25] A este respecto se debería tomar como referencia las medidas adoptadas por Italia y Grecia, que por cierto el TJUE ha considerado suficientes y adecuadas, en los términos previstos en el Acuerdo Marco y la Directiva 1999/70/CE:

1. Derecho Griego. Asunto Angelidaky

Existe una prohibición de conversión en el art. 103.2 y 8 de la Constitución de la República Helénica.[25] Por lo que se refiere a las medidas para prevenir y sancionar los abusos en la contratación temporal, el Decreto Presidencial 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público (FEK A 134/19.7.2004), adaptó a la Directiva 1999/70 la legislación helénica aplicable al personal del Estado y del sector público en sentido amplio:

a) Prohibición de contratos sucesivos.

El art. 5 del Decreto Presidencial 164/2004 está redactado en los siguientes términos:

"*Contratos sucesivos: 1. Quedan prohibidos los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares cuando el intervalo entre estos contratos sea inferior a tres meses. 2. Excepcionalmente se permitirá celebrar estos contratos en los supuestos en que estén justificados por una razón objetiva. Existe una razón objetiva cuando los contratos que sigan al contrato inicial se celebren para atender necesidades especiales del mismo tipo, que guarden conexión directa e inmediata con las características, la naturaleza o la actividad de la empresa. [...]. 4. El número de contratos sucesivos no podrá ser, en ningún caso, superior a tres, salvo lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente*".

b) Duración máxima de los contratos temporales.

El art. 6 de dicho Decreto establece:

"*Duración máxima: 1. Los contratos sucesivos celebrados y ejecutados entre el mismo empleador y el mismo trabajador en una actividad idéntica o similar y bajo condiciones laborales idénticas o similares,*

no podrán exceder de un período total de empleo de veinticuatro meses, con independencia de que se celebren en aplicación del artículo precedente o de otras disposiciones de la legislación vigente. 2, La duración total del período de empleo sólo podrá exceder de veinticuatro meses cuando se trate de categorías especiales de trabajadores, en atención a la naturaleza y a las características de la prestación laboral, previstas en la legislación vigente, como, en particular, en el caso de los directivos, de los trabajadores contratados en el marco de un programa específico de investigación o de programas subvencionados o financiados, y de los trabajadores contratados para la realización de trabajos vinculados al cumplimiento de obligaciones derivadas de convenios celebrados con organismos internacionales".

c) Sanciones por incumplimiento.

El art. 7 del Decreto Presidencial 164/2004 dispone:

"*Sanciones del incumplimiento: 1. Todo contrato celebrado en infracción de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto es nulo de pleno derecho. 2. En caso de que el contrato nulo se haya ejecutado total o parcialmente se abonarán al trabajador las cantidades de dinero que se le adeuden con arreglo a dicho contrato y las cantidades eventualmente pagadas no serán repetibles. El trabajador tiene derecho, en concepto de indemnización por el período en que fue ejecutado el contrato de trabajo nulo, a percibir la cantidad a la que tendría derecho un trabajador equivalente con un contrato por tiempo indefinido en caso de rescisión de su contrato. Si hay más de un contrato nulo, el período considerado a efectos del cálculo de la indemnización del daño es la duración total del período de empleo con arreglo a los contratos nulos. Las cantidades de dinero pagadas por el empresario al trabajador se imputarán al responsable. 3. El infractor de las disposiciones de los artículos 5 y 6 del presente Decreto será castigado con la pena de reclusión [...1. Si la infracción es culposa, el responsable será castigado con la pena de reclusión de hasta un año. La misma infracción constituye paralelamente una falta de disciplina grave*".

Como puede apreciarse la prohibición de conversión está compensada por lo siguiente: una regulación detallada de las condiciones para concertar contratos de duración determinada, así como el establecimiento de límites claros y precisos. Y en el caso de incumplimiento, se prevén sanciones también concretas.

2. Derecho Italiano. Vasallo - Asunto Marrosu Sardino

El art. 36 del Decreto Legislativo núm. 165, de 30 de marzo de 2001, por el que se establecen normas generales relativas a la ordenación del trabajo en las Administraciones públicas establece una habilitación genérica a la Administración para el empleo de contratos de duración determinada, así como una prohibición de conversión:

"*1. Las Administraciones públicas podrán utilizar, siempre que respeten las disposiciones en materia de selección de personal contenidas en los apartados anteriores, las formas contractuales flexibles para la selección y empleo del personal previstas en el Código Civil y en la legislación relativa al trabajo por cuenta ajena en la empresa. Los convenios colectivos nacionales regularán los contratos de duración determinada, los contratos de formación y empleo, las demás relaciones de formación y de prestación de servicios de trabajo temporal […].*

regularizar de forma inmediata cualquier situación ilegal o irregular en la contratación, con pleno respeto a los principios constitucionales y de acceso al empleo público, y no me refiero a procesos de consolidación, sino a puras y duras convocatorias de oposición libre.

Aunque el objeto de esta intervención se encuentra limitado con relación a un examen amplio de la figura del indefinido no fijo, y los procesos de reconocimiento de esa condición y su posible transformación en fijos ya que esta materia ha sido examinada por otros ponentes de forma amplia y detallada, no podemos evitar formular algunas consideraciones/propuestas al respecto:

1. La primera medida que debería adoptarse debería comenzar por la reforma del TREBEP, suprimiendo en sus artículos 8 y 11 cualquier referencia a los contratados laborales "indefinidos". Asimismo, incorporar por medio de una disposición transitoria el régimen jurídico aplicable (derechos, obligaciones, extinción y régimen de indemnizaciones) aplicable a esta clase de personal, que quedaría como una figura a extinguir.

---

2. En cualquier caso, la infracción por parte de las Administraciones públicas de las disposiciones imperativas relativas a la contratación o al empleo de trabajadores no podrá dar lugar a la constitución de relaciones laborales por tiempo indefinido con dichas Administraciones públicas, sin perjuicio de cualquier responsabilidad o sanción aplicables. El trabajador interesado tendrá derecho al resarcimiento de los daños derivados de la prestación de trabajo efectuada en contra de lo establecido en las disposiciones imperativas. Cuando la infracción sea imputable a dolo o culpa grave, las Administraciones recuperarán las sumas abonadas por dicho concepto de los directivos responsables".

Por un lado, se prohíbe la conversión y por otra se establecen sanciones para el caso de que se incumplan las condiciones previstas en la regulación general para la contratación de duración determinada. Estas medidas son consideradas formalmente por el TJUE como efectivas para evitar y sancionar el uso abusivo de la contratación temporal de la Administración.

2. También resultaría necesario modificar el TREBEP incorporando dos previsiones, en primer lugar, la prohibición expresa de transformación de oficio o a instancia del trabajador de cualquier relación jurídica nacida de forma ilegal o en fraude de ley, estableciendo expresamente que esa clase de actuación deberá ser considerada nula de pleno derecho, con los efectos previstos en la LPAC. Lo que debería complementarse a su vez con una regulación sobre la exigencia de responsabilidades administrativas, disciplinarias y penales para las autoridades y funcionarios que incumplan estas previsiones, aunque no podemos olvidar que en el ámbito de la responsabilidad patrimonial la vía de regreso es prácticamente desconocida en su uso por dejación de los órganos políticos.

