

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES
PÚBLICAS Y EMPLEO PÚBLICO

XXXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

José Manuel Gómez Muñoz
Coodinador

54



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y
EMPLEO PÚBLICO

XXXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2015

© Los autores, 2015

ISBN: 978-84-608-2865-5

Impresión y maquetación: Artes Gráficas Servigraf

Depósito Legal: SE 1457-2015

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REFORMA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EMPLEO PÚBLICO

XXXIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

José Manuel Gómez Muñoz
Coordinador

54



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
PRIMERA PONENCIA	
Negociación colectiva y autonomía colectiva en la administración pública	17
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	
COMUNICACIONES	
Autonomía colectiva de los miembros de las Fuerzas Armadas	57
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	
A vueltas con la incidencia de la ultraactividad sobre la negociación colectiva de las Administraciones Públicas: normas y prácticas	75
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	
El contenido de los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas	91
RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ	
Eficacia del convenio colectivo en la regulación de las políticas de empleo	107
ARACELI VALLECILLO ORELLANA	
La litigiosidad de la relación de puestos de trabajo	121
M ^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO	
La suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo en el Sector Público	135
MIGUEL GUTIÉRREZ PÉREZ	

SEGUNDA PONENCIA

Contratación y acceso al empleo público	149
ANTONIO MÁRQUEZ PRIETO	

COMUNICACIONES

Acceso al empleo público y personas discapacitadas: la comprobación de la aptitud.	177
M ^a DOLORES RUBIO DE MEDINA	
El principio constitucional de igualdad de trato en el empleo público	193
JOSÉ SÁNCHEZ PÉREZ	
El régimen general de empleo público y su vulneración en las Administraciones Públicas	207
JOSÉ MANUEL FOUZ UGUET	
La extinción de los contratos laborales de trabajadores indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas ante el contexto económico actual	225
MANUELA DURAN BERNARDINO	
Algunas consideraciones sobre las posibles consecuencias extintivas en caso de acceso irregular a la Administración Pública.....	239
FRANCISCO VILA TIERNO	
El ámbito funcional de la prestación de servicios del alto directivo en las Administraciones Públicas.....	253
ALICIA VILLALBA SÁNCHEZ	
La eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario.....	267
LARA NOGUEIRA FERREIRO	
La duración del contrato para obra o servicios determinados en las Administraciones Públicas tras la Ley de racionalización del sector público: Un viaje de ida y vuelta.	281
JOSEP MORENO GENÉ	
Finalidad y requisitos definidores de los contratos de colaboración social: Profundización normativa y jurisprudencial de su configuración jurídica	299
MARÍA SALAS PORRAS	
Sobre la frágil estabilidad del personal laboral en el sector público.....	315
THAIS GUERRERO PADRÓN	
Contratación laboral en la Administración como garantía de cumplimiento y servicio público.....	329
ARACELI VALLECILLO ORELLANA	

El acceso de extranjeros a la Función Pública	343
FUENCISLA RUBIO VELASCO	
La provisión de plazas del personal estatutario: procedimientos de selección y promoción interna	355
VICTORIA RODRIGUEZ-RICO ROLDAN	
Contratos de indeterinos: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal	371
MARGARITA MIÑARRO YANINI	
La tasa de reposición y los eventuales problemas que plantea en el acceso y promoción al empleo público en la universidad	385
EIDER LARRAZABAL ASTIGÁRRAGA	

TERCERA PONENCIA

Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras “casi” tres años desde su reforma.....	399
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	

COMUNICACIONES

Reestructuración de plantilla por amortización simple de indefinidos no fijos e interinos por vacante: objeciones a una opción jurisprudencialmente abortada y (eventual) responsabilidad de la administración de justicia (por el cambio de doctrina)	471
IGNASI BELTRAN DE HEREDIA RUIZ	
Despidos colectivos y reestructuración del servicio andaluz de empleo. la irresoluta decisión de extinción de contratos del personal de las UTEDLT	489
M ^a ROSA VALLECILLO GÁMEZ	
Los criterios de selección del personal afecto a despidos colectivos en la Administración Pública.....	505
M ^a ISABEL RIBES MORENO	
Reestructuración de plantillas laborales en las Administraciones Públicas: interinos e indefinidos no fijos	521
BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSÚA	
La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas.....	537
ESTHER GUERRERO VIZUETE	

El impacto de la reestructuración en las Administraciones Públicas a la luz de seguridad y salud laboral: una perspectiva olvidada.....	551
ESTEFANÍA GONZÁLEZ COBALEDA	
Los efectos de la amortización del puesto de trabajo ocupado por un trabajador indefinido no fijo de plantilla	569
ANA MARÍA ROMERO BURILLO	
Empleo público local y ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la administración local: algunas cuestiones de interés.....	587
ENCARNACIÓN DÍAZ GONZÁLEZ	
Reestructuración de personal en la ASAE	601
ARACELI VALLECILLO ORELLANA	

PRESENTACIÓN

Se cumplen treinta y tres ediciones de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales desde que, en 1983, comenzara su andadura esta apuesta académica del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. No sólo estamos ante el encuentro universitario más veterano de cuantos dedican sus esfuerzos al análisis y estudio de la realidad jurídico laboral española, sino ante uno de los escenarios más vivos y productivos de la actividad investigadora del Derecho del Trabajo y las Relaciones Laborales en España. Sería prolijo relacionar la ingente cantidad de estudios jurídicos generados por las Jornadas Andaluzas, como vienen conociéndose en el panorama nacional, pero es patente la importancia que las mismas representan dentro del elenco de grandes encuentros científicos en el plano universitario.

Contra viento y marea, la colaboración institucional entre las universidades públicas de Andalucía y el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, ha conseguido llevar siempre a buen puerto, edición tras edición, el siempre difícil reto organizativo de unas Jornadas que aglutinan a más de cien profesores encuadrados en los departamentos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de nueve universidades que, bajo la dirección de las escuelas más notables del iuslaboralismo nacional, han respondido siempre a las cuestiones de mayor actualidad y complejidad del ámbito de las relaciones laborales en España. No ha habido crisis económica y social que no haya podido ser sorteada a la hora de preparar este consolidado encuentro, lo que da una idea nítida de la trascendencia que el mismo tiene en la contribución de la universidad a la construcción y sostenimiento de nuestro sistema de relaciones laborales. Ahí están los treinta y tres volúmenes editados de enjundiosos estudios jurídicos para dar fe de la vocación de servicio público de sus organizadores.

La elección del tema de estudio vino determinada por diversos factores concurrentes que contribuyeron a una rápida toma de decisión sobre el mismo. Las Jornadas se han caracterizado siempre por una vocación práctica en las temáticas tratadas, y era evidente que las reformas en las Administraciones Públicas operadas en los últimos tres años, requerían una atención singularizada, muestra, una vez más, de la preocupación por lo público que ha movido en todo momento a los organizadores. No sólo ha pesado la influencia de estas reformas en el empleo público, con una congelación de plantillas a través del mecanismo de la tasa de reposición, sino que desde la Administración del Estado, pasando por las Administraciones Autonómicas y por las locales, se han venido produciendo diversas iniciativas, escasamente estructuradas y coordinadas que, atendiendo esencialmente a principios de rigor presupuestario y disminución del gasto público, han reconfigurado buena parte de nuestras Administraciones con resultados, como mínimo, discutibles desde el punto de vista de su eficiencia y racionalidad. Había que dedicar los esfuerzos académicos, por consiguiente, al análisis profundo de toda esta realidad cambiante, valorando sus implicaciones tanto desde la óptica del acceso al empleo público, la reducción de estándares de protección en los contratos de trabajo, los efectos sobre la negociación colectiva pública, o la reestructuración de agencias, sociedades, entes y fundaciones públicas.

La negociación colectiva y la autonomía colectiva en la Administración Pública constituye el primero de los enfoques que van a realizar estas Jornadas para abordar el tema general de las mismas. La profesora de la Universidad de Cádiz, Dña. Francisca Fuentes Rodríguez trazará un interesante esquema de estudio partiendo de los fundamentos constitucionales de la negociación colectiva y su desarrollo legal, particularmente a través del Estatuto Básico del Empleado Público, para centrarse en los principios de legalidad, transparencia, publicidad y obligatoriedad. Es destacable su análisis del principio de cobertura presupuestaria, que somete a los Presupuestos Generales del Estado la cuantía máxima de la masa salarial de funcionarios y personal laboral, y limita temporalmente a un año la extensión de los acuerdos y convenios, así como su estudio de la predeterminación de la estructura negocial en las Administraciones Públicas. En este plano, pone de manifiesto las disfunciones observadas tras la aprobación del RDL 20/2012 y el subsiguiente Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado, de 29 de octubre de 2012, por el que aparecen mesas delegadas, de las Mesas Generales de Negociación, que no se adaptan al modelo estatutario de Mesas Sectoriales, constituyendo un nuevo nivel de negociación nacido al margen de las previsiones legales.

Realizado en clave sincrónica con las medidas gubernamentales para luchar contra el déficit público, el estudio de la profesora Fuentes Rodríguez se centra igualmente en el balance de las consecuencias que sobre la obligación de sentarse a negociar, negociar determinadas materias, y trasladar lo negociado para su

cumplimiento han tenido las distintas reformas operadas, singularmente por lo que respecta a la polémica Disposición Adicional 2ª del RDL 20/2012, en relación a los artículos 32 y 38.10 EBEP, que deja un margen de discrecionalidad prácticamente absoluto a la Administración para incumplir lo acordado sobre la base de la fórmula de causa de grave interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas. Esta quiebra de la eficacia general de lo negociado, junto con la suspensión de acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público, derivada de la aplicación del artículo 22 de la Ley 2/2012 de Presupuestos Generales del Estado, son analizadas en profundidad y objeto de importantes consideraciones respecto de sus efectos jurídicos.

Esta primera ponencia, que se cierra con la valoración de las medidas de reforma sobre la representación de los trabajadores, sus derechos y garantías, y los medios de solución no jurisdiccional y jurisdiccional de los conflictos derivados de la aplicación de las medidas gubernamentales adoptadas en el marco de la crisis económica, es objeto de una serie relevante de comunicaciones, de las que fue relatora Dña. María Luisa de la Flor Fernández, que también forman parte de este volumen. Si bien el tema resulta suficientemente amplio como para que la problemática tratada en las comunicaciones sea heterogénea y dispersa, la realidad es que los estudios derivados de la primera ponencia se han centrado en cuestiones clave de la actualidad de la negociación y la autonomía colectiva en nuestras Administraciones Públicas. Así, encontramos trabajos sobre la incidencia de la regulación de la ultraactividad de los convenios en la negociación colectiva pública, con profusión de ejemplos prácticos, el contenido de los convenios del personal laboral afectado por las medidas restrictivas de condiciones de trabajo, la eficacia del convenio en la regulación de políticas de empleo, a la luz de la congelación de la oferta de empleo público, la litigiosidad en la regulación de las relaciones de puestos de trabajo, los efectos de la suspensión de lo pactado en acuerdo o convenio colectivo en el Sector Público, o los problemas del reconocimiento de la autonomía colectiva en las Fuerzas Armadas. Todos estos estudios, componen una sólida aportación conclusiva a los múltiples problemas de actualidad destacados en el texto de la ponencia primera.

A continuación, el profesor de la Universidad de Málaga, D. Antonio Márquez Prieto, aborda, en la segunda ponencia, la extensa y compleja problemática de la contratación y acceso al empleo público. Partiendo de la configuración constitucional del mandato regulatorio de un Estatuto del empleado público, el profesor Márquez Prieto toma conciencia de que un mayor avance en la configuración de un estatuto común, un estatuto constitucional de derechos profesionales más completo para los diferentes tipos de empleados públicos de nuestras Administraciones, habría influido positivamente en la reducción de las incertidumbres, lagunas o contradicciones de los dos ámbitos diferenciados entre funcionarios y personal laboral. Como bien pone de manifiesto, *“a diferencia de leyes anteriores de Función Pública (de 1964 y de*

1984), que regulaban “secamente” las competencias, procedimientos, categorías, obligaciones y derechos, ordenando, únicamente en base a normas imperativas (prácticamente sin principios inspiradores) una dinámica administrativa de carácter interno, la Ley de EBEP de 2007 intenta ir más allá de la institucionalidad normativa y abrirse a la socialidad exterior a través de principios generales, expresados de forma rotunda y sistemática”.

Los principios de selección y acceso, son objeto de una profunda revisión y contraste constitucional que ponen de manifiesto la interpretación que el EBEP ha hecho de la jurisprudencia del Alto Tribunal en relación con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, destacándose la multiplicidad de problemas que plantea la puesta en funcionamiento un sistema de selección de personal público y abierto, y la determinación adecuada de los órganos de selección, así como la aplicación de los principios de imparcialidad y profesionalidad en su actuación, y las diferencias observados en los procesos selectivos de funcionarios y personal laboral, con especial mención a los problemas de selección del personal temporal. Todo su estudio pivota sobre la consideración teórica de los conceptos de relación de servicio público y socialidad, en su doble componente de institucionalidad y reciprocidad, caracterizadores de la gobernanza que rige los mecanismos de acceso a la Administración Pública, lo que dota a este análisis de una interesante visión dogmática profusamente argumentada y anotada.