Esta propuesta formulada hace tiempo por mi parte en otros trabajos ha recibido confirmación legislativa en las Leyes 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado, en concreto en sus Disposiciones adicionales 34ª y 43ª respectivamente, que regulan la exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral, medida que recibimos con una sensación agridulce, ante la ausencia de una regulación expresa de un procedimiento básico de exigencia de la responsabilidad administrativa, disciplinaria, o económica por alcance ante el Tribunal de Cuentas, y ello, con independencia de las posibles responsabilidades penales, exigibles mediante la correspondiente denuncia ante la Fiscalía.

A esta ausencia debemos añadir que lógicamente cuando la responsabilidad sea exigible a un órgano político nada se dice sobre que procedimiento debe utilizarse ni tampoco quienes podrían instar la exigencia de las responsabilidades, es cierto, que existe una remisión general a la legislación de cada administración, pero esto nos lleva, a dejar en manos de quienes pueden ser enjuiciados la toma de la decisión, es

decir, juez y parte, sinceramente estimo que este artículo presenta muchos vacíos que hace cuestionarse la verdadera efectividad del mismo, de manera que parece más bien, un intento de cobertura formal ante las sentencias del TJUE (cuestión que examinaremos con mayor detalle en otro apartado posterior) que una auténtica voluntad de luchar contra el abuso de la contratación temporal.

3. De forma complementaria debería añadirse al TREBEP la obligación legal de incorporar estas plazas en la siguiente oferta de empleo público, y si son las únicas, exigir una oferta específica para ellas, sin posibilidad alguna de que se alegue o utilice la excepción de la nefasta figura de la tasa de reposición de efectivos. Asimismo, en la convocatoria del correspondiente proceso selectivo debería autorizarse solo el sistema de oposición libre, no resultando posible la utilización de ningún otro sistema (concurso o concurso-oposición), y por supuesto, prohibir la valoración de cualquier mérito proveniente de esta situación ilegal. Esta previsión debería aplicarse de forma obligatoria y con advertencia de las correspondientes responsabilidades a todas las administraciones que cuenten con personal indefinido no fijo, tanto por reconocimiento de oficio como por declaración judicial.

2. La equiparación de condiciones laborales de los indefinidos no fijos con los empleados laborales fijos en el empleo público.

La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, ha generado en los últimos años una serie de consecuencias destacadas sobre el régimen jurídico hasta ahora aplicable a los empleados públicos temporales al servicio de las administraciones públicas, la equiparación entre empleados públicos fijos y temporales ha sido una tendencia que se ha impuesto como consecuencia del efecto directo reconocido a la cláusula 4.1 de la Directiva. En España esto ha permitido la equiparación en materia de trienios, sexenios, carrera

profesional y otras condiciones laborales que no justifican un trato discriminatorio dispensado tradicionalmente por la legislación española. Más complicado ha sido resolver la cuestión de la equiparación entre fijos y temporales en la indemnización por cese derivada, precisamente, de los distintos regímenes de los empleados públicos funcionarios, estatutarios, laborales o incluso eventuales, es decir, nombramientos de confianza.

a) El Efecto directo de la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP.

De conformidad con la cláusula 4.1 del Acuerdo: *«Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas»*.

Desde muy pronto el Tribunal de Justicia confirmó el efecto directo de esta cláusula y, consecuentemente, sus implicaciones desde un punto de vista judicial.

Por una parte, en la *sentencia del Cerro Alonso* el Tribunal de Justicia subrayó que se trata de un *«principio de Derecho social comunitario* [que] *no puede ser interpretado de manera restrictiva»*, y también explica: *«el Acuerdo marco tiene por objeto la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores con un contrato de duración determinada con la finalidad de impedir que una relación laboral de esta naturaleza sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida»* (apartados 38 y 37).

Por otra parte, en la *sentencia Impact* el Tribunal de Justicia indicó que la cláusula 4.1 del Acuerdo marco *«es, desde el punto de vista de su contenido, incondicional y lo suficientemente precisa para poder ser invocada por un particular ante un tribunal nacional»* (apartado 68).

Por si quedase alguna duda el Tribunal de Justicia explica que el principio de no discriminación de la Directiva establece una reserva relativa a las justificaciones basadas en razones objetivas, pero *«la aplicación de esta reserva es susceptible de control jurisdiccional»* (apartados 63 y 64).

b) La exigencia de la Jurisdicción Social supone el incumplimiento de la legislación administrativa y presupuestaria, en cuanto a la reserva y ejercicio de funciones por indefinidos no fijos en puestos de funcionarios.

La situación a la que nos enfrentamos con relación al personal laboral indefinido que en los últimos años están desarrollando todo tipo de argucias para mantener su permanencia en las administraciones públicas, a pesar de su acceso ilegal, es realmente complicada, sobre todo por los desconcertantes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resultando esta cuestión a examen determinante para un adecuado examen posterior de la cuestión de la promoción profesional de esta clase de personal.

Así, nos encontramos que, a pesar de los intentos de algunos Tribunales Superiores de Justicia, por aplicar un criterio razonable y legal con el orden administrativo, con relación a la asignación de funciones a los diferentes puestos de la administración, el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, en su sentencia de 28 de marzo de 2019, Rec. nº 2123/2017**,** recientemente declaro nulo el cese del empleado laboral "Indefinido no fijo por sentencia" si es por Oferta Pública de Empleo de su puesto a plaza funcionaria, si previamente ha reclamado la adscripción a una plaza laboral, en contra de la sentencia previa del Tribunal Superior de

Justicia de Galicia de 29 de enero de 2016. En este caso una empleada del Consellería de Innovación e Industria que había obtenido en 2009 la declaración judicial de indefinida no fija, posteriormente la Xunta recalificaba su plaza de reservada a personal laboral a plaza reservada a funcionarios en el año 2008, en un proceso de ordenación de empleo público del Gobierno Gallego. La empleada indefinida no fija presentó reclamación contra esa adscripción pasados más de 3 años y solicitó ser adscrita a plaza laboral. Finalmente, esa plaza funcionarial fue objeto de oferta en un proceso selectivo, siendo cesada posteriormente al no haber superado el proceso selectivo y la plaza fue provista legalmente por el ciudadano que aprobó el proceso selectivo en el año 2015.

Pues bien, la trabajadora perdió su impugnación judicial de dicho cese tanto en el juzgado de primera instancia como en su recurso en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, pero ahora el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina de su sentencia del 13 de diciembre de 2016, rec. nº 2059/20159, quiebra toda lógica y enmienda las anteriores sentencias, señalando al respecto:

"la *única vía válida* para la *extinción* de los contratos de trabajo de los i*ndefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales*, *o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores*", añadiendo como colofón: "la *nulidad del despido con la inmediata readmisión de la trabajadora en las condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde aquella fecha del cese*", en base a que se dan estas tres circunstancias:

1. La Administración Pública adscribió el puesto de trabajo de un indefinido no fijo (laboral) a plaza de funcionario

2. La trabajadora había presentado reclamación previa solicitando la adscripción a plaza reservada a personal laboral
3. La trabajadora fue cesada por la provisión legal de su plaza por un funcionario de carrera (en este caso por superar el proceso selectivo)

Como no es suficiente con una disfuncional sentencia, de nuevo el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su Sentencia 528/2019 de 3 julio de 2019, Rec. de casación para la unificación de doctrina nº 3724/2016, reitera su doctrina señalando:

"*La aplicación de esta doctrina al caso lleva a apreciar que la demandada ha extinguido una relación laboral indefinida no fija indebidamente ya que no ha acudido a la vía del art. 52 c) del ET*

Debemos indicar que, aunque en la sentencia de esta Sala que acabamos de referir se había amortizado la plaza de funcionario, en la sentencia de contraste, que allí permitió entrar a conocer del recurso, el trabajador indefinido no fijo fue cesado por ocupar la plaza un funcionario de carrera -tal y como aquí sucede- lo que se equiparó, a la hora de valorar la existencia de contradicción, a una situación pura de amortización y por ello se entró a resolver en el sentido expuesto. Por tanto, en el caso que nos ocupa debe entenderse que la forma de proceder de la demandada, dotando al puesto que desempeñaba la demandante del carácter funcionarial, cuando ostentaba la condición de laboral indefinida no fija, y, posteriormente, procediendo al cese de la trabajadora, cuando se cubre la plaza por el funcionario de carrera, está suprimiendo un puesto laboral, aquel en el que debía permanecer la parte actora hasta que fuera adjudicada esa plaza a otro trabajador, lo que supone que la Administración ha decidido amortizar esa plaza laboral. Y si ello se ha producido, es evidente que, siguiendo la doctrina de esta Sala, debería haber acudido a la vía del art. 52 del ET para extinguir esa relación

indefinida no fija por no mantener la plaza laboral que la actora debía cubrir".

Por lo tanto, nuestro "creativo" Tribunal Supremo, Sala de lo Social, continuando con su cruzada por la laboralización total de las administraciones, y en especial, por garantizar que el personal incorporado a las administraciones, sin respeto alguno de los preceptos constitucionales establecidos en el artículo 23.2 y 103.3 de la CE, que recordemos, ahora tampoco son de aplicación a las sociedades ni fundaciones públicas según la reciente doctrina de este mismo tribunal, de forma añadida provoca y exige a las administraciones públicas la violación del ordenamiento jurídico administrativo, y ello, por lo siguiente:

a) Es preciso recordar que el Tribunal Constitucional en su STC 99/1987, realizó un "*obiter dicta*" muy claro, sobre la opción constitucional a favor de un empleo público desarrollado por funcionarios públicos en las actividades de nuestras administraciones. Pero es que además el RDL 5/2015 TREBEP en su artículo 9.2, así como la mayoría de la legislación autonómica y en especial, la legislación específica local (art. 92.2 LRBRL), prohíbe el desempeño de determinadas funciones al personal laboral, pero resulta que nos encontramos con la situación de que gran parte de este personal laboral indefinido no fijo desempeña esta clase de funciones prohibidas legalmente para ellos, en especial, en el ámbito de las entidades locales.

Un ejemplo preciso e indubitado del posible incumplimiento del ordenamiento administrativo lo encontramos en las previsiones de La Ley 39/2015 LPAC y la Ley 40/2015, al regular las oficinas de asistencia en materia de registro, y el registro de funcionarios habilitados, lo que supone que las funciones de asistencia en registro electrónico y apoderamientos "apud acta" y electrónicos, entre otras funciones, no pueden legalmente ser desempeñadas por personal laboral. A lo anterior

debemos añadir también el importante grupo de indefinidos no fijos que desempeñan puestos de trabajo cuyas funciones administrativas se refieren al asesoramiento legal, asesoramiento urbanístico, intervención directa en los procedimientos presupuestarios, funciones de inspección, gestión de subvenciones, informes en materia de asuntos sociales, entre otras muchas, funciones todas ellas que por imperativo legal (art. 9.2 TREBEP), están reservadas en exclusiva a funcionarios públicos y nunca a personal laboral.

b) La consecuencia de las conclusiones del Tribunal Supremo (sala de lo social), suponen:

1. Si se cumplen literalmente las obligaciones de este tipo de sentencia, se produciría una manifiesta infracción del ordenamiento jurídico administrativo, es decir, del régimen jurídico administrativo aplicable a las actuaciones administrativas, de forma que todas ellas resultarían nulas de pleno derecho si intervienen esos expedientes esta clase de personal, o bien, las administraciones podrían optar por duplicar todos sus puestos actuales de personal laboral indefinido no fijo, de forma que estos no desempañen función administrativa alguna y solo se presenten a su oficina, aunque claro entonces surgirá la correspondiente demanda por "*mobing*" al no respetar su derecho a que se les asigne un trabajo, y por otro lado, crear nuevos puestos de trabajo reservados a funcionarios que son los que legalmente podrán desempeñar las funciones, pero claro entonces nos encontraremos con el problema del déficit y la regla de gasto incumpliendo las exigencias del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, pero eso al Tribunal Supremo al parecer no le supone un problema.

2. Y por otro lado, lo que parece desprenderse de todo esto, es que el Tribunal Supremo intenta de forma indirecta, alcanzar el objetivo que la

legislación administrativa y la Constitución no permite, y que no es otro que declarar de "facto" fijos a este personal, ya que, si no es posible extinguir su relación jurídica por provisión de su plaza mediante un proceso selectivo, que debe ser reservada legalmente a funcionarios, previa adscripción provisional del indefinido no fijo a la misma por imperativo legal de sus funciones, lo único que queda, salvo el pago de indemnizaciones millonarias por despido improcedente, es mantener de forma indefinida a esa persona en el puesto (sin trabajo claro), pues no tendría sentido convocar un proceso de selección a plazas que no tienen función legal alguna asignada.

En conclusión, la Jurisdicción Social está destrozando al empleo público, la gestión eficaz y eficiente de las administraciones públicas, y en especial el futuro de la sociedad española, sinceramente estoy muy preocupado por el futuro que nos aguarda, con todo este conjunto de decisiones carentes de reflexión sistemática organizativa y afrentas al sentido común y por último, a los fondos públicos. Creo que ha llegado el momento de que nuestra clase política adopte las medidas legales precias imprescindibles para cortar esta hemorragia, pero eso es harina de otro costal y de votos, claro.

3. La Promoción Profesional de los indefinidos no fijos, una nueva fuente de problemas: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de abril de 2018.