Son numerosas las comunicaciones que evoca esta segunda ponencia, de las que fue relatora Dña. Lucía Martín Rivera, puesto que permite el estudio pormenorizado de múltiples figuras contractuales en la Administración y la puesta de manifiesto de sus complejas vicisitudes, singularmente, a la luz de las reformas operadas en los últimos años. En materia de acceso al empleo público destacan las comunicaciones relativas al principio constitucional de igualdad de trato, el régimen general de empleo y su vulneración en las Administraciones Públicas, la provisión de plazas del personal estatutario o la tasa de reposición y los eventuales problemas planteados en el acceso y promoción al empleo en las universidades públicas. También se han estudiado los problemas singulares del acceso de discapacitados y la comprobación de su aptitud, y de los extranjeros a la función pública. La extinción de los contratos laborales de trabajadores indefinidos no fijos, la frágil estabilidad del personal laboral del sector público, las posibles consecuencias extintivas en caso de acceso irregular a la Administración Pública, o la contratación laboral como garantía de cumplimiento y servicio público, también han sido objeto de estudio. Finalmente, se ha analizado con detenimiento el régimen jurídico y la situación de colectivos concretos como los altos directivos y su ámbito funcional de prestación de servicios, los efectos sobre los contratos de obra o servicio de la Ley de Racionalización del Sector Público, o la eficacia en el fomento de la investigación del contrato predoctoral y las ayudas a la formación de doctores y profesorado universitario.

La ponencia del profesor de la Universidad de Huelva, D. Sebastián de Soto Rioja, que versa sobre las Reestructuraciones en las Administraciones Públicas es la que posee una mayor visión práctica de la realidad y efectos de las reformas abordadas por el gobierno desde el año 2011. Su análisis está planteado de una forma eminentemente casuística, destacándose los procesos de reconfiguración de Agencias y empresas públicas, entes y fundaciones en la Administración andaluza y estatal, así como una valoración exhaustiva de los numerosos pronunciamientos judiciales que se han venido produciendo en los últimos años en relación con las reestructuraciones de plantillas en las distintas Administraciones.

Las aportaciones del profesor de Soto Rioja son muy interesantes desde el punto de vista procesal, pues realizan una rigurosa descripción de los diferentes contenciosos judiciales que han dado lugar a giros jurisprudenciales notables en temas tan espinosos como los grupos de empresas y su caracterización, o los despidos colectivos y su calificación como despidos nulos en sonados casos muy conocidos mediáticamente. Su ponencia es objeto, por tanto, de una relación importante de comunicaciones, de las que fue relator D. Antonio Costa Reyes, que siguen esa línea discursiva y que han versado, entre otros temas, sobre los despidos colectivos y reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo, los criterios de selección del personal afecto a despidos colectivos en la Administración Pública, las reestructuraciones de interinos e indefinidos no fijos, la externalización del servicio público como causa de extinción contractual, el impacto de las reestructuraciones a la luz de la seguridad y salud laboral, los efectos de la amortización de puestos de trabajo de trabajadores indefinidos no fijos, la Ley 22/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, o la reestructuración de personal en la ASAE y los consorcios UTEDLT.

Las XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, se celebraron en el Salón de Actos conjunto de las Facultades de Derecho y Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla, los días 27 y 28 de noviembre de 2014. La conferencia inaugural fue pronunciada por el profesor D. Santiago Muñoz Machado, Catedrático de Derecho Administrativo, Medalla de Andalucía y miembro de la Real Academia de la Lengua Española, que disertó sobre las reformas de las Administraciones Públicas en una brillante intervención que puso de manifiesto las enormes dificultades para conseguir los objetivos perseguidos por los reformadores, que no son novedosos, pues han sido históricamente muchos los intentos por racionalizar la estructura administrativa del Estado, en unos momentos de crisis financiera y económica como los que atravesamos. Fue posible, igualmente, contar con representantes sindicales de UGT y CCOO de las Federaciones de Servicios Públicos de dichos sindicatos, en un panel muy esclarecedor de la realidad de los procesos de reestructuración pública en Andalucía.

El comité científico de estas Jornadas Andaluzas, bajo la presidencia de D. Angel Javier Gallego Morales, estuvo formado por la profesora Dña. Eva Garrido Pérez, D. Pedro Gómez Caballero, D. Cristóbal Molina Navarrete, Dña. Rosa Quesada Segura y por quien suscribe, que actuó como Coordinador de las Jornadas. Su labor de selección de las mejores comunicaciones presentadas no fue en absoluto fácil habida cuenta de la gran calidad de los trabajos presentados, concediéndose premio a la mejor comunicación, *Ex Aequo*, a D. Manuel García Jiménez, por su estudio titulado “A vueltas con la incidencia de la ultraactividad sobre la negociación colectiva de las Administraciones Públicas: normas y prácticas” y Dña. María Salas Porras por su comunicación titulada “Finalidad y requisitos definidores de los contratos de colaboración social. Profundización normativa y jurisprudencial de su configuración jurídica”. El primer accésit se concedió a Dña. Thais Guerrero Padrón por su estudio “Sobre la frágil estabilidad del personal laboral en el Sector Público”, y el segundo accésit fue para Dña. Raquel Vida Fernández, por su comunicación sobre “El contenido de los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas”.

La organización de las Jornadas contó con la colaboración inestimable de las Facultades de Derecho y de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla, que cedieron sus instalaciones para el desarrollo de las mismas, así como la colaboración de su personal de servicios, y con el patrocinio, bajo Convenio Específico con la Universidad de Sevilla, de la Corporación de Empresas Municipales del Ayuntamiento de Sevilla.

José Manuel Gómez Muñoz
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

PRIMERA PONENCIA

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y
AUTONOMÍA COLECTIVA
EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA**

Francisca Fuentes Rodríguez
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Cádiz

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL**
- 3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP. MARCO GENERAL**
- 4. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN**
 - 4.1. Principio de legalidad**
 - 4.1.1. Cobertura presupuestaria*
 - 4.1.2. Predeterminación de la estructura negocial*
 - 4.2. Principios de transparencia y publicidad**
 - 4.3. Principio de obligatoriedad**
 - 4.3.1. Obligación de sentarse a negociar*
 - 4.3.2. Obligación de negociar determinadas materias*
 - 4.3.3. Obligación de cumplimiento de lo acordado e incumplimientos previstos legalmente*
 - 4.3.3.1 Incumplimiento del deber de trasladar lo acordado*
 - 4.3.3.2 Incumplimiento del contenido de lo acordado*
 - 4.3.3.3. Suspensión ex lege del contenido de los acuerdos*
- 5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES**
- 6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE CONFLICTOS**
- 7. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

1. INTRODUCCIÓN

El papel de la Administración Pública como sujeto empleador hace necesario abordar el análisis de las relaciones laborales que se van a desarrollar en su seno, sean las individuales, sean las colectivas. En un contexto, como el que nos encontramos desde hace algunos años, de reformas de tal calado que nos hacen pensar que estamos asistiendo a un cambio de modelo, parece muy oportuno abordar el estudio que se plantea en las presentes Jornadas en torno a la Administración Pública. Se trata de una labor necesaria a la vez que compleja, en la medida en que son muchos los aspectos a los que hay que atender, por lo que necesariamente han de enmarcarse en áreas temáticas para su estudio.

Respondiendo a ese esquema de división material, el presente trabajo va a abordar el análisis de “la negociación colectiva y la autonomía colectiva en la Administración Pública”, debiendo explicarse en estas primeras líneas cuales son las premisas de partida, tanto desde el punto de vista metodológico como de fondo.

En cuanto al tema planteado, debe recordarse que negociación colectiva y autonomía colectiva no son, obviamente, nociones equivalentes, y ni siquiera son términos que tengan una significación unívoca. Tal y como se ha señalado, autonomía colectiva será en sentido general el actuar de los sujetos colectivos, tanto en el ámbito de la autoorganización como en el ámbito de la proyección de su actividad¹, por lo cual su proyección como ámbito de estudio abarca un conjunto de aspectos que difícilmente pueden ser abordados en un trabajo de estas características. Negociación colectiva, por su parte, es un término que puede ser entendido de forma diversa: bien, en sentido amplio, como cualquier proceso de interlocución entre representantes de los trabajadores y de los empresarios en materia de relaciones laborales que sea susceptible de acabar con un acuerdo; bien, en sentido estricto, como proceso reglado de interlocución para intentar alcanzar un resultado concreto, que puede tener diferentes denominaciones dependiendo del tipo de personal al que afecte (convenios colectivos, pactos colectivos, acuerdos colectivos) que estará sometido a un régimen legal concreto y previsto legalmente, el que corresponda según el tipo de instrumento de que se trate.

Atendiendo a la separación material que se ha planteado en las presentes Jornadas, la primera apreciación de carácter metodológico que debe ponerse de manifiesto es que en el presente trabajo nos ceñiremos a la segunda de las visiones que se han expuesto de la negociación colectiva, excluyendo por tanto el análisis de supuestos que no tengan como objeto la adopción de un convenio (pacto o acuerdo)².

¹ M.M. Ruiz Castillo y J. Escribano Gutiérrez, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, 2013, página 28.

² Sobre este tema, vid. M.M. Ruiz Castillo y J. Escribano Gutiérrez, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, op. Cit., página 48.

Esta separación no es una especialidad que se produzca en el ámbito público sino que deriva de la distinta consideración que se ha dado en la configuración legal y en la interpretación jurisprudencial a los procesos de adopción de un convenio (que se consideran negociación colectiva) respecto de aquellos otros modificativos-inaplicativos del convenio que, siendo manifestaciones de la autonomía colectiva, no lo son de negociación colectiva.

La segunda es que, dada la amplitud de materias que pueden integrar la noción de autonomía colectiva y la imposibilidad de abordar, ni siquiera a modo de apunte, el análisis en su conjunto, hemos decidido abordar aquellas vertientes que tienen un elemento diferencial, que se traslada también al plano de la negociación colectiva, respecto de su régimen en el ámbito de las relaciones en las empresas. Finalmente, se ha optado por no hacer una revisión general y con una estructura clásica del régimen jurídico de la negociación en el empleo público pues existen numerosos y solventes estudios en la materia, algunos de ellos muy recientes, que hacen que esta labor nos parezca innecesaria.

Antes de entrar en el análisis concreto de los temas a tratar creemos importante recordar algunas premisas que, no por conocidas, podemos pasar por alto, ya que van a determinar claramente el desarrollo normativo así como la práctica de las relaciones laborales en la Administración Pública.

En primer lugar, que en la Administración conviven dos modelos de prestación de servicios, el funcionarial y el laboral³, con regímenes jurídicos propios que, teniendo obviamente elementos diferenciales (derivados básicamente de las características del régimen de prestación de servicios de los funcionarios), desde hace tiempo están sufriendo un proceso de convergencia que se manifiesta de forma expresa en la adopción de un “Estatuto Básico del Empleado Público”⁴ que, según declara la Exposición de Motivos de la Ley, va a establecer los principios generales aplicables al conjunto de relaciones de empleo público. En materia de negociación colectiva la realidad es que si bien en el EBEP se mantiene la dualidad de regímenes jurídicos para laborales y funcionarios en la práctica existen numerosos elementos comunes que llevan a una importante convergencia del sistema⁵, que en el propio texto del EBEP se ha plasmado, por ejemplo, en el reconocimiento expreso de

³ Como recuerda A. Montoya Melgar, “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración nº 93, páginas 14, el modelo dual de prestadores de servicios para las administraciones se consagra definitivamente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 y tiene continuidad con la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, con la legislación de Régimen local y sobre organismos autónomos y se mantiene asimismo en la vigente Ley 7/2007..

⁴ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP).

⁵ Proceso de “ósmosis institucional”, como señala J. Cruz Villalón, “Algunas especialidades de la negociación colectiva (laboral y funcionarial) en la Administración Pública”, en AA.VV., La negociación colectiva en la Administración Pública andaluza, IAAP, Sevilla, 2005, página 36. Asimismo J. Cruz Villalón, “El desencuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, TL nº 117, 2012, página 27.

la negociación conjunta de funcionarios y personal laboral, que aunque se venía produciendo en la práctica era declarada inviable jurídicamente por nuestros Tribunales⁶.

En segundo lugar, que aunque es habitual que nos refiramos a “la Administración”, no se trata de una única realidad, sino de múltiples realidades que pueden llegar a ser muy diversas⁷. No sólo porque las administraciones van a tener un ámbito territorial de actuación diferente, sino porque también puede ser diferente la estructura del empleo público en cada una de ellas (dependiendo de la tendencia hacia la laboralización o la funcionarización que se manifieste en su política de personal) y por supuesto porque va a ser también diferente su ámbito competencial, con la incidencia que ello va a tener en el contenido posible de la negociación en cada ámbito.