En este apartado nos enfrentamos a una cuestión que en su concepción jurisprudencial puede parecer coherente y razonable conforme las previsiones de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, pero en un examen más profundo de la cuestión, se aprecian graves disfunciones técnico jurídicas y de delimitación del ámbito subjetivo administrativo sobre el que se intenta aplicar esta doctrina. Es muy importante tener en cuenta lo que la promoción profesional supone,

por principio, un cambio a una función superior a la que el trabajador lleva a cabo en el marco de su relación laboral y que pasa a tener un carácter definitivo. El carácter definitivo de la promoción significa que el trabajador consolida su posición en la nueva función hasta el final de su relación laboral, o antes, si se produce un nuevo ascenso.

Para un examen ordenado de los problemas que supone y genera esta sentencia, estimamos necesario realizar unas breves acotaciones a algunas cuestiones previas, así:

a) Régimen jurídico de la promoción profesional laboral.

Debemos comenzar por el breve examen del marco normativo y condiciones de la promoción profesional en el ámbito del personal laboral, así, lo primero a señalar es que estamos en presencia de un derecho a la promoción profesional del trabajador o ascenso que tiene su anclaje último en el artículo 35.1 de la Constitución Española (promoción a través del trabajo) y que se reconoce como un derecho básico en el artículo 4.2 b) del 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 (TRET). Por otro lado, resulta imprescindible realizar una referencia a un elemento previo a toda promoción en el ámbito laboral, en concreto, la determinación del tipo de clasificación profesional, en categorías o grupos profesionales, que se caracterizan por la determinación de las funciones que el trabajador realiza en la empresa por lo que, a falta de especificación por convenio para un ascenso, sólo existiría la obligación de encuadrar al trabajador dentro de la categoría correcta para sus funciones a desempeñar. Es esencial tener en cuenta que, sin esta ordenación previa, no será posible realizar ninguna clase de promoción profesional.

Pues bien, esta materia se encuentra regulada por las previsiones del artículo 77 del R.D.L. 5/2015 TREBEP que determina que la clasificación

del personal laboral, debe realizarse conforme determine la legislación laboral, y a este respecto debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 22 del (TRET).[26]

Examinado el régimen legal de los requisitos previos organizativos, procede delimitar el régimen legal de la promoción interna, este se encuentra regulado inicialmente por el artículo 19 del RDL 5/2015 TREBEP, que señala:

Artículo 19. *Carrera profesional y promoción del personal laboral.*

1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional.

2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el Estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos.

Por lo tanto, resulta preciso examinar las previsiones del 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 (TRET), y a este respecto, delimitar el concepto de "promoción profesional", y ello, porque

[26] ***Artículo 22.*** *Sistema de clasificación profesional.*

1. ***Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales.***

2. Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

3. La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres.

4. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo.

el mismo tiene un alcance especial para el ámbito funcionarial que no resulta trasladable al ámbito laboral, así, como señala Garrigues Jiménez[27], "*Esta expresión se refiere, inequívocamente —y así ha parecido entenderlo el propio ET en sus arts. 24 y 25—, al derecho del trabajador al ascenso y a la consecuente mejora de su retribución dentro de la empresa*", lo que supone que este concepto debe referenciarse exclusivamente al ascenso y no debe confundirse con la figura de la movilidad funcional (artículo 39 TRET), que supone la habilitación de un cambio de puesto para el desempeño de diferentes funciones a las establecidas en el contrato de origen, estableciendo el citado precepto la posibilidad de desempeño de funciones inferiores como superiores (art. 39.2 TRET), siempre que se cumplan ciertos requisitos, si bien, en principio, eso no supone un ascenso de categoría o grupo profesional, salvo que se cumplan los requisitos temporales previstos en la norma, y siempre y cuando el convenio colectivo o el sistema de provisión de vacantes aplicable no establezcan previsión en sentido contrario, por lo tanto nos encontramos ante una figura legal que no se corresponde propiamente con el concepto de promoción profesional, sino que es coadyuvante de la misma, de forma que debemos centrar nuestras consideraciones sobre las previsiones del artículo 24 del TRET, que señala:

Artículo 24. *Ascensos.*

1. Los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

[27]"*La organización del trabajo en la empresa II. El deber de protección del empresario*", en (Dir. Garcia Ninet y Vicente Palacio), Derecho del Trabajo, 10ª edición, 2018, Aranzadi, págs. 426 y ss.; en el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. (2019), *Derecho del Trabajo* (39ª Edición), Tecnos, Madrid, págs. 398 y ss.; también GOERLICH PESET, J.M. (2014), "Determinación de la prestación de Trabajo" en coordinadores Camps Ruíz y Ramírez Martinez, *Derecho del Trabajo* (4ª edición), Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 y ss.

En todo caso los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

2. Los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

Es importante destacar que a tenor de lo establecido en el artículo 24.1 del TRET, los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme disponga el Convenio Colectivo o, en su defecto, por acuerdo colectivo entre los representantes de los trabajadores y la empresa. En todo caso, la promoción profesional, como ya hemos indicado, está directamente relacionada con el sistema de clasificación profesional articulado por medio de categorías y grupos profesionales.

Es preciso señalar como ya ha destacado López Gómez[28], que la promoción interna (ascensos) en el ámbito del empleo público laboral, a pesar de esta sometido, sin duda a la negociación colectiva en la que se establecerá el procedimiento de ascenso, así como los requisitos para optar a una plaza superior, estos se encuentran sometidos a ciertos límites:

1. Los ascensos deben de producirse con pleno respeto a los principios de mérito y capacidad, lo que supone, que en este ámbito debería desterrarse la posibilidad de la libre designación empresarial, y también el ascenso automático[29].

[28] LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit., págs. 225 y ss.

[29] LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. pág. 230.

2. Asimismo, se debe de garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecer medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación.

b) Breve excursus sobre las diferentes modalidades de promoción profesional laboral.[30]

A la vista de lo expuesto anteriormente, resulta esencial para una correcta comprensión de los errores y disfunciones de la sentencia que analizaremos posteriormente, realizar una clasificación de los diferentes ámbitos materiales y funcionales de la promoción profesional en el ámbito laboral, que presenta características y contenidos claramente diferenciados con el ámbito funcionarial, en concreto, nos debemos referir a:

1. **Promoción interna vertical**, que supone que los trabajadores podrán ocupar las vacantes que se le ofrezca de diferente categoría o grupo profesional a la que ostentan, lo que supone su ascenso, y ello, mediante previa superación de procesos objetivos de concurso o concurso-oposición (art. 24 TRET).

2. **Promoción interna como carrera horizontal**, esta posibilidad resulta extraña al ámbito del personal laboral, ya que, en principio, la misma se produce por el simple transcurso del tiempo de desempeño del trabajo, y no va asociada a un ascenso de categoría o grupo, sino solo a un posible incremento retributivo, si bien, es cierto que la imaginería de la negociación colectiva seguro que podrá aportar algunas excepciones dignas de comentario.

[30] A este respecto, resulta de interés el trabajo de LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. págs. 227 y ss.

3. **Los procesos de promoción horizontal "cruzada" o funcionarización** (Disposición transitoria segunda del RDL 5/2015 TREBEP), sobre los cuales, en principio conforme la literalidad del precepto solo se encuentra reservado exclusivamente al personal laboral fijo.

c) La participación del personal laboral indefinido no fijo en los procesos de promoción interna vertical.

1. Situación anterior a la nueva declaración judicial que todavía no doctrina.

Efectivamente, con relación a la posible participación de personal laboral indefinido no fijo de plantilla en los procedimientos de promoción profesional vertical, debemos comenzar señalando que desde hace tiempo para la doctrina académica (entre otros destacamos a Boltaina Bosch y López Gomez[31]) se ha considerado que no se les puede aplicar a este personal aquellos derechos, ventajas y expectativas que no estén vinculados a un inicial acceso al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y especialmente, con la propia naturaleza de su temporalidad.

Igualmente, la Jurisprudencia ha mantenido durante largo tiempo una posición pacífica y clara a este respecto, que coincide con lo señalado por la doctrina académica también de forma pacífica, así, se ha considerado durante mucho tiempo que cuestiones como el de la promoción profesional, movilidad funcional o geográfica, determinadas suspensiones contractuales como la excedencia voluntaria o incluso por incompatibilidad para el supuesto de la excedencia, no resultaban de

[31] BOLTAINA BOSCH, X., (2013), "*El Personal laboral y medidas de adecuación a la crisis en la Administración Local*", CEMCI, Granada, págs. 106 y ss. y LÓPEZ GÓMEZ, J.M. (2009), Op. cit. págs. 193 y ss.

aplicación a esta clase de personal laboral indefinido no fijo de plantilla, y a este respecto podemos remitirnos a:

1. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo social, de 29 de noviembre de 2005 que deniega esta posibilidad al amparo de la "naturaleza del vínculo" y "su provisionalidad".

2. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2012 se pronuncia en idéntico sentido, sobre la provisión de puestos de trabajo —en el derecho laboral, la figura jurídica más bien sería los "concursos de traslado", aunque también cabría hablar de provisión por concurso o libre designación por asimilación de funcionarios— distintos al que ocupan no serían de aplicación.

3. También para las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2009 y 17 de marzo de 2009, la carrera profesional se sitúa en un contexto de «permanencia indefinida» en el desempeño de las funciones que se compadece mal con la transitoriedad que por definición es predicable del personal interino o del personal laboral «indefinido», por lo que esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos justifica que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limitada en el tiempo.

4. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2014 (rec. nº 179/2013), en Pleno, que señala:

"En cualquier caso y con todos estos antecedentes normativos, para poder apreciar la existencia de una situación de desigualdad contraria al

art. 14 de la Constitución es de todo punto preciso que concurra el principio básico sobre el que se asienta esta exigencia de igualdad de trato cual es el de que nos encontremos ante situaciones "sustancialmente iguales". Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar "trabajadores indefinidos no fijos" y los "trabajadores fijos", y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública como es que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad – art. 103.3 de la CE – de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dicho que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad.

Por lo tanto, a la vista de lo expuesto se puede afirmar que la doctrina judicial mayoritaria y pacífica hasta estos momentos había considerado que no era posible que el personal laboral indefinido no fijo de plantilla participara en ningún proceso tanto de provisión de puestos de trabajo o de promoción profesional, ya que, que conforme su naturaleza y las declaraciones judiciales de su reconocimiento, estos se encuentran vinculados exclusivamente a un concreto puesto de trabajo que dio origen a la declaración judicial hasta el momento en que se proceda por la administración a su provisión por los procedimientos legalmente previstos.

2. La novedosa declaración del Tribunal Supremo: reconocimiento del derecho a la promoción profesional vertical del personal laboral indefinido no fijo de plantilla.[32]

Ahora bien, dicho lo anterior debemos examinar ahora la sorprendente declaración contenida en la sentencia del **Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 352/2018, 2 abr. Rec. 27/2017,** que cambia de criterio y se desmarca de la doctrina vigente hasta ese momento, si bien, ya se dicto anteriormente una sentencia que parecía anticipar esta[33], pero, de todas formas podemos afirmar que esta sentencia no ha sido apoyada de forma expresa hasta este momento por otras y además el fallo no es unánime al formular su Voto Particular cuatro de los Magistrados que conforman la Sala. Por lo tanto, nos encontramos ante un pronunciamiento que no está consolidado como doctrina judicial, y además nace de forma conflictiva, ya que, como indicamos, el propio tribunal no mantiene un criterio pacífico y consensuado al respecto.

En esta sentencia se considera que asiste a los trabajadores indefinidos no fijos de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía el derecho a participar, en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo, en los procesos de promoción y reclasificación

[32] Sobre esta concreta sentencia resulta de interés la consulta del trabajo de SELMA PENALVA, A. (2018), "*El polémico derecho a la promoción profesional de los trabajadores indefinidos no fijos. Comentario a la sentencia nº 352/2018 del tribunal supremo, sala 4ª, de lo social, 2 de abril de 2018*", IUSLabor 2/2018, págs. 294 y ss.

[33] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 julio 2016 (rec. 134/2015), aborda la validez de una convocatoria de traslados de la empresa ADIF, que señalaba: *"La diferencia pues entre 'indefinido no fijo' y 'fijo' puede estar, en su caso -se insiste- en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el trabajador 'indefinido no fijo', no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el artículo 15.6 ET [...]. Esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores 'indefinidos no fijos'.*

profesional que la empresa lleve a cabo conforme a lo previsto en el Convenio Colectivo de aplicación.

a) Una aproximación a los argumentos de la sentencia.

En primer lugar, la sentencia declara que su pronunciamiento se refiere a un supuesto especial, es decir, que el personal laboral indefinido que realizaba trabajos permanentes en la organización no tenía asignado ningún puesto de trabajo concreto, lo que es una situación realmente surrealista y de absoluta falta de profesionalidad en la gestión empresarial y organizativa, si bien, a juicio, del tribunal, de forma sorprendente, eso no supone problema alguno, al admitir de forma implícita que no existe obligación de creación de un puesto de trabajo para este trabajador, y, por ello, de forma indirecta, considera ajustado a derecho el que estos trabajadores continúen prestando sus servicios sin vinculación organizativa alguna (sic), así expone en el fundamento de derecho 3º:

"*En el estado actual de nuestra jurisprudencia, aunque subsisten ciertas indefiniciones, ya no puede afirmarse tajantemente que quien posee la condición de indefinido no fijo siempre viene adscrito a una concreta plaza en las mismas condiciones que quien ha sido contratado para una interinidad por vacante.*

[.....]

A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, pensamos que en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto. Por tanto, no podemos apreciar que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción de la jurisprudencia.

B) Cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a plaza individualizada sea innegable y

necesaria pero ahora estamos resolviendo un caso que afecta a un amplio número de personas y que posee una base fáctica procesalmente depurada, sin que proceda acudir a hipótesis o imaginar casos en que existan circunstancias especiales.

[.....]