Finalmente, como elemento realmente definitorio y caracterizador del sistema en su conjunto, el carácter público del empleador “Administración”, que va a dotar a todo el régimen jurídico del empleo, de la negociación y, en general, de las distintas vertientes de la autonomía colectiva, de unas peculiaridades que son desde nuestro punto de vista los elementos realmente destacables, pues van a permear todos los ámbitos y todos los niveles de análisis. En este sentido, ya se señaló en su momento que la negociación en la administración mantiene rasgos diferenciales que han sido abordados tradicionalmente por la experiencia convencional y que han generado una “gran conflictividad y una extrema inseguridad jurídica”⁸. Manifestaciones, hechas antes del EBEP⁹, que si bien a día de hoy deben ser necesariamente matizadas no pueden ser totalmente descartadas, ya que aunque éste ha supuesto una mejora importante en algunos aspectos no ha llegado a configurar un régimen jurídico exento de incertidumbres.

⁶ La posición mantenida era la de prohibir los acuerdos conjuntos, declarando la nulidad de los instrumentos negociales de aplicación simultánea (Sentencia del Tribunal Supremo, 3ª, de 9 de febrero de 1998, de 6 de junio de 1994 o de 22 de octubre de 1993), y declarando aquellos acuerdos sobre temas generales que pudieran afectar también al personal laboral aplicables exclusivamente a los funcionarios y sólo a los laborales en la medida en que se recogieran en los convenios colectivos correspondientes. Al respecto, vid. I. Marín Alonso, *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, Comares, 1999. C.L. Alfonso Mellado, “Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos”, TS nº 120, 2000.

⁷ El EBEP en su artículo 2 incluye en su ámbito de aplicación a las siguientes Administraciones Públicas: Administración general del Estado; Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla; Administraciones de las entidades locales; Organismos Públicos, agencia y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas; Universidades públicas.

⁸ M.N. Moreno Vida, M.D. García Valverde, M. García Jiménez, “La negociación colectiva en el “sector” de “empleo público””: Balance de las experiencias y perspectivas de avance en el horizonte del nuevo Estatuto proyectado”, en AA.VV., *Estrategias sindicales y contenidos para la negociación colectiva del s. XXI: presente y futuro inmediato* (C. Molina Navarrete, coordinador), UGT-Andalucía, Sevilla, 2006, página 852.

⁹ Cuando el régimen jurídico de la negociación estaba contenido en la Ley 9/1987, de 12 de mayo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, modificada en diversas ocasiones, entre ellas por la Ley 7/1990, de 19 de julio, Ley 18/1994, de 30 de junio y por la Ley 21/2006, de 20 de junio (en adelante, LORAP).

Partiendo de estas premisas, nos hemos centrado en los principios rectores de la negociación en la Administración, que nos parece pueden servir de hilo conductor de los distintos aspectos diferenciales en este ámbito y nos permitirán, esperamos que así sea, hacer un esbozo de las cuestiones de siempre en materia de negociación y prestar atención a las novedades producidas en el sistema de forma más reciente.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y DESARROLLO LEGAL

Como se ha señalado, en el empleo público coexisten dos regímenes jurídicos diferenciados, el del personal funcionario y el del personal laboral que, si bien por imperativo constitucional no puede ser el régimen del empleo público prioritario en nuestro país, es cada vez más numeroso, constituyendo un porcentaje significativo de empleados públicos.

Esta dualidad se traduce en la imposibilidad de hacer un tratamiento unitario del derecho a la negociación colectiva en el seno de la Administración. No existe dicho tratamiento conjunto ni en la Constitución ni en la legislación posterior, sea orgánica u ordinaria.

Por lo que se refiere al fundamento constitucional el personal con contrato laboral, trabajadores en sentido estricto, va a tener una doble vía de reconocimiento del derecho a la negociación colectiva: de un lado, el artículo 37.1 del texto constitucional, que lleva a cabo el reconocimiento expreso del derecho a la negociación colectiva “entre los representantes de los trabajadores y los empresarios”; de otro, el artículo 28.1 de la Constitución, al establecer el derecho a la libertad sindical e integrar en el mismo a la negociación colectiva como contenido esencial.

En el plano de la legislación ordinaria, el desarrollo del derecho se ha llevado a cabo en el Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, RDL 1/1995), si bien se han desarrollado fenómenos negociales al margen de la regulación legal, dando lugar a los denominados convenios colectivos extraestatutarios o impropios, cuya existencia y validez ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional, en el entendimiento de que la negociación colectiva derivada del ET no agota el contenido posible del artículo 37.1 de la CE. Cosa distinta y discutible es la eficacia que desde el punto de vista de la jurisprudencia ordinaria se ha atribuido a este tipo de convenios, pero esa es otra historia.

Por lo que se refiere al personal funcionario¹⁰, el encaje constitucional de su derecho a la negociación colectiva no ha estado exento de controversia, no del todo resuelta aún, pues desde temprano el Tribunal Constitucional¹¹ dejó claro que el artículo 37.1 de la Constitución no es el fundamento de la negociación colectiva funcional, al estar referido exclusivamente a la negociación colectiva laboral¹², como tampoco lo es el 28.1, pero señalando al mismo tiempo que esta imposibilidad de encuadramiento en los citados preceptos no significa que la Constitución prohíba la negociación colectiva de los funcionarios.

Sobre la base de lo declarado por el TC en esta sentencia, y compartiendo la premisa básica de la exclusión de la negociación colectiva de los funcionarios del ámbito del 37.1, se ha generado un debate en el que se mantienen planteamientos diversos, que trataremos de sintetizar¹³.

El primero, que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios no se encuentra ni en el artículo 37.1 ni en el artículo 28.1 de la Constitución, sino que es un derecho de reconocimiento y creación legal¹⁴, tesis que mantiene la doctrina jurisprudencial administrativista¹⁵.

El segundo, que en la medida en que la ley regula el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, éste pasa a formar parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical de éstos, protegible en tanto que contenido de un derecho fundamental, pero no sometido a condicionante alguno en cuanto a su desarrollo o plasmación, en tanto que contenido adicional¹⁶.

¹⁰ Sobre esta materia antes del EBEP vid. L. Ortega, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, Tecnos, 1983; S. Del Rey Guanter, *Estado, Sindicatos y Relaciones Colectivas en la función pública*, Madrid, INAP, 1986; del mismo autor, *Comentarios a la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, MAP, 1988; M. Arenilla Sáez, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Madrid, La Ley, 1993; R. Roqueta Buj, *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994; P. Gómez Caballero, *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid, CES, 1994; T. Sala Franco y R. Roqueta Buj, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 1995; M.J. Romero Ródenas, *Las relaciones laborales en el empleo público*, Madrid, IBIDEM, 1995; J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Barcelona, Cedecs, 1996; M.J. Rodríguez Ramos, *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 1997; F. Valdés Dal-Re, "Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación", REDT nº 86, 1997, pág. 837 y ss.

¹¹ Sentencia 57/1982, de 27 de julio.

¹² Esta tesis la ha reiterado en sentencias posteriores como la 118/1983, de 13 de diciembre, la 45/1984, de 27 de marzo, o la 99/1987, de 11 de junio.

¹³ Sobre este tema, vid. J.M. López Gómez, "La negociación colectiva en el sector público", en <http://personal.us.es/jmlopezgomez/uploads/jmlg/revistas/negociacioncolectiva.pdf>, páginas 3 y ss.

¹⁴ Vid. J.J. Fernández Domínguez y S. Rodríguez Escanciano, *La negociación colectiva de los Funcionarios Públicos*, op. cit., pág. 58, y bibliografía allí citada.

¹⁵ A respecto, vid. C.L. Alfonso Mellado, "Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el Estatuto Básico", RDS nº 37, 2007, página 56.

¹⁶ En este sentido, STC 224/2000, de 2 de octubre

Finalmente, que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, si bien no tiene encaje en el artículo 37.1, es claramente contenido esencial del derecho a la libertad sindical de los funcionarios. Esta interpretación no encuentra acomodo en la opción interpretativa expresada en la Sentencia 57/1982, pero es perfectamente coherente con la doctrina posterior del Tribunal Constitucional¹⁷, y significa que el fundamento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se encuentra en el artículo 28.1 de la Constitución. Y es la que compartimos, partiendo de la propia doctrina constitucional, que viene manteniendo que el contenido esencial de la libertad sindical en su vertiente de acción sindical está integrado tanto por la negociación colectiva como por la huelga. No cabe, por tanto, privar a un colectivo al que se reconoce expresamente el derecho, de una de las facetas del mismo que le dan sentido y lo identifican como tal. Y no basta para desvirtuar esta conclusión el que la Constitución prevea que la ley regule “peculiaridades” en su ejercicio, pues dichas peculiaridades son, a tenor de la doctrina del propio Tribunal, modulaciones y matizaciones, pero en ningún caso podrán privar de contenido al derecho. Peculiaridades que van a venir justificadas precisamente por el carácter público del empleador frente al cual se va a ejercitar el derecho y que se van a plasmar en la existencia de un régimen legal diferenciado del de la negociación colectiva del personal laboral. Pero que, como decimos, no pueden suponer un vaciamiento de su contenido esencial. Esta conclusión nos llevaría

Este debate, como fácilmente puede observarse, no es sino reflejo de la dificultad que históricamente ha tenido el reconocimiento de los derechos colectivos a los funcionarios¹⁸ que ha estado obstaculizado por los factores que venimos señalando como determinantes, entre ellos la propia naturaleza jurídica de la relación funcional, a tenor de la cual es la voluntad unilateral de la Administración la que hace surgir el vínculo existente entre ésta y el funcionario, y por la configuración de la Administración como una organización burocrática regida por el principio de jerarquía¹⁹.

En el plano de la legalidad ordinaria la plasmación del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios se ha ido produciendo de forma paulatina. Tímido reconocimiento en la Ley 30/84, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP)²⁰. Regulación indirecta en la Ley Orgánica de Libertad

¹⁷ Expresada en sentencias como la 107/2000, de 5 de mayo, o la 225/2001, de 26 de noviembre.

¹⁸ Vid. M.T. Díaz Aznarte, “EL derecho a la negociación colectiva en el empleo público”, en AA.VV, Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva desde una perspectiva comparada, EditorialComares, 2011, página 519 y siguientes y bibliografía allí citada.

¹⁹ F. VALDES DAL-RE, “Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación”, REDT nº 86, 1997, pág. 842.

²⁰ El artículo 3.2.b. de esta norma establece la competencia del Gobierno para determinar las instrucciones a las que deberán atenerse los representantes de la Administración del Estado cuando proceda la negociación con los representantes sindicales de los funcionarios. Reconocimiento implícito, pues, del derecho a la negociación, pero de gran valor, tal y como lo calificó A. Palomar Olmeda, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, DYKINSON, 1990, pág. 360.

Sindical al otorgar a los sindicatos más representativos capacidad para “participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación”. Finalmente, tratamiento expreso, primero en la Ley 9/87, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LORAP) y, con el alcance y el régimen vigentes en la actualidad, en el EBEP que aunque con mejoras apreciables en algunas materias, reproduce en esencia el planteamiento de la LORAP, debiendo destacarse en este momento dos aspectos de carácter continuista y una novedad.

De un lado, el mantenimiento de la dualidad esencial de regímenes en materia de negociación, al señalar su artículo 32 que “la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral” pero sin carácter absoluto, al prever que será “sin perjuicio” de los preceptos del Capítulo IV que les sean de aplicación, entre ellos la introducción de un marco de negociación conjunta al que tendremos ocasión de referirnos²¹

De otro, el mantenimiento de la reserva de legitimación negocial para las organizaciones sindicales, con exclusión de la representación unitaria, como un elemento diferencial importante respecto de la negociación del personal laboral. Así, el artículo 33 dispone que la negociación colectiva de los funcionarios se llevará a cabo mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP. MARCO GENERAL

Merece la pena detenerse siquiera mínimamente en la forma en que el EBEP va a hacer referencia no ya a la negociación colectiva, sino en general a las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva de los empleados públicos, pues quizá esta aproximación nos proporcione algún dato sobre cómo se ha planteado esta materia que, haciendo una valoración inicial, me atrevería a calificar de confusa.

Así, en el artículo 1 del texto legal se contempla, dentro de un conjunto de aspectos heterogéneos que se definen como “fundamentos de actuación” de las

²¹ Sobre este tema vid. R. Roqueta Buj, La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del Comité de empresa en la negociación de la mesa de temas comunes, en http://cematica.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Roqueta_Buj_neg_colect_conj.pdf. Y bibliografía allí citada.

Administraciones públicas²² el de “negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo”. Debe observarse en este punto que el precepto parece mantener la dualidad de referencias a negociación colectiva, de un lado, y participación en la determinación de las condiciones de trabajo, por otro, en línea con la clásica diferenciación entre “negociación colectiva” como referida a personal en régimen laboral y “participación en la determinación de las condiciones de trabajo” como referida a personal funcionario, plasmada en la Ley Orgánica de Libertad Sindical en relación con los sindicatos más representativos²³ y posteriormente recogida en la LORAP.

Aunque la Exposición de Motivos manifiesta que el EBEP lleva a cabo una diferenciación entre los derechos individuales y los derechos colectivos, el artículo 15 va a enmarcar bajo la denominación “derechos individuales ejercidos colectivamente” el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; al ejercicio del derecho de huelga; al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso y al de reunión en los términos establecidos en el propio EBEP (art. 46). En este planteamiento desconoce el EBEP que el propio texto constitucional plasma dos planos diferenciados de la libertad sindical, el individual y el colectivo, integrados por distintas vertientes del derecho según quién sea su titular²⁴; desconoce que la negociación colectiva, sea como derecho autónomo, sea como contenido esencial de la libertad sindical es sin duda un derecho colectivo²⁵; desconoce que la huelga tiene un doble plano en el ejercicio del derecho, el que corresponde al trabajador y que corresponde a los sujetos colectivos y que son éstos sin duda los titulares del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, por cuanto que son los titulares de los intereses colectivos cuya promoción o tutela se pretende²⁶. Una imprecisión de carácter digamos “conceptual” que puede provocar cierta confusión en una primera lectura del texto.

²² Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales; igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional; sometimiento pleno a la ley y al Derecho; igualdad de trato entre mujeres y hombres; objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio; eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos; desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos, transparencia; evaluación y responsabilidad en la gestión; jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones; cooperación entre las Administraciones Públicas.

²³ Artículo 6.3: Las organizaciones que tengan la consideración de sindicato más representativo según el número anterior, gozarán de capacidad representativa a todos los niveles territoriales y funcionales para: b) La negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores; c) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación.

²⁴ En este sentido, C. Cid Babarro, *La representación sindical en la empresa*, Lex Nova, Thomson Reuters, Valladolid, 2014, página 62; del mismo autor, “La negociación colectiva y la sección sindical”, en *Participación y acción sindical en la empresa*, Bomarzo, Albacete, 2013, página 169 y ss.

²⁵ M.M. Ruiz Castillo y J. Escribano Gutiérrez, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, op. Cit, página 65, señalan que “para éstos (los trabajadores) parece difícil negar que el precepto constitucional los excluya de la atribución subjetiva individual del derecho”.

²⁶ En este sentido el artículo 154 de la Ley de la Jurisdicción Social sólo atribuye legitimación para la promoción de conflictos colectivos a estos los sujetos.

Finalmente, en la regulación específica de estos derechos, el Capítulo IV alude a los derechos a la negociación colectiva, representación y participación institucional, así como al derecho de reunión. Obvia la referencia al derecho de huelga y de planteamiento de conflictos colectivo, siquiera sea para remitirlos a otra instancia reguladora.

Según dispone el artículo 31, los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva (entendido como derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública, apartado segundo); representación (entendida como facultad de elegir representantes y constituir *órganos unitarios* a través de los cuales se instrumenta la interlocución entre las Administraciones públicas y sus empleados, apartado tercero) y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo (entendido como derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine apartado cuarto). Todo ello parece que encaminado “a la determinación de sus condiciones de trabajo” (31.1 in fine). Pese a la confusión que nos vuelve a producir esta última especificación, lo que parece claro es que el EBEP opta por generalizar la denominación de “negociación colectiva” para el conjunto de los empleados públicos, superando el pudor que parecía existir a referirse a negociación cuando se trataba de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Y que las referencias diferenciadas de los artículos 1.3.k y 15.b) deben valorarse, por tanto, como errores motivados por el hábito generado en la aplicación de las normas precedentes.

En cuanto al ejercicio de estos derechos, el propio precepto lo enmarca en tres grandes ejes. De un lado, ha de llevarse a cabo “a través de los órganos y sistemas específicos” regulados en el propio EBEP, pero permitiendo expresamente “otras formas de colaboración entre las administraciones públicas y sus empleados o los representantes de éstos”. Distinción en cuanto a la interlocución con la administración entre los empleados singulares y sus representantes que nos parece, cuando menos, de nuevo confusa. Pero que en cuanto al sentido del precepto significa una cláusula abierta a la formulación de diferentes medios de cooperación en el ámbito de las administraciones, que quedan expresamente permitidas en el propio texto del EBEP.

De otro, deberá respetar en todo caso, el contenido del EBEP y las leyes de desarrollo previstas en el mismo. Lo cual enlaza con los principios informadores de la negociación a los que tendremos ocasión de referirnos de inmediato.

Finalmente, deberá tener en cuenta las previsiones establecidas en los convenios y acuerdos de carácter internacional ratificados por España²⁷. Alusión que en realidad resulta poco efectiva, dados los escasamente concretos términos en que expresan estos convenios.

4. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN

Si bien el artículo 33.1 del EBEP, al enunciar los principios de la negociación colectiva, se refiere a los funcionarios públicos, no cabe la menor duda que dichos principios están directamente vinculados al carácter público del empleador, por lo que es fácilmente entendible que, pese a la ubicación de los mismos, su aplicación ha de extenderse necesariamente a la negociación colectiva laboral llevada a cabo en el seno de las administraciones públicas²⁸ cuya propia regulación, además, los va a reflejar de una manera o de otra. Se trata de los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

No señalados en el precepto pero que van a tener un reflejo importante en la negociación, justificando además su diferente tratamiento respecto de la negociación en el ámbito privado, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público; el principio de igualdad y la prohibición de todo tratamiento discriminatorio, que van a condicionar igualmente los contenidos posibles de la negociación, sea laboral, sea funcionarial, llevada a cabo en el seno de las Administraciones públicas.

Dedicaremos las páginas que siguen a analizar estos principios e intentar ver su significación.

4.1. Principio de legalidad

Ni que decir tiene que en un Estado de Derecho, como es el nuestro, todos los sujetos, públicos y privados, han de actuar conforme a la ley. No obstante, esta premisa cobra especial relevancia cuando nos referimos a la Administración, o mejor, a las Administraciones. En efecto, para ellas existe una previsión constitucional expresa de actuación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho

²⁷ Convenio nº 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; Convenio nº 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (ratificados por España en 1977. Específicamente, Convenio nº 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública (ratificado por España en 1984); Convenio nº 154 sobre la negociación colectiva (ratificado por España en 1985).

²⁸ En este sentido, J. Cruz. Villalón, "Algunas especialidades de la negociación colectiva (laboral y *Pública andaluza*, IAAP, Sevilla, 2005, página 27. Idéntica conclusión pero con diferente justificación, J.M López Gómez, "La negociación colectiva en el sector público", en <http://personal.us.es/jmllopezgomez/uploads/jmlg/revistas/negociacioncolectiva.pdf>, página 7.

(artículo 103.1), cuyo control corresponde a los Tribunales (artículo 106.1), que se va a reiterar en la declaración contenida en el artículo 3.1. de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, “Las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho”.

Esta condición de ejercicio de la actuación administrativa va a proyectarse en cualquier ámbito, y en el de la negociación colectiva se va a concretar en determinadas especificidades, referidas tanto al contenido de la negociación como a los niveles de la misma.

4.1.1. Principio de legalidad y cobertura presupuestaria

Una de las manifestaciones más relevantes del principio de legalidad en materia de negociación colectiva es su concreción en un principio específico, el de cobertura presupuestaria, derivado de la exigencia constitucional de que los Presupuestos Generales del Estado sean anuales y deban incluir “la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (artículo 134.2), afectando a uno de los aspectos esenciales cuando hablamos de negociación, cual es el de las retribuciones. Y ello, en dos vertientes: de un lado, la imposibilidad de negociar por períodos superiores a un año; de otro, la existencia de un límite previo a la cuantía.

Enlazando con el principio de jerarquía normativa, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no es inconstitucional el establecimiento legal de topes los salarios del personal laboral del sector público, con base al principio de legalidad presupuestaria, política económica y principio de jerarquía normativa, reconocido en el art. 9.3 CE, que impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, de forma que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de tal modo que es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario²⁹.

La forma de articular la concreción de estos derechos y que no produzca un vaciamiento absoluto del derecho a la negociación colectiva en una materia tan esencial a la propia negociación como es la retributiva, es llevar a cabo la negociación con carácter previo a la presentación de la Ley de Presupuestos, y, en este sentido, el artículo 36. 2 del EBEP señala que “será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, que

29 Vid. al respecto; J.M López Gómez, “La negociación colectiva en el sector público”, op. Cit, página 5.

es conjunta para laborales y funcionarios, el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponde incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Como se ha señalado, el derecho de negociación colectiva, como todos los derechos, no es absoluto y, en este ámbito, debe ceder hacer al concurrir con el principio constitucional de legalidad presupuestaria que recoge el art.134 CE³⁰.

4.1.2. Principio de legalidad y estructura de la negociación colectiva

Es sabido que en la negociación colectiva laboral rige el principio libertad de elección de los ámbitos de negociación³¹ que va a traducirse, en definitiva, en libertad de conformación de la estructura negocial.

La situación en la Administración, sin embargo, es diferente, y no sencilla de calificar pues, como se viene señalando a lo largo de estas páginas, la convivencia de personal funcionario y laboral introducen un factor de complejidad que se pone especialmente de manifiesto en esta materia, aunque intentaremos dar una visión de la situación muy brevemente.

Cuando la LORAP inicialmente lleva a cabo la regulación de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública va a regular únicamente la negociación colectiva de los funcionarios. Dicha norma, sin llegar a un esquema totalmente rígido, optaba por establecer unos ámbitos necesarios de negociación pero dando al mismo tiempo a la autonomía colectiva la posibilidad de creación de otros nuevos, utilizando un criterio mixto en cuanto al diseño de la estructura de la negociación colectiva, al disponer la constitución de una Mesa General de Negociación³² en el ámbito de la Administración del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas y en cada una de las Entidades Locales, así como de Mesas sectoriales en el ámbito de la Administración estatal para unos sectores determinados³³. Además de éstas, el artículo 33 venía a crear lo que se denominó una

³⁰ J.M López Gómez, “La negociación colectiva en el sector público”, op. Et loc. Cit.

³¹ Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, dispone el artículo 83.1 del Estatuto de los Trabajadores.

³² Como acertadamente se señaló en su día (S. DEL GUANTER, *Comentarios a la Ley de órganos de representación...*, op. cit., págs. 180-181) y se ha asumido por la doctrina (entre otros, T. SALA FRANCO y R. ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, op. cit., pág. 235, R. ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, op. cit., pág. 109) el término “Mesa de negociación” tiene en la LORAP una doble acepción. Desde el punto de vista objetivo, se trata de la Comisión negociadora del convenio; desde del punto de vista de la estructura negocial, que es el que nos interesa en este punto, se refiere al conjunto de relaciones de trabajo tomadas en consideración como ámbito potencial de sujeción a las condiciones de empleo que se han de establecer en el acuerdo o pacto que se negocie.

³³ En concreto, se preveían las siguientes Mesas sectoriales: para el personal docente en los centros públicos no universitarios; para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros; para el personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas; para el personal al servicio de la Administración de Justicia; para el personal funcionario de las Universidades.

“supermesa” en cada uno de los niveles de la administración territorial, que sería la que decidiera la apertura de la negociación anual y las materias que se tratarían en cada proceso negociador. Junto a estas Mesas, de constitución obligatoria³⁴, se preveía que en el ámbito estatal la Mesa General pudiera decidir la constitución de otras Mesas sectoriales cuando se dieran determinadas circunstancias. La competencia material de las Mesas sectoriales, fueran las previstas legalmente, fueran las constituidas por la autonomía colectiva, era bastante reducida por cuanto que sólo podían entrar a regular aquellas materias que no hubieran sido objeto de decisión por parte de la Mesa general³⁵. Posteriormente, la Ley 21/2006, de 20 de junio, modificaba la LORAP para introducir la presencia en la estructura descrita de una Mesa General de negociación de las Administraciones Públicas y de una Mesa general en cada una de los niveles de la Administración para negociar aquellas materias y condiciones comunes al personal funcionario, estatutario y laboral.

Unos meses después el EBEP va a reproducir básicamente este esquema, dando lugar a la regulación que tenemos en la actualidad, bastante confusa en cuanto a los términos en que la norma se expresa, por cuanto refiere el término “Mesa General” a distintas realidades, que trataremos de diferenciar, haciendo una enumeración desde los niveles que podríamos denominar “superiores” a los niveles inferiores de negociación³⁶:

En primer lugar, la Mesa General de las Administraciones Públicas (artículo 36.1), común para todos los empleados públicos, en la que la representación de las administraciones será unitaria, estando presidida por la Administración General del Estado y en la que habrá, además, representantes de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de la Federación Española de Municipios y Provincias, *en función de las materias a negociar*. En el otro lado de la mesa estarán las organizaciones sindicales legitimadas de conformidad con los artículos 6 y 7 de la LOLS, esto es, organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal, de Comunidad Autónoma y las que hubieran obtenido el 10 por ciento o más del total de la representación unitaria, de laborales y funcionarios, en el conjunto de las Administraciones Públicas, distribuyéndose la representación en función de los resultados obtenidos en las elecciones a dicha representación. En esta mesa serán objeto de negociación las materias susceptibles de regulación estatal con carácter

³⁴ Unidades apropiadas de negociación fijadas legalmente, respecto de las cuales la Administración carece de competencia alguna, no pudiendo excluirlas, limitarlas ni modificarlas unilateralmente (mediante actos singulares o reglamentarios) ni de forma conjunta con las representaciones sindicales. En este sentido R. ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, op. cit., pág. 115.

³⁵ Ello quiere decir que podrán entrar a negociar aquellas materias sobre las que la Mesa general no haya tratado, pero entendemos que también sobre aquellas que, habiendo sido tratadas, no han sido objeto de acuerdo. S. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de órganos de representación...*, op. cit., pág. 191.