C) Como apunta la sentencia recurrida, entendemos que la mayoría de veces la propia la existencia de un trabajador indefinido no fijo revela la existencia de un empleo adicional a los previstos en su organigrama, por lo que se requiere la activación de un procedimiento selectivo de ingreso para su cobertura".

Es importante destacar, como expresamente advierte el tribunal, que cosa distinta es que pueda pensarse en algún determinado supuesto en el que la adscripción a una plaza individualizada sea innegable y necesaria, situación que no se plantea en esta ocasión.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo utiliza como único argumento para justificar su peculiar decisión sobre una situación especial (laborales indefinidos sin plaza), la aplicación de las previsiones de la Directiva 1999/70, sobre empleos de duración determinada, que garantiza la no discriminación entre los trabajadores de duración determinada y los fijos comparables, garantizándoles la igualdad en las “condiciones de trabajo”, a nuestro juicio de manera disfuncional y absolutamente forzada interpretativamente.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo, en un nuevo ejemplo de "iluminación creativa", este no aprecia inconveniente alguno en que el trabajador indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, eso sí, conservando dicha condición en el nuevo destino, ahora bien, lo que parece olvidar el tribunal es que ese acceso se realiza desde un

puesto que supone una mejora sustancial de sus condiciones laborales (ascenso) que no se corresponden con las que tenía cuando accedió de forma ilegal a la condición de indefinido no fijo, si bien, eso sí, precisa el tribunal que ese cambio de destino no transforma su naturaleza y lo convierte en fijo, no faltaría más, señalando al respecto:

"*De ahí que no veamos inconveniente en admitir que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho.*

F) La dicción de la Disposición Adicional 15ª ET sobre permanencia en "el puesto de trabajo" bien puede concordarse con todo lo anterior, simplemente acomodando el "puesto de trabajo" al desempeñado en el momento en que se produce una convocatoria de plazas.

G) La solución que abrazamos en modo alguno ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos. De ahí las cautelas que hemos venido introduciendo sobre imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. De ahí también que reafirmemos la necesidad (auténtica obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores".

Por último, resulta de interés destacar las consideraciones más importantes del voto particular realizado por una parte importante de los miembros de la Sala del Tribunal Supremo a la sentencia, así, a este respecto:

a) Resulta muy ilustrativa la calificación que realiza el voto particular del contrato que vincula a esta clase de personal señalando: "*Se*

quiera o no el indefinido no fijo es un contrato sujeto a término de suerte que, cuando la vacante que ocupe sea amortizada u ocupada por otra persona a través del correspondiente concurso en el que se garanticen los principios de igualdad capacidad y mérito, el contrato deberá ser extinguido por el procedimiento y con las consecuencias legales que esta Sala ha ido perfilando desde que configuró tal figura y que, en la actualidad, se contemplan en las SSTS de 24 de junio de 2014, rec. 217/2013, entre otras, para el supuesto de amortización de la plaza; y de 28 de marzo de 2017, rec. 1664/2015 , para el supuesto de cobertura reglamentaria de la vacante".

b) En el contenido de este voto particular también es de destacar su consideración de que no es posible interpretar que existe una mínima diferencia entre el personal fijo y el indefinido, al contrario, pues considera que: "...*hay una diferencia mucho más trascendente que afecta a la propia existencia del indefinido no fijo y que consiste en que éste tipo de personal está prestando servicios en el ámbito público sin haber ingresado a través de un procedimiento en el que se hayan garantizado los principios de igualdad capacidad y mérito, tal como exigen expresamente los artículos 23.2 y 103.3 CE . El indefinido no fijo lo es porque su ingreso en la Administración o en la empresa pública se ha producido, fraudulenta o ilícitamente, [.....] .Y esa diferencia ontológica es lo que permite distinguirlo del fijo y del eventual y resulta ser la característica principal que explica que su contrato esté sometido a término y que, a diferencia, del personal fijo, pueda extinguirse por cobertura o desaparición de la plaza que ocupa*.

c) Finalmente, el voto particular también sostiene que las mismas razones que se consideran adecuadas para excluir a los trabajadores temporales, deberían aplicarse también al personal indefinido no fijo, ya que su configuración del tipo de relación jurídica es la misma. Añadiendo a

continuación una estimación de que se está desnaturalizando la propia figura contractual y además se produce una infracción del principio de igualdad: *La misma razón resulta aplicable al personal indefinido no fijo, puesto que si se admite su participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna se está desnaturalizando la propia figura contractual de suerte que unos trabajadores con contrato sometido a término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado de facto una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los aludidos preceptos constitucionales*

Realizando posteriormente una precisa y contundente consideración sobre la violación clara que supone esta sentencia a los principios de igualdad, mérito y capacidad constitucionalmente reconocidos, afirmando lo siguiente: *Y es que, como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional (recogidas las ideas que siguen en la STC 149/2017) el derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el artículo 14 CE no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo "las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas", lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable*.

b) Una valoración crítica de la sentencia.

Es preciso señalar de inicio que esta sentencia y su antecedente se refieren exclusivamente al ámbito de una sociedad pública (ADIF), y a la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, de naturaleza jurídica también empresarial, de forma que la traslación de sus conclusiones al ámbito de las administraciones públicas puede resultar muy discutible, especialmente, porque parece que las consideraciones de estas sentencias parecen responder al cambio de criterio jurisprudencial, ya examinado anteriormente, mediante el cual se considera que las entidades empresariales del sector público, no se encuentran sometidas ni a la Constitución ni al TREBEP, de forma que este tipo de conclusiones admitiendo la posibilidad de promoción profesional de este personal, resultaría coherente con la citada doctrina, ya que, no son empleados públicos, sino solo empleados privados que prestan sus servicios en entidades mercantiles excluidas íntegramente, a su juicio, de la aplicación del régimen jurídico administrativo.

Ahora bien, si se pretendiera extender las consideraciones de esta sentencia a las administraciones públicas, estamos seguros que se va a abrir un panorama de graves conflictos para la gestión de personal en las administraciones públicas, y en especial, por sus colisiones directas con el ordenamiento jurídico administrativo, y ello, por las siguientes consideraciones:

Primera. *La cuestión de la regularización organizativa de la declaración de un contratado como "personal indefinido no fijo"*.

Efectivamente, esta clase de declaración judicial, conlleva la necesaria obligación de la correspondiente administración pública de regularizar organizativamente la situación. Es de destacar que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 abril de 2018, Rec. nº

27/2017, parte como elemento esencial de sus consideraciones de que estamos en presencia de trabajadores no adscritos a puesto de trabajo alguno, pero es que esta circunstancia no puede operar en el ámbito administrativo organizativo, y ello, por cuanto cualquier administración pública, está obligada legalmente, a que todos los empleados públicos que mantengan una relación permanente con las administraciones se encuentren incorporados a las plantillas y tengan asignado un puesto en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, lo contrario supondría una gestión presupuestaria del capítulo I, no ajustada a las normas presupuestarias.

La propuesta del Tribunal Supremo analizada, origina en el ámbito organizativo de una administración pública un grave conflicto de implementación, en concreto, sobre una cuestión esencial: ¿Qué concreta plaza debe convocarse en el momento de la obligada regulación legal de la situación?, así, nos encontramos que:

a) La lógica nos indica que la plaza a convocar sería la que originalmente ha dado sustento a la declaración de "indefinido no fijo", y más si tenemos en cuenta la propia doctrina del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) que exige la total identificación de plaza convocada con la que desempeñaba el trabajador en el momento de su reconocimiento de empleado público indefinido no fijo.

b) Pero si resulta que se reconoce una promoción profesional (ascenso), la plaza que desempeña en el momento de la convocatoria el trabajador, resultará que la plaza de origen queda vacante, y la misma lógicamente será objeto de provisión por otro trabajador (temporal o fijo – movilidad funcional-), entonces cuando se proceda a su obligada convocatoria legal, la pregunta es: ¿se puede proceder al cese de dos trabajadores? (el temporal y el indefinido si no ha logrado superar el

proceso selectivo – aunque esto seguro que será casi imposible, pues ya se habrá establecido un camino de arco iris para que consolide el acceso).

c) Pero, por otro lado, se presenta otra cuestión tras una promoción profesional (ascenso), en concreto, si la plaza que desempeña en el momento de la convocatoria el trabajador, y ya no es la que dio origen a su situación, entonces el debate que surge de inmediato es el siguiente: No ha salido a convocatoria mi plaza, sino otra que en su momento desempeñe, por lo tanto, continúo como laboral indefinido no fijo. A este respecto me remito a lo que he expuesto en un anterior apartado, sobre la peculiar interpretación del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) sobre la obligada adscripción a la plaza que origino el reconocimiento legal de esta peculiar relación jurídica. Con lo cual tenemos garantizado un nuevo conflicto, y casi con seguridad nos encontraremos con un nuevo empleado público y además continuara el que accedió de forma ilegal (indefinido no fijo), y un grave perjuicio al erario público, cuestión esta que parece que resulta insustancial al Tribunal Supremo.

d) Resulta de difícil comprensión que el Tribunal Supremo (sala de lo social), no exija a las empresas y, por ende, también a las administraciones públicas, en ejecución de la sentencia de reconocimiento de la condición de indefinido no fijo, la creación en Plantilla y RPT de la correspondiente plaza o puesto de trabajo al que se debe adscribir el trabajador, es decir, reconozco la situación pero después me lavo las manos, y no pongo impedimento al seguro caos organizativo que la decisión judicial origina, un perfecto ejemplo, de desconocimiento de las exigencias del artículo 7 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Segunda. *Una posible discriminación en cuanto a los derechos a la promoción profesional de los empleados públicos laborales que accedieron*

legalmente a su condición y el derecho de los ciudadanos al acceso al empleo público.

a) Efectivamente, es preciso tomar en consideración que el reconocimiento de un derecho a la promoción profesional de los indefinidos no fijos, supone que estos puedan optar a la consolidación a una condición de empleado público fijo, en una categoría superior a la que dio origen a su acceso ilegal, es decir, que además de acceder de forma ilegal a una administración, se le permite, a pesar de ello, mejorar su condición profesional, y por el contrario, a los empleados públicos que accedieron previa superación de procesos legales de ingreso se les condena a una peor situación, ya que, deben competir en la promoción profesional con personal de acceso ilegal, condición legalmente reconocida. A mi juicio, esto es una clara violación del principio de igualdad, que conforme la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras STC 42/1981, de 22 diciembre y STC 49/1982, de 14 julio), supone tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, y en este caso está claro que no existe equiparación posible.

b) Finalmente, es preciso realizar también una llamada a la reflexión sobre las consecuencias de estas interpretaciones judiciales, y la sustracción a los ciudadanos de plazas que deberían ser objeto de oferta pública, en el caso, de que las mismas no se provisionaran los empleados públicos laborales fijos, de forma que quien ha accedido de forma ilegal a una administración goza de mejor derecho que un ciudadano para optar a un puesto de trabajo de mejor cualificación y retribución, a mi juicio, la cuestión se comenta por si misma.

Tercera. *Imposibilidad legal de aplicar esta doctrina a la denominada promoción horizontal "cruzada" o funcionarización (Disposición transitoria segunda del RDL 5/2015 TREBEP)*.

A este respecto, y siguiendo las reglas de la hermenéutica jurídica (artículo 3.1 Cód. Civil), conforme la literalidad del precepto éste procedimiento solo se encuentra reservado en exclusiva al personal laboral fijo, y debemos llamar la atención como complemento interpretativo que el propio Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en su sentencia del Pleno de 28 de marzo de 2017 (Rec. nº 1664/2015), que consideraba que el TREBEP establece legalmente una tercera categoría (indefinido), diferente a la del personal laboral fijo. Por lo tanto, nos encontramos ante un régimen jurídico específico que cierra legalmente la posibilidad de acceso a los indefinidos no fijos a estos procesos.

III. Conclusiones Finales:

Primera. Nos encontramos ante una concepción de la jurisdicción Social corporativista y además nos enfrentamos a una interpretación disfuncional del actual marco de reparto competencial entre la jurisdicción contenciosa y la social, de forma que estamos en presencia de un proceso de invasión competencial (vis expansiva) sin que por la otra parte exista reacción alguna, lo que resulta inexplicable, ya que las cuestiones que hemos examinado afectan al corazón del ordenamiento jurídico administrativo.

Segunda. Estas actuaciones judiciales por parte de la Jurisdicción Social están sirviendo de soporte perfecto para el desarrollo del clientelismo político por medio del crecimiento exponencial de la laboralización general de nuestras administraciones, lo que colisiona con el mandato constitucional (STC 99/1987) y la legislación administrativa, lo que supone, a su vez, la desprofesionalización y pérdida del principio de objetividad en el empleo público, al reducir al mínimo las garantías legales y requisitos para el acceso al empleo público. A este respecto podemos citar solo dos ejemplos, la pretensión de controlar judicialmente la legalidad de todos los procedimientos selectivos reservados a personal

laboral y su desarrollo o, la patente de corso otorgada para que el clientelismo político se imponga en las entidades del Sector Público.

Tercera. Otro de los más graves problemas que afecta a nuestro empleo público es el desarrollo desmesurado de la temporalidad, problema que tiene varios padres:

a) En primer lugar, la concepción del empleo público como instrumentos de clientelismo político y social, para lo cual era esencial sentar las bases para alcanzar la mayor laboralización posible del empleo, que tiene su mayor exponente en la administración local.

Por otro lado, tenemos otro de los responsables, en concreto, la actitud permisiva de la Jurisdicción Social desde los años 90, que quizás mediante una inadecuada interpretación del principio "tuitivo" del Derecho Laboral, procedió a la creación de la figura del "indefinido no fijo", que constituye, a mi juicio, en uno de los más graves problemas que afecta al empleo público, pues se ha convertido en una práctica diaria y en "puerta trasera" para la incorporación al empleo público, sin respeto alguno ni a los principios constitucionales (artículo 103.3 CE) ni a los establecidos en el artículo 55 del TREBEP, para un grupo muy importante de personas cuya única carta de presentación y currículo suele ser el clientelismo político o sindical.