³⁶ Sobre esta materia vid. S. De Soto Rioja, “Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007”, en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2009, página 37 siguientes.

de norma básica, específicamente el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en la Ley de Presupuestos Generales del Estado cada año.

En un segundo nivel, las Mesas comunes de laborales y funcionarios (artículo 36.3), que habrán de constituirse en el ámbito de la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades locales para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración. En ella estarán presentes, además de la Administración correspondiente, las organizaciones sindicales más representativas, las de Comunidad Autónoma, en su caso, y las que hubieran obtenido el 10 por ciento o más del conjunto de los representantes unitarios, de laborales y funcionarios, en el ámbito de que se trate en cada caso. Estarán presentes, además, aquellas representaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de las Administraciones Públicas y que en el ámbito de que se trate hayan obtenido el 10 por ciento de la representación unitaria de funcionarios o laborales. Esto es, no se va a exigir en este caso la presencia en ambos colectivos, sino que basta con tenerla en uno de ellos, dando entrada a organizaciones sindicales que a lo mejor con el cómputo conjunto no obtendría ese 10 por ciento en un determinado ámbito.

A partir de ahí terminan las previsiones comunes y debemos empezar a diferenciar según hablemos de personal funcionario o personal laboral.

Para los funcionarios se mantiene una estructura predeterminada pero con ciertas dosis de flexibilidad. Predeterminación porque se establece la necesaria constitución de una Mesa General en cada una de las Administraciones: Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Ciudades Autónomas y Entidades locales para la negociación de las materias relacionadas con las condiciones de trabajo comunes a los funcionarios de su ámbito (artículo 34.1). Flexibilidad porque se prevén dos posibilidades adicionales:

De un lado, la correspondiente mesa General podrá acordar la constitución de Mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o de las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número. En estas mesas podrán abordarse aquellos aspectos que no hayan sido tratados en las mesas generales o que les sean expresamente atribuidos por éstas (34.4). De otro, el reconocimiento de la posibilidad de establecimiento de un nuevo nivel de negociación mediante el reconocimiento (valga la redundancia) de legitimación negocial de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito supramunicipal³⁷.

³⁷ Posibilidad respecto de la cual nos surgen dos dudas principales. La primera, si la atribución de legitimación lo es para la negociación del personal propio del ente supramunicipal (diputación provincial, por

En todas esas mesas, sean generales o sectoriales, estarán presentes la Administración correspondiente, de un lado, y de otro, las organizaciones sindicales más representativas de ámbito estatal, las de Comunidad Autónoma, en su caso, y aquellas que en el ámbito de negociación correspondiente haya obtenido el 10 por ciento o más de la representación unitaria de los funcionarios, esto es, Juntas de Personal y Delegados de Personal.

Para el personal laboral debe mantenerse la conclusión de libertad en la determinación de la estructura, pues nada se dice en el EBEP en relación con su negociación colectiva, más allá de la alusión a la negociación conjunta en las mesas comunes. Sin embargo, ello no quiere decir que puedan darse todos los “productos” que pueden darse como fruto de la negociación en el tráfico jurídico privado, pues precisamente el principio de legalidad a que se somete la Administración en su actuación impide que puedan reconocerse otros tipos de fórmulas de negociación extralegales, tales como el convenio extraestatutario. A mayor abundamiento, sus principios de actuación reglada muy principalmente su sometimiento al principio de igualdad en la aplicación de la Ley, lo harían del todo imposible, pues estaría vetada la celebración de acuerdos que comportasen tratamientos desiguales por razón de la afiliación sindical.

En la práctica lo que ha sucedido es que la realidad ha superado las previsiones normativas y se han constituido Mesas en niveles tanto previstos como no previstos de negociación³⁸, dando lugar a una situación de cierta complejidad. Situación

ejemplo) o posibilidad de negociar para el personal de los municipios integrados en el ente supramunicipal. No parece que pueda darse una respuesta generalizada. Aunque el EBEP integra a estos organismos en la misma disposición normativa va a depender del tipo de organismo de que se trate. Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares son estructuras administrativas (la provincia es una entidad local determinada por la agrupación de Municipios, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines cuyo gobierno y administración corresponde a la Diputación u otras corporaciones de carácter representativo) que desde mi punto de vista carecen entre sus competencias de la representación de los entes a los que integra, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la Ley de Bases de Régimen Local. Distinta respuesta debe darse a las asociaciones de municipios de carácter voluntario, que podrán, al crear la figura asociativa, determinar sus competencias y entre ellas, hipotéticamente, competencias negociadoras. Desde nuestro punto de vista no puede ser otra la interpretación a la luz de la previsión que hace el artículo 34.2 en cuanto a la posible adhesión de os municipios (previa o posterior) a la negociación colectiva que se lleve a cabo “en el ámbito correspondiente”, que debemos entender en el contexto del precepto como un ámbito supramunicipal. La segunda, qué sucede con los municipios una vez constituidas las mesas de ámbito supramunicipal. Esto es, si ello significa imposibilidad de negociar en los ámbitos municipales propios (en caso de que la negociación sea voluntaria porque se entienda que se ha elegido dicho ámbito para negociar, con renuncia del ámbito propio que les corresponde; en caso de que sea obligatoria porque se entiende que es consecuencia de la previa agrupación de municipios), o si se hace compatible la negociación municipal propia. Y, en este caso, cómo serían los mecanismos de articulación entre estos niveles.

³⁸ A título de ejemplo, en el Acuerdo entre CC.OO, FSP-UGT y CSIF, de propuesta de estructura de negociación colectiva en el ámbito de las administraciones públicas se hace una variante del modelo legal, previendo, junto a la Mesa general de las admones públicas (funcionarios, estatutarios y laborales), la que denomina Mesa general de las AGE (y de las comunidades autónomas, ciudades autónomas y entes locales), para funcionarios, estatutarios y laborales, sin incluir una mesa general de funcionarios en ninguno de estos ámbitos. En el mismo se prevé que el ámbito (personal y funcional) de las mesas de las entidades locales de

que, por otra parte, parecía estar prevista por el propio legislador al establecer, respecto de la negociación de los funcionarios, que “los Pactos y acuerdos, en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de cada ámbito, y los criterios de primacía y complementariedad entre las distintas unidades negociadoras”. Una previsión que si bien tiene pleno sentido en un sistema de libertad de conformación de la estructura negocial no parece tener demasiado sentido en un sistema en que, de un lado, los distintos niveles están determinados a priori, estando el contenido posible de cada uno de ellos determinado asimismo por su propio ámbito competencial, en el que “serán objeto de negociación” las distintas materias (artículo 37.1); y, de otro, en aquellos niveles creados por la voluntad de los superiores (mesas sectoriales) el contenido de lo posible estaría limitado, como hemos señalado, a aquellas materias no negociadas en los ámbitos superiores o que les fueran expresamente atribuidas por éstos.

Como reacción frente a esta situación, tras el RDL 20/2012 se adoptó el *Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación*³⁹ en cuya Exposición de motivos se declara que “la aplicación de estas normas (las del EBEP), así como de los sucesivos Pactos que en esta materia se han venido produciendo en diversos ámbitos orgánicos, funcionales y territoriales, que en principio podrían considerarse como una mejora en el ejercicio de los derechos sindicales y por ende del funcionamiento de los ámbitos de negociación, han dado lugar, sin embargo, a una situación de gran heterogeneidad, significativa dispersión e incremento sobre las previsiones iniciales, generando desajustes en la gestión ordinaria de estas materias”.

En dicho acuerdo, y para la Administración General del Estado, se mantiene la estructura legal de Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas (artículo 36.1 del EBEP); Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (artículo 36.3 del EBEP) y Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado (artículo 34.1 del EBEP). Pero además se

ámbito supramunicipal estará constituido por el conjunto de empleados públicos de las entidades que se hayan adherido a la negociación que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, a la hora de determinar el ámbito de la mesa general (común) de los empleados públicos se define inicialmente dejando que pueda extender su ámbito de aplicación a otros organismos, entes o sociedades del sector público autonómico, previa solicitud que debe ser aceptada por la mesa general. Además se atribuye la competencia prevista en el art. 38.9 en cuanto al establecimiento de la estructura negocial en la comunidad madrileña.

Pero no sólo se han constituido mesas en estos ámbitos, sino que otras administraciones a las que inicialmente no se hace referencia alguna en el EBEP, como algunas Universidades, han constituido sus propias mesas de negociación.

³⁹ Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas (BOE nº 274, de 14 de noviembre)

prevén una serie de Mesas, a las que denomina “Mesas delegadas” (ya previstas en el Acuerdo de mayo de 2008) en cada uno de estos ámbitos: Una por Departamento ministerial y una más en cada uno de los siguientes ámbitos: Agencia Tributaria, CSIC, INGESA, Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Tráfico, Seguridad Social y Servicio Público de Empleo Estatal. Podría pensarse que estamos en presencia de lo que el EBEP denomina “Mesas sectoriales”, pero no es así, pues se prevén como mesas delegadas de la Mesa General Común de laborales y funcionarios, por lo que el acuerdo está manteniendo un nivel negocial no previsto inicialmente.

En general, la confusión terminológica en el texto del EBEP (aludiendo a distintas mesas general) que se traduce en una confusión terminológica en las propuestas de los propios interlocutores sociales (acuerdo CCOO, UGT, CSIF) y finalmente en la propia estructura que se plasma en el Acuerdo.

4.2. Principios de publicidad y transparencia

No contiene el EBEP mención alguna sobre qué debemos entender por transparencia ni por publicidad en la negociación, por lo que estos principios deberán ser integrados por la referencia al significado que los mismos van a tener con carácter general en la actuación de la Administración y, por tanto, de la actuación llevada a cabo, aunque no de forma unilateral (como es el caso de la negociación) en el seno de la misma.

Transparencia es un concepto que vamos a encontrar a lo largo de toda la redacción del EBEP: como uno de los principios de actuación de los empleados públicos (artículos 1 y 52⁴⁰) y como fundamento de diversos procedimientos en materia de empleo público (sistemas de evaluación de los empleados públicos; número y retribuciones del personal eventual; procesos selectivos; evaluación del desempeño...). Publicidad es una noción utilizada en el EBEP en cuanto a los principios a que debe sujetarse la selección de funcionarios interinos y la designación de personal directivo, así como en el acceso al empleo público en cuanto a la publicidad de la convocatoria y sus bases.

Por su parte, la Ley de Procedimiento Administrativo señala la necesidad de publicidad de las disposiciones administrativas para que produzcan efectos jurídicos, en tanto que señala la transparencia como un principio de actuación de la

⁴⁰ Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Administración en relación con los ciudadanos. Principio que ha sido concretado y desarrollado por la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Trasladadas estas nociones a la negociación colectiva en el seno de la Administración parece claro que el principio de publicidad estará referido a la exigencia de publicación del resultado de la actividad negocial. Exigencia que forma parte del régimen jurídico de la institución, tanto en la negociación laboral (artículo 90.3 del Estatuto de los Trabajadores) como en la negociación funcional y en la conjunta, al establecer el artículo 38.6 del EBEP que los pactos celebrados y los acuerdos, una vez ratificados, deberán ser remitidos para su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial.

El principio de transparencia, por su parte, es de articulación más compleja y está vinculado directamente con el carácter público del empleador. Desde nuestro punto de vista, puede analizarse desde una doble vertiente: de un lado, transparencia entre las partes negociadoras, concretada en la obligación que establece el artículo 34.7 de que las partes se proporcionen mutuamente la información que precisen relativa a la negociación, lo cual la sitúa en la órbita de la buena fe negocial; de otro, transparencia del proceso negociador hacia el exterior, esto es, hacia los sujetos que puedan estar interesados en el mismo, sea como destinatarios, sea como observadores, sea como sujetos legitimados que no se han sentado en el mesa de negociación o la ha abandonado. En este sentido, podría hablarse de la publicidad de las actas de las sesiones o de los documentos que las partes se han intercambiado durante el proceso.

Transparencia implica, además, no sólo que esa información esté disponible sino que sea accesible, suponiendo para la administración en cuyo seno de produce la negociación tenga un sistema de información sobre los pactos, acuerdos y convenios colectivos adoptados y vigentes en cada ámbito.

4.3. Principio de obligatoriedad

Sin una referencia clara que nos permita determinar con exactitud qué significa este principio, parece lógico pensar que el mismo puede tener varias vertientes: de un lado, obligación para las partes de sentarse a negociar; de otro lado, obligación de negociar determinadas materias; finalmente, obligación de respetar el fruto de lo negociado.

4.3.1. *Obligación de sentarse negociar*

Para el personal laboral dicha obligación está claramente definida en el régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores, al disponer el artículo 89.1 que “la parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trae de revisar un convenio ya vencido”. Para el personal funcionario, la previsión en paralelo se encuentra en el artículo 34.6, que dispone que, a falta de acuerdo sobre la fecha de apertura del proceso de negociación, éste se abrirá en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva⁴¹, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan. Por lo que la negativa a negociar ha de tener una causa, legal o pactada.

En ambos casos, la obligación no sólo es sentarse a negociar, sino hacerlo de buena fe, esto es, con la intención de llegar a un acuerdo y, obviamente, sin incurrir en actuaciones que puedan llevar a la otra parte a adoptar decisiones con una voluntad viciada.

Para estos supuestos el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores prevé que cuando se produzcan violencias, tanto sobre las personas como sobre las cosas, y ambas partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la inmediata suspensión de aquellas. La deficiencia de la norma es patente, al hacer únicamente referencia a la violencia y no a las amenazas, la coacción o el dolo; al exigir que ambas partes deban reconocer que exista dicha violencia, como si ésta viniera desde fuera del proceso negociador y no de una parte frente a otra; y por prever únicamente como reacción la suspensión del proceso negociador, sin más consecuencias.

4.3.2. *Obligación de negociar sobre determinadas materias*

El EBEP señala claramente la obligación de negociar determinadas materias, las contenidas en el artículo 37.1 del EBEP, al disponer que “serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda”⁴².

⁴¹ Esta mayoría parece obvio que sólo se refiere a la parte social, toda vez que la administración (la que sea, incluso si hablamos de una asociación de municipios) va a ser única, incluso cuando se trata de la Mesa General de las Administraciones Públicas en la que está previsto que la representación de éstas sea unitaria.

⁴² a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas; b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño, e) Los planes de Previsión Social Complementaria, f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna; g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; h) Las propuestas sobre

El listado de materias es amplio, y su redacción es tan falta de concreción que podemos llegar, según se haga la lectura del precepto, a que se puede negociar todo o, por el contrario, que sólo se pueden negociar criterios generales y no la concreción de los mismos. En la vertiente negativa, el apartado 2 del artículo 37 va a listar una serie de materias que quedan claramente excluidas de la obligatoriedad de la negociación⁴³. Lo que sucede es que no queda claro en la redacción del precepto es si éste quiere decir que dichas materias no deben ser negociadas obligatoriamente, pero que en principio, salvo aquellos aspectos que claramente suponen ejercicio de funciones públicas (regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas; poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica; determinados aspectos del sistema de acceso al empleo público), o aquellos que son objeto de una prohibición expresa (la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, artículo 13.4 EBEP) no habría inconveniente de tipo legal para mantener que pueden ser objeto de negociación.

En cualquier caso, resulta claro que la obligación es de negociar (de buena fe, cabría añadir), que no de llegar a un acuerdo ¿Qué pasa si éste no se alcanza, sea en primera vuelta o en segunda, como veremos que puede suceder? En estos casos, el EBEP dispone que será el órgano de gobierno de la administración correspondiente el que establezca las condiciones de trabajo de los funcionarios, con las excepciones contempladas en los artículos 11, 12 y 13. Dichos preceptos son los relativos a la definición, dentro del Título dedicado a clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, del personal laboral, del personal eventual y del personal directivo, en cuyo caso el régimen a aplicar será el que corresponda a su tipo de relación específica.

4.3.3. Obligación de cumplimiento de lo pactado e incumplimientos previstos legalmente

El principio de obligatoriedad ha de suponer, parece lógico, atribuir eficacia a lo pactado y, también es de esperar, mantener dicha eficacia.

derechos sindicales y de participación; i) Los criterios generales de acción social; j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales; k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley; l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público; m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

⁴³ a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización; b) La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas; c) La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo; d) Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica; e) La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

En materia de negociación laboral estatutaria (la única que, como hemos señalado, cabe en la Administración) no existe la menor duda de que el fruto de la misma, el convenio colectivo, tiene, en términos de la doctrina clásica sobre la materia, una naturaleza dual en cuanto a su eficacia⁴⁴: obligacional en sus cláusulas obligaciones, aquellas que regulan las relaciones entre los sujetos pactantes, y normativa en sus cláusulas normativas, aquellas que regulan las relaciones, individuales y colectivas, de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del convenio; de sus destinatarios, en definitiva.

Como acertadamente se ha señalado⁴⁵ hasta 2012 se aceptaba casi unánimemente que regían respecto del convenio colectivos los principios de imperatividad e inderogabilidad, sólo alterada por dos circunstancias, una externa, que el legislador estableciera condiciones distintas a las que el convenio debía adaptarse en virtud del principio de jerarquía normativa; la otra interna, que los negociadores conviniesen en la modificación. Es dudoso que estas afirmaciones puedan mantenerse sin matices tras la reforma, pero esa es otra historia y deberá ser contada en otra ocasión

En materia de negociación de funcionarios y parece que como plasmación del principio de obligatoriedad, el artículo 38.10 dispone que “se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos”, si bien debe hacerse una distinción según de qué tipo de instrumento negocial se trate pues, como es sabido, existen diferencias sustanciales entre ambos.

Los Pactos se celebran sobre aquellas materias que son *estrictamente* de competencia del órgano que los suscribe. Estos tienen eficacia directa e inmediata, sobre el personal del ámbito correspondiente.

Los Acuerdos se celebran sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, por lo que para su validez y eficacia, señala el artículo 38.3 del EBEP, será necesaria la aprobación expresa y formal por estos órganos. Una vez ratificados por éstos, podemos encontrarnos con dos situaciones diferentes:

Si el Acuerdo afecta a materias que pueden ser decididos de forma definitiva por el órgano de gobierno que lo ha ratificado, será directamente aplicable.

⁴⁴ En este sentido, vid. M.N. Moreno Vida, “Los contenidos de la negociación colectiva”, en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL, 2009, página 385 y siguientes y bibliografía allí citada.

⁴⁵ I. Marín Alonso, Sobre el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Monografías de Temas Laborales nº 53, CARL, 2014, página 278.

Si el Acuerdo trata sobre materias sometidas a reserva de ley (competencia del Parlamento, sea el nacional, sean los autonómicos) no tendrá eficacia directa, sino que sólo supondrá el compromiso para el órgano de gobierno que lo ha ratificado de presentar el proyecto de ley en el plazo y con el contenido que se haya acordado.

En definitiva, estamos ante una situación en que, más de que negociación con eficacia directa, podemos hablar de legislación negociada en el segundo supuesto; y de “administración negociada” en el primero.

4.3.3.1 Incumplimiento del deber de trasladar lo acordado

Aunque en los casos la eficacia del acuerdo se encuentra, en efecto, condicionada, encontramos una diferencia esencial entre uno y otro: mientras que en el caso de los acuerdos sometidos a la necesidad de adopción por las asambleas legislativas no podría reclamarse como incumplimiento del mismo el supuesto en que la norma no se adoptase finalmente conforme a los términos del acuerdo (por cuanto que el poder legislativo no puede estar sometido a condiciones), en el caso de que el órgano de gobierno no asumiera el acuerdo al plantear el proyecto de ley o no se ajustase a lo acordado en su resolución debería, en coherencia con el principio de obligatoriedad, poder reclamarse su cumplimiento por la otra parte.

No es esa, sin embargo, la consecuencia que atribuye el EBEP a esta situación. Por el contrario, el artículo 38.3 lo que prevé es que cuando no se ratifique el acuerdo o no se incorpore lo acordado al proyecto de ley correspondiente “se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara alguna de las partes”, manifestación que merece algunas consideraciones:

La primera que, como decimos, en ningún momento el precepto deja entrever la posibilidad de reclamación del cumplimiento de lo acordado. Al contrario, la previsión del inicio de la “renegociación de las materias tratadas” deja en papel mojado los acuerdos adoptados y sitúa a la partes en la necesidad de abordar de nuevo el proceso negociador. Aunque parezca un juego de palabras, ni siquiera habla el precepto del “reinicio de la negociación”, que daría idea de que se trata de retomar una misma negociación, sobre la base de lo ya negociado, sino del “inicio de la renegociación”, expresión que transmite una idea de iniciar un proceso en el que se va negociar de nuevo partiendo, por tanto, de cero.

Pero además el inicio de este proceso no se produce “ex lege”, y es la segunda de las consideraciones que queríamos hacer, sino a instancia de parte, al disponerse que se deberá iniciar la renegociación si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las representaciones. Esta previsión incide en la idea de que se trata de un nuevo proceso, al equipararla con la exigencia de mayoría al inicio del proceso negociador

que se contempla en el artículo 34.6. Desde nuestro punto de vista, tratándose de una situación en la que se parte de un incumplimiento de la administración de la obligación que le corresponde en el cumplimiento de un acuerdo, lo coherente hubiera sido que el EBEP hubiera previsto la obligación de iniciar el proceso de nuevo. Obviamente en la práctica será la parte social la que instará, en su caso, el inicio de la renegociación, pues desde nuestro punto de vista la administración no tendrá interés alguno en iniciar de nuevo un proceso de negociación cuando ha puesto de manifiesto que no asume el contenido de lo ya acordado.

Finalmente, señalar que aunque el precepto habla de “negativa expresa a incorporar lo acordado” al proyecto de ley, desde nuestro punto de vista habrían de incluirse asimismo aquellos supuestos en que no hubiese tal negativa pero en la práctica el proyecto de ley se presentase sin atender a lo previamente acordado.

4.3.3.2. Incumplimiento del contenido de lo acordado

Visto lo visto hasta ahora, parece hasta un poco impertinente (por decir algo) plantear el debate, como corresponde en este punto, sobre el principio de obligatoriedad en relación con el derecho a la negociación colectiva, trayendo a colación además el planteamiento de si en el contenido esencial del derecho a la libertad sindical se va a contemplar sólo el derecho a la actividad, o también se va a englobar el derecho a la preservación del contenido de lo negociado, en cuyo caso, si la respuesta fuese positiva, nos encontraríamos en territorio de derechos fundamentales. Pero debe hacerse, y señalar además que, aunque el TS viene situando el cumplimiento de lo pactado en sede infraconstitucional, integrándolo en el derecho a que los pactos sean cumplidos por quienes los adoptan⁴⁶, desde nuestro punto de vista no puede ignorarse la eficacia normativa que se atribuye al convenio en el ámbito laboral o la que corresponda a los Pactos, o los Acuerdos a tenor de los instrumentos en que finalmente se plasmen.

En relación con la negociación de los funcionarios (sea en las mesas propias o en las comunes), ya señalamos que el artículo 38.10 dispone que “se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos”, pero ahora hay que añadir que el precepto enuncia esta garantía para introducir de inmediato su excepción, pues a tenor de este precepto, y valga la redundancia, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de la circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas pueden suspender o modificar el cumplimiento de los pactos y acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En estos casos

⁴⁶ Se trata de una muestra más de lo que se ha llamado “esquizofrenia” en la configuración de la negociación colectiva, de atribuir eficacia normativa al convenio colectivo para posteriormente situarlo en la esfera de las obligaciones. M.M. Ruiz Castillo y J. Escribano, op. Cit, página 39.

la administración debe informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

En relación con la negociación del personal laboral el RD-Ley 20/2012 ha introducido una previsión idéntica, al modificar el artículo 32 del EBEP para incluir el siguiente párrafo:

“Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”⁴⁷

Como complemento, la Disposición adicional 2ª del RD-Ley explicita que “a los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”.

Sobre el conjunto normativo que componen estos preceptos deben hacerse algunas observaciones. La primera, que no es lo mismo modificación que suspensión, aunque el resultado práctico sea, pueda ser, el mismo: en el primer caso la administración modifica los términos del acuerdo de forma unilateral y en el segundo suspende su aplicación adoptando de forma asimismo unilateral decisiones en orden a la ordenación de las materias cuya regulación ha sido suspendida.

La segunda, que cuando se alude a acuerdos ya firmados debe entenderse firmados y tramitados conforme dispone el artículo 38.3 pues ya hemos visto cómo acuerdos firmados pueden ser desoídos sin que se entienda que cabe calificar la situación como de incumplimiento.

⁴⁷ Redactado conforme a la corrección de errores publicada en BOE núm. 172, de 19 de julio de 2012.

La tercera, que cuando se alude a las organizaciones sindicales no queda claro si se refiere a las firmantes del acuerdo o el deber de información lo es respecto de todas las organizaciones legitimadas en el ámbito concreto, esto es, susceptibles de haber estado en la mesa.

La cuarta, a tenor de los términos tan amplios en los que se ha definido lo que sea una causa grave de interés público que justifique la suspensión o modificación de lo pactado, que no puede interpretarse como una plena discrecionalidad en la decisión aplicativa, “no se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad”⁴⁸. Se ha señalado además⁴⁹, en relación con este tema, que si bien respecto de la negociación colectiva funcional cabría esta posibilidad (puesto que su fundamento es legal) respecto de la negociación colectiva laboral chocaría contra el precepto constitucional que garantiza la fuerza vinculante de los convenios, pues dejaría al arbitrio de una de las partes la eficacia jurídica de lo pactado. Sin embargo desde nuestro punto de vista, que como hemos señalado parte de entender el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios como contenido esencial de la libertad sindical, esa consideración cabría hacerla tanto respecto de convenios como de pactos y acuerdos. Pero, yendo más allá, ni siquiera creemos que el debate pueda estar en sede de cumplimiento de obligaciones, sino que ha de estar en sede de incumplimiento normativo, pues tal es el carácter que tienen los instrumentos que se van a suspender o modificar.

Finalmente, por lo que se refiere al artículo 32, surge la cuestión de su compatibilidad con las medidas propiamente laborales, las de descuelgue previstas en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁰, respecto de la cual se plantean dos opiniones diferentes: de un lado, la de aquellos que se plantean si cabría el mantenimiento de las dos vías de inaplicación del convenio⁵¹; de otro, la de

⁴⁸ Cfr J. Cruz Villalón, “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, op. Cit, página 53.

⁴⁹ C.L. Alfonso Mellado, “La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012”, en *Reforma laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, página 56.

⁵⁰ Existen diferencias notables entre ambas figuras. A título ilustrativo, por lo que se refiere a las causas, mientras que el descuelgue del artículo 82.3 podrá producirse cuando concurren “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, para que se produzca la inaplicación del convenio suscrito en una Administración pública ha de darse “causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”; por lo que se refiere a los efectos, parece claro que en la inaplicación es el propio instrumento convencional el que queda “afectado” en su validez (si bien en principio de forma transitoria), en tanto que en el descuelgue el convenio no se ve alterado, siendo perfectamente aplicable en todo el ámbito de aplicación que no se haya visto afectado por el descuelgue y, respecto de la empresa descolgada, en todas aquellas materias que no hayan sido objeto del mismo.

⁵¹ En este sentido, M.A. Castro Argüelles, M.A., *Inaplicación o <<descuelgue>> del convenio colectivo*, Civitas-Thomson Reuters, 2013, página 45, quien señala que no está claro que se cierre la posibilidad de acudir respecto del personal laboral al descuelgue previsto en el 82.3, de una forma más clara que antes ya que la Ley 3/2012 (añadiendo una Disposición adicional 20ª al ET) ha previsto la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el ámbito del sector público.

aquellos para los que sería inviable la opción del artículo 82.3, por cuanto que el 32 del EBEP declara la obligatoriedad de los convenios con la única excepción que contempla⁵². Un debate que se abordará con toda seguridad en el trabajo dedicado a reestructuraciones empresariales.

4.3.3.3. *Suspensión ex lege del contenido de los acuerdos*

El RD-Ley 20/2012, con el objetivo de conseguir una reducción del déficit público y contribuir a la consecución del objetivo de estabilidad presupuestaria, además de introducir el párrafo que acabamos de examinar en el artículo 32 del EBEP, ha modificado el régimen legal de determinados aspectos de la relación de empleo público, entre ellos los relativos a permisos, vacaciones o prestación económica en situación de incapacidad temporal⁵³. Modificaciones cuyo tratamiento, en principio, parecería esta fuera de lugar en un trabajo dedicado a la negociación colectiva. Sin embargo, lo relevante a los efectos que nos interesan en este momento es que la acción del RD-Ley 20/2012 no se ha limitado a establecer un nuevo régimen legal en estas materias, sino que adicionalmente ha declarado expresamente que “quedan suspendidos y sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionarios y laboral (...) en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza” y que “se suspenden los acuerdos, pactos y convenios vigentes que contradigan lo dispuesto en este artículo” (artículo 9, relativo al complemento por IT). Ha dispuesto asimismo que dejan de tener validez y surtir efectos todos los pactos, acuerdos y convenios colectivos que se hayan podido suscribir en materia de Derechos sindicales (bajo ésta o cualquier otra denominación) que excedan de lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores o en el EBEP.

Como cláusula de cierre, el artículo 16 del RDL 20/2012 dispone que “se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2912, de Presupuestos Generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título”.

La técnica es ciertamente criticable, por cuanto que al determinar la suspensión de los acuerdos parece que se está haciendo referencia a una medida de carácter temporal, y que la suspensión podrá ser “levantada”, volviendo la regulación convencional a la situación anterior a la entrada en vigor del RDL 20/2012. No es esa la conclusión, desde nuestro punto de vista, pues ni se somete la medida a

⁵² C.L. Alfonso Mellado, “La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012”, op. Cit., página 57.

⁵³ Sobre este tema, en extenso, vid. S. De Soto Ríoja, “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público”, TL nº 120, 2013, página 509 y siguientes.

un límite temporal ni se alude al cambio de circunstancias que harían posible la aplicación de nuevo de tal regulación.

Al declarar en la cláusula genérica la suspensión de todos los acuerdos que “contengan cláusulas que se opongan” lo establecido en el título I del RDL desconoce que no podemos hablar de oposición a la norma cuando de lo que se trata es de la mejora de las condiciones contenidas en la misma, como sucede con el régimen de permisos, vacaciones o con los propios derechos sindicales. Y desconoce también, sin dar respuesta en este caso, que hay determinados aspectos remitidos expresamente por la norma a la negociación colectiva. En estos casos cabrá entender que al no producirse oposición a norma alguna, sino cumplimiento del mandato de regulación, los acuerdos no estarán sometidos a la suspensión decretada.

Finalmente, pero no por ello menos importante, antes al contrario, debe tenerse en cuenta que las suspensiones operarán de distinta manera, dependiendo de la técnica normativa que se haya utilizado.

En algunos supuestos se ha producido la modificación del precepto legal, desapareciendo del mismo la referencia a la posibilidad de mejora de las condiciones de trabajo en él contenidas. Este es el caso tanto de la materia relativa a permisos⁵⁴ como a vacaciones⁵⁵, en las que la redacción vigente se expresa en términos imperativos y, parece, que excluyentes de una posible mejora por la vía de la negociación. Si así fuera, desde luego estaría claro en esta materia que la suspensión de los acuerdos no es tal, sino una auténtica declaración de nulidad de los mismos por oposición (ahora sí) a lo dispuesto en la norma. Estaríamos en un caso, pues, no de excepción al principio de obligatoriedad, sino de respeto al principio de

⁵⁴ El artículo 48 del EBEP estaba redactado en los siguientes términos: “Las administraciones públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, *al menos*, los siguientes:...” En la redacción dada por el RDL 20/2012, el citado artículo dispone que “Los funcionarios tendrán los siguientes permisos: ...”

La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa ha modificado el artículo 48, pero no sin afectar al cambio que venimos señalando, al disponer en el artículo 28. Tres, que la letra k) del artículo 48 queda redactada como sigue: «Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos.(...) k) Por asuntos particulares, cinco días al año.»

Por su parte, la Disposición adicional duodécima confirma esta apreciación al disponer que “La limitación que el apartado Tres del artículo 8 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, establece respecto a los convenios, pactos y acuerdos para el personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, debe entenderse referenciada a la nueva redacción dada al artículo 48, letra k), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la presente Ley”.

⁵⁵ El artículo 50 del EBEP estaba redactado de la siguiente forma: “Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar *como mínimo*, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que les correspondan...”. En la redacción dada por el RDL 20/2012, el citado artículo dispone que “Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, de los días que correspondan...”

jerarquía normativa, perfectamente claro en lo que respecta a las relaciones entre la norma y el convenio colectivo⁵⁶. Y que es lo que sucede en aquellos otros supuestos de imposibilidad de cumplimiento de los acuerdos derivada de una prohibición expresa de la norma⁵⁷.

En otros supuestos, sin embargo, la redacción de los preceptos reguladores de la materia afectada por la suspensión de los acuerdos no se ha modificado en forma alguna. Es lo que sucede respecto de los permisos y de las vacaciones del personal laboral (artículos 37 y 38 del Estatuto de los Trabajadores) por lo que podríamos entender que se trata (aquí sí) de una suspensión de los convenios en estas materias, que podrían ser nuevamente aplicados cuando se levantara tal suspensión. Dado que no hemos encontrado en la norma la respuesta a quién y cómo se podría llevar a cabo tal declaración nos parece que la suspensión se mueve más en el campo de la hipótesis. Ahora bien, lo que no parece tener duda es de la posibilidad de volver a negociar sobre materias, pues de lo contrario estaríamos por la vía de la suspensión de acuerdos presentes dejando sin efecto el derecho a la negociación futura sin haberse producido modificación legal alguna que, bajo el paraguas de la jerarquía normativa, amparara tal negación del derecho.

Situación distinta es, finalmente, la que se refiere a los llamados “derechos sindicales” tanto de funcionarios como laborales, pues si bien no se han modificado en esta materia ni el EBEP (para funcionarios), ni el Estatuto de los Trabajadores (para laborales) ni la Ley Orgánica de Libertad Sindical (para ambos colectivos), el RDL establece que todos los derechos que se contemplen en los acuerdos cuyo contenido exceda de los establecidos en las citadas normas se ajustarán de forma estricta a lo establecido en las mismas, por lo que “a partir de la entrada en vigor del presente RDL dejarán de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y convenios que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido”. Sin haber modificado los preceptos legales reguladores de los derechos sindicales parece que lo que se ha querido, ante la abundancia de acuerdos (en sentido laxo del término) sobre esta materia en el seno de las Administraciones, “hacer tabla rasa”, declarando la invalidez de todos ellos (obsérvese que en este caso no se habla de “suspensión”), y permitiendo la negociación futura sometida a dos condiciones: la primera, que la negociación se puede llevar a cabo “exclusivamente” en el ámbito de las Mesas generales de negociación⁵⁸, con lo cual cabe entender que la intención es que se produzca una centralización y un mayor control del contenido de lo negociado; la segunda, que dicho contenido habrá de referirse a

⁵⁶ Vid. Auto del Pleno del TC 85/2011, de 7 de junio, que compendia la jurisprudencia existente sobre este tema.

⁵⁷ Este es el caso, por ejemplo, de la imposibilidad de cumplimiento de los compromisos en materia de empleo público tras la prohibición de aumentar efectivos en la Administraciones que introduce el RDL 20/2011 y reiteran desde entonces las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

⁵⁸ Dada la confusión de términos en que se mueve el EBEP en relación con las mesas, a las que llama generales tanto si son de funcionarios como comunes, cabe preguntarse si estamos hablando de negociación de funcionarios o común a funcionarios y laborales.

supuestos de “modificación en la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales a efectos de que puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales”, dicción que depende de cómo se interprete permitirá una mayor o menor flexibilidad en la posibilidad de negociar.

En conclusión, que El RDL 20/2012 ha introducido determinadas medidas parece que puntuales y temporales de cara a la obtención del equilibrio financiero, pero con un alcance que, como hemos visto, va mucho más allá de esta mera intervención coyuntural que la realidad económica parece exigir y que es la que justifica además la utilización del RD-Ley como instrumento normativo.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Como se viene señalando a lo largo las páginas precedentes, El EBEP mantiene la dualidad de regímenes jurídicos para laborales y funcionarios, y ello es así también en cuanto a los órganos de representación unitaria, regulando los primeros y remitiendo los segundos a la legislación laboral.

El régimen establecido para los funcionarios, prácticamente idéntico al que ya estaba previsto en la LORAP, puede resumirse básicamente en los siguientes aspectos:

Los órganos son Delegados de Personal y Juntas de Personal, a imagen de los Delegados de Personal y Comités de Empresa del ET, con el mismo número de representantes en función del número de empleados (pero obviamente sin la referencia al cómputo de temporales en función del número de días trabajados).

El EBEP remite el establecimiento de las unidades electorales a la regulación que lleve a cabo el Estado y cada Comunidad Autónoma dentro de sus competencias. No obstante, por acuerdo entre los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales legitimadas conforme a los artículos 6 y 7 LOLS, se podrán modificar o establecer las unidades electorales en razón del número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan. Cabe señalar que se trata de un régimen más flexible que el del ET, dado que se prevé la posibilidad de modificación de las unidades electorales previstas legalmente, posibilidad que no se contempla en el ET respecto de la representación de los laborales.

El procedimiento electoral se diseña en sus líneas esenciales en el artículo 44, dejando la regulación pormenorizada al desarrollo reglamentario, con la previsión expresa de que en tanto no se produzca éste mantendrán su vigencia con el carácter de normativa básica determinados artículos de las LORAP⁵⁹.

Las competencias atribuidas a estos órganos en el EBEP son de información, consulta, vigilancia del cumplimiento de la normativa y de colaboración en la consecución de cuantas medidas procuren el mantenimiento e incremento de la productividad. Pero no se les atribuyen competencias negociadoras, en contradicción con lo que sucede en el ET, que atribuye legitimación negocial a la representación unitaria⁶⁰.

Esta diferente atribución competencial a las representaciones unitarias de funcionarios y laborales es una de los principales elementos generadores de disfunciones a la hora del desarrollo de la negociación en las distintas administraciones. Obviamente no en el plano negociación en el ámbito de las Mesas, en la que está claramente definida la legitimación de las organizaciones sindicales, pero no así en el ámbito de la negociación de cuestiones de desarrollo o simplemente no contempladas en las mesas (sean generales o sectoriales); en definitiva, en la negociación cotidiana de aspectos puntuales de las relaciones laborales, sobre todo en ámbitos reducidos.

El EBEP procede a la derogación de la LORAP, con excepción de su artículo 7, relativo a unidades electorales) y con la excepción contemplada en la DT 5ª, relativa al procedimiento electoral (ubicación en unidad electoral, electores y elegibles, candidaturas, votación...).

El RDL 20/2012, de 13 de julio, ha derogado los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la LORAP⁶¹, los relativos a las unidades electorales en la administración del Estado y en la Administración de Justicia, y ha procedido a establecerlas de la siguiente forma: Una por cada uno de los Departamentos ministeriales incluidos en ellos, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y todos los servicios provinciales de Madrid; Una para cada agencia, ente público u organismo no incluido en el apartado anterior; Una en cada provincia y en las ciudades de Ceuta y Melilla, en

⁵⁹ Artículos 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16,17,18, 19,20,21,25, 26,27,28 y 29

⁶⁰ En pie de igualdad con las representaciones sindicales, si bien se ha producido una preferencia por las representaciones sindicales, a la que se asigna la prioridad en la negociación siempre que éstas así lo deseen y representen a la mayoría de los miembros de la representación unitaria.

⁶¹ Dejando vigentes, en tanto no haya regulación al respecto, los apartados 3, unidades electorales en las comunidades autónomas, 4, unidades electorales en la Administración Local y 5, sobre la posibilidad de establecer Juntas de Personal para colectivos determinados en razón a su número o peculiaridades para una mejor adecuación entre las estructuras administrativas y la representación del personal; regulando la misma materia que ya contempla el EBEP en su artículo 39.4, y no con una redacción idéntica. En el EBEP esta posibilidad de da a los órganos de gobierno de las administraciones previo acuerdo con las organizaciones sindicales.

la Delegación o Subdelegación del Gobierno, en la que se incluirán los organismos autónomos, agencias comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 28/2006, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Administración de la Seguridad Social y las unidades administrativas y servicios provinciales de todos los Departamentos Ministeriales en una misma provincia, incluidos los funcionarios civiles que presten servicio en la Administración militar; una en cada ente u organismo público no incluido en el apartado anterior, para todos los servicios que tenga en la misma provincia o en las ciudades de Ceuta y Melilla; una para los funcionarios destinados en los servicios de la Administración General del Estado en cada país; una en cada provincia para el personal de la Administración de Justicia.

Asimismo el artículo 13 del RDL 20/2012 establece que las Administraciones deben contar con un Registro de Órganos de Representación del personal en el que serán objeto de inscripción o anotación, junto con los actos que afecten a la creación, modificación o supresión de sus órganos de representación del personal funcionario, estatutario y laboral, la creación, modificación o supresión de secciones sindicales, los miembros de dichos órganos (¿qué fue de la protección frente al empleador del derecho de libertad ideológica que supone la afiliación sindical?⁶²) y delegados sindicales; así como los créditos horarios, sus cesiones y liberaciones sindicales que deriven de la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo⁶³.

La diferencia fundamental entre la representación unitaria del personal laboral y la de los funcionarios no va a estar en el procedimiento, ni siquiera en la diferente configuración de las circunscripciones electorales, sino que va a estar en la distinta atribución de competencias, que va a ponerse de manifiesto de forma clara en la convivencia de ambos tipos de representación en el día a día de las relaciones laborales en el seno de la Administración.

Para los funcionarios desaparece la referencia a la consulta como procedimiento alternativo a la negociación en aspectos que el EBEP contempla expresamente como objeto de negociación. Sin embargo, para los laborales no se ha producido

⁶² Esa misma cuestión se plantea A.J. Valverde Asencio, “Los cambios de condiciones de trabajo en los empleados públicos. Reformas coyunturales y estructurales”, en AA.VV., Conclusiones del XII Curso de Régimen Jurídico de Universidades, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, página 78.

⁶³ Un control que se extiende más allá de la Administración, al conjunto del sector público, al establecer la Disposición final octava que “Las fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público deberán efectuar una adecuada gestión, en el marco de la legislación vigente, de las materias relacionadas con la creación, modificación o supresión de órganos de representación, secciones y delegados sindicales, especialmente en lo que afecta a los créditos horarios, cesiones de estos créditos y liberaciones que deriven de la aplicación de normas o pactos que afecten a la obligación o al régimen de asistencia al trabajo. Todo ello con respeto de los derechos sindicales y de representación reconocidos en la legislación vigente”, de igual manera, “en el marco de las normas vigentes en materia de transparencia, las entidades mencionadas en el párrafo anterior, deberán informar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas u organismo autonómico competente en relación con estas materias, sin perjuicio de la protección de datos de carácter personal”.

esa modificación, lo cual produce asimismo discrepancias en cuanto al alcance de la intervención de los representantes.

6. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE CONFLICTOS

Dispone el artículo 45.2 del EBEP que “con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el art. 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos, las administraciones públicas y las organizaciones sindicales (6 y 7 LOLS) podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Diferencia con los sistemas en el ámbito laboral, que amplían su acción a los conflictos individuales, dado que están exclusivamente previstos para los conflictos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, “excepto para aquellas en que exista reserva de ley”. Los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje, siendo la primera obligatoria cuando lo solicite una de las partes. El acuerdo logrado a través de la mediación o la resolución de arbitraje tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los pactos y acuerdos, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuvieran la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un pacto o acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP. Los acuerdos serán susceptibles de impugnación y específicamente cabe recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que contradiga la legislación vigente.

Finalmente se prevé que la utilización de estos sistemas se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las organizaciones sindicales representativas.

El V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC) dispone que se excluyen del mismo los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social, si bien en su Disposición adicional tercera abre una vía para la aplicación del sistema: En el seno de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo se analizará y acordará en su caso, la incorporación al mismo de los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios,

siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del artículo 45 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y su legislación de desarrollo. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral. Pero hasta el momento presente no tenemos conocimiento de que se hayan suscrito acuerdos en este sentido⁶⁴.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas la situación es diversa: hay Comunidades cuyos acuerdos se expresan igual que el ASAC⁶⁵; otras no hacen alusión a la posibilidad de incorporar a en su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas⁶⁶, si bien algunas en la práctica las han incorporado⁶⁷.

7. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. UN APUNTE

Como viene sucediendo a lo largo de las páginas precedentes, a la hora de abordar el control jurisdiccional del fruto de la negociación habremos de distinguir no dos, sino tres instrumentos negociales susceptibles de impugnación: los convenios laborales, los pactos y acuerdos adoptados en las Mesas de funcionarios y los pactos y acuerdos adoptados en las Mesas conjuntas.

Por lo que respecta a los primeros, los convenios colectivos adoptados en el seno de las Administraciones, su conocimiento está atribuido a la jurisdicción social, al disponer la Ley de la Jurisdicción social en su artículo 2 que en su ámbito de aplicación se incluye la “impugnación de convenios colectivos y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados por las Administraciones públicas cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral; así como la impugnación de laudos arbitrales de naturaleza social, incluidos los dictados en sustitución de la negociación colectiva, en conflictos colectivos, en procedimientos de resolución de controversias y en procedimientos de consulta en movilidad geográfica, modificaciones colectivas de condiciones de trabajo y despidos

⁶⁴ Antes al contrario, la página web de la Fundación SIMA, en el apartado relativo a aplicabilidad del ASAC contiene un archivo en el que se contiene un listado de entidades del sector público estatal excluidas de su aplicación.

⁶⁵ V Acuerdo de solución extrajudicial de conflictos laborales de la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 6306 de 8/7/2010), sin que nos conste tampoco que se hayan adoptado acuerdos en tal sentido.

⁶⁶ Acuerdo interprofesional galego sobre procedimientos extrajudiciais de solución de conflictos de trabajo (resolución do 30 de abril de 2013. En Aragón Fundación SAMA, IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos de Aragón (BOA 11 de junio de 2013).

⁶⁷ En Extremadura (Fundación de relaciones laborales de Extremadura) en un acuerdo de 1998 ni siquiera hace alusión al tema. Sin embargo, atendiendo a la lista de sectores y empresas adheridos al Acuerdo se comprueba que existen acuerdos de adhesión para el personal laboral de la Junta de Extremadura, para el PAS laboral de la Universidad de Extremadura, así como para numerosos Mancomunidades de Municipios y Ayuntamientos (en alguno de ellos incluso tanto para su personal laboral como funcionario).

colectivos, así como en suspensiones y reducciones temporales de jornada; también los dictados respecto de las Administraciones públicas, cuando afecten en exclusiva al personal laboral.

Los segundos y los terceros (tras las dudas suscitadas tras la promulgación del EBEP a falta de una disposición específica sobre ellos⁶⁸) tienen su vía de impugnación el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al establecer la Ley de la Jurisdicción social de forma expresa que el conocimiento de los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas “que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”.

Dualidad de órdenes jurisdiccionales, por tanto, en el conocimiento de procedimientos derivados de los procesos de negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas.

⁶⁸ Al respecto vid. R. Roqueta Buj, La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del Comité de empresa en la negociación de la mesa de temas comunes, en http://cematical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Roqueta_Buj_neg_colect_conj.pdf

COMUNICACIONES

**LA AUTONOMÍA COLECTIVA DE LOS
MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS
(Una revisión tras las sentencias del TEDH
de 2 de octubre de 2014, caso Matelly y caso
Adefdromil)**

Miguel Ángel Almendros González
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA**
- 2. DERECHO DE ASOCIACIÓN O DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS**
 - 2.1. El ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación de los miembros de las fuerzas armadas en la normativa internacional**
 - 2.2. Derecho de asociación y libertad sindical en las fuerzas armadas españolas**
 - 2.2.1. Antecedentes*
 - 2.2.2. El marco constitucional: “reconocimiento limitado” o “exclusión” del derecho a la libertad sindical*
 - 2.2.3. La exclusión legal del derecho a la libertad sindical a los miembros de las fuerzas armadas*
 - 2.2.4. El derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas y fórmulas de participación y consulta*
 - a) Derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas*
 - b) La distinción entre asociaciones reivindicativas y sindicatos: la STC 219/2001*
 - c) El reconocimiento expreso de las asociaciones profesionales militares: la LO 9/2011*
 - d) Nuevos cauces de participación y consulta: el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas*
- 3. EL REPLANTEAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS FUERZAS ARMADAS: LAS SENTENCIAS DEL TEDH DE 2 DE OCTUBRE DE 2014 (CASOS MATELLY Y ADEFDROMIL)**

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Las dos sentencias “hermanas” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre del 2014 (respectivamente: caso Matelly y caso Adefdromil), han rescatado la actualidad del debate sobre el derecho de asociación y el derecho de sindicación en el ámbito de las Fuerzas Armadas. La Constitución Española de 1978 (CE), siguiendo las pautas internacionales, presentó al legislador una alternativa: la posibilidad de solo “limitar” o directamente “exceptuar” el ejercicio del derecho de sindicación a las “Fuerzas e Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar”. La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (LOLS), resolvió tajantemente la alternativa, exceptuando del derecho a la libertad sindical a los miembros de las Fuerzas Armadas, y por tanto, prohibiendo no solo el derecho de sindicación, sino también los derechos que forman parte del contenido esencial de la libertad sindical (negociación colectiva, planteamiento de conflictos colectivos, huelga, etcétera). No obstante, la realidad social en general y la realidad profesional de las Fuerzas Armadas, aun sin salirse del marco constitucional y legal, han evolucionado durante todo este tiempo hacia un cierto aperturismo en esta materia y han sido necesarias algunas adaptaciones, modificaciones y reformas que han conducido al reconocimiento del derecho de asociación profesional a los militares así como la creación de un órgano de participación de las asociaciones de militares en defensa de los intereses económicos y sociales de sus representados. El régimen jurídico de esta incipiente y particular “autonomía colectiva” de los miembros de las Fuerzas Armadas lo ha conformado la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (en adelante LODDFA).

Por tanto, la aparición de estas dos sentencias ofrece una buena oportunidad para (1) analizar cual ha sido la evolución de la regulación de las formas de asociacionismo y participación en las Fuerzas Armadas y (2) ver si la jurisprudencia del TEDH puede modificar en algo la prohibición radical y absoluta del derecho a la libertad sindical de los militares españoles (artículo 1.3 LOLS) o la situación actual de la regulación del derecho de asociación profesional y de participación de los miembros de las Fuerzas Armadas contenida en la LODDFA.

2. DERECHO DE ASOCIACIÓN O DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

2.1. El ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación de los miembros de las fuerzas armadas en la normativa internacional

Las normas internacionales, de manera uniforme, reconocen la titularidad del derecho de asociación y, dentro de éste, del derecho de sindicación, con carácter general, a toda persona, a todo trabajador, a todo empleado. Pero igualmente, la *posibilidad* de establecer limitaciones al derecho de asociación, y en particular al derecho a la libertad sindical, para los miembros de las Fuerzas Armadas es también comúnmente admitida por la normativa internacional. De forma sintetizada:

El artículo 23.4 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas (1948) proclama que “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”, complementando el reconocimiento del derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas (artículo 20.1) pero en este caso sin mencionar la posibilidad de limitaciones en el ejercicio de tal derecho de sindicación.

El artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (1966), que en términos casi idénticos a lo previsto 16 años antes por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), declara que toda persona “tienen derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses” (22.1) y que “el ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía” (22.2).

El Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1966), reconoce el compromiso de los Estados Partes de garantizar: a) El derecho de toda persona a “fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”; b) el derecho de los sindicatos a “formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales

internacionales o a afiliarse a las mismas”; c) el derecho de los sindicatos a “funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”; y d) el derecho de huelga, “ejercido de conformidad con las leyes de cada país”. Añade finalmente que no se impide, luego, que se puede “someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado”.

Los artículos 9 del Convenio núm. 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (1948), y 5 del Convenio núm. 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), que se manifiestan en idénticos términos, matizando que “la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las Fuerzas Armadas y a la Policía las garantías previstas por el presente Convenio”; pero