Y finalmente, las políticas restrictivas presupuestarias, aprobadas por el Ministerio de Hacienda desde el año 2011, incorporando la nefasta figura de la "tasa de reposición de efectivos", es decir, un plan de empleo encubierto políticamente, y que es simplemente un trampantojo de cara a la Unión Europea, que ha permitido generar una de las peores situaciones del empleo público en años, provocando una excesiva temporalidad, y por otro lado, condenando a la insuficiencia de medios personales en los

servicios públicos, en todas las administraciones y en especial, en una gran parte de las entidades locales de tamaño mediano y pequeño.

b) Es importante destacar que durante todos estos años no se ha emprendido actuación judicial alguna, librando testimonio desde la jurisdicción social a la penal, por prevaricación en el reconocimiento o permisividad con las situaciones que han originado los indefinidos no fijos. Así, podemos recordar que la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP, en su informe consideraba que era esencial para atajar este problema que se exigiera responsabilidades a las autoridades o funcionarios que contrataban o prolongaban de manera irregular/ilegal la relación laboral del empleado temporal. Parece que finalmente, como consecuencia de las condenas del TJUE se han decidido a incorporar las previsiones de la Disposición adicional 43ª, si bien, estimo que se ha seguido una técnica normativa incorrecta y su contenido está trufado con lo cual le auguro un recorrido corto.

c) Debemos añadir que esta clase de relación da lugar a que *de facto* y *de iure* los indefinidos no fijos de plantilla terminan la mayoría de ellos vinculados de manera permanente y estable a la Administración Pública *sine die*, pues, como he señalado la Jurisdicción Social está realizando una gran contribución son sus resoluciones, y por otro lado, no hay en el ordenamiento jurídico vigente mecanismos coercitivos que obliguen a las administraciones públicas a aprobar la correspondiente convocatoria pública de los puestos de trabajo ocupados por los indefinidos no fijos de plantilla o, en su caso, amortizarlas, así, la permanencia *sine die* no es en modo alguno excepcional, sino que puedo confirmar por mi experiencia profesional que se ha convertido en la práctica habitual, especialmente en la administración local. En línea con lo expuesto, resulta también criticable que las Leyes anuales de presupuestos no hayan obligado a incluir en la correspondiente oferta anual de empleo público los puestos de trabajo

calificados judicialmente como indefinidos no fijos en el ejercicio anterior, salvo amortización claro está.

Cuarta. No podía faltar una referencia a la necesidad de revisión de la doctrina judicial sobre esta lacra para un empleo público profesional que es la figura de los "indefinidos no fijos", a este respecto, tal como hemos expuesto a la vista de las recientes modificaciones legislativas, en estos momentos, a nuestro juicio, carece de fundamento alguno seguir utilizando esta figura en este ámbito, pues se cumplen en todos sus términos las exigencias del TJUE en cuanto a la existencia de "*medidas o razones objetivas*", quizás el único punto de este debate parcialmente pendiente es el incremento de importe de las indemnizaciones, que parece ser la gran preocupación del TJUE, y desde luego, en cuanto a los funcionarios interinos, el tema ha quedado cerrado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia de 26 de septiembre de 2018.

Quinta. Por otro lado, en cuanto a la intervención del TJUE en los diferentes ámbitos de las relaciones de empleo público, es preciso llamar la atención sobre una disfunción inicial, en concreto, el intento de aplicación de una Directiva a diferentes modelos y naturalezas jurídicas de relaciones de empleo público, que nada tienen que ver entre ellas. Así, un ejemplo de ello, lo hemos visto con las indemnizaciones de contratos interinos y los temporales y el cambio de criterio del TJUE. No se puede tratar de forma homogénea modelos tan distantes como los nórdicos o británico con los modelos continentales europeos (Francia, Alemania, España).

De todas formas, también es cierto que la función del TJUE no es dictar una resolución de aplicación directa, conforme determina el artículo 5.1 de la Directiva, sino fijar criterios interpretativos que luego los tribunales nacionales tienen que interpretar y aplicar, y a este respecto,

resulta esencial el que el Estado Español, de una vez por todas, regule de forma efectiva la exigencia de responsabilidades administrativas, penales y económicas a quien facilite la temporalidad ilegal. Esta es la clave de todo este entramado, pues con ello, es seguro que el TJUE no tendría nada que decir, si bien, toda la amplia familia de interesados clientelares se sentiría muy disgustada, de ahí tantos años de inhibición sobre el tema (a rio revuelto ganancia de pescadores).

Sexta. La otra área de influencia del TJUE no ofrece realmente problema es la equiparación de derechos retributivos entre empleados públicos, que resulta absolutamente lógica, ahora bien, el tema se complica, cuando entramos en otras condiciones profesionales y se intenta por nuestros tribunales realizar interpretaciones asistemáticas con el propio sistema, además sin existir sentencia previa del TJUE, como en el caso del Grado personal de un funcionario interino, o los funcionarios interinos indefinidos, de manera que son nuestros propios tribunales los que terminan creando un conflicto donde la lógica nos llevaría a otro resultado.

Séptima. Finalmente, también debemos rechazar los intentos de establecimiento de procedimientos selectivos *ad hoc*, diseñados "a la carta"[34], una peligrosa vía que se ha abierto de nuevo en el año 2017 y continuado en el 2018 con relación a la posibilidad de convocar "excepcionales" procesos de consolidación y estabilización de empleo público, y que colisiona directamente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los requisitos que deben cumplir esta clase de procesos, tal como hemos expuesto en trabajos anteriores[35], así, nos

[34] A este respecto nos remitimos a nuestros trabajos, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), "*La selección y pérdida de la condición de empleado público*", Atelier, Barcelona, págs. 205 y ss., y en también, en "*Manual para la Selección de Empleados Públicos*", (2018), 2ª Edición actualizada, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 623 y ss.

[35] FONDEVILA ANTOLIN, J., (2008) y (2018), Op. cit.

encontramos que los malos vicios desarrollados durante muchos años en otros procesos similares no han sido objeto de revisión para su eliminación, como constitucional y éticamente sería exigible, sino que a la vista del primer *"Acuerdo para la mejora del empleo público"* de fecha 29 de marzo de 2017, y el segundo "*Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo*" de 9 de marzo de 2018, suscritos entre el Ministerio de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales UGT, CC.OO. y CSI-F, estos pueden ser calificados de un nuevo acuerdo clientelar (político y sindical), es decir, se vuelve a las malas prácticas en los procesos selectivos al establecer como procedimiento de acceso el concurso oposición en el cual *"podrá ser objeto de valoración entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la administración"*, previsiones estas que han tenido un reconocimiento normativo por medio de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado 3/2017 de 27 de junio, y la 6/2018, regulación que, a mi juicio, puede ser el descabello y ocaso del empleo público profesional y objetivo, además de suponer un atentado al derecho constitucional de todos los ciudadanos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 C.E.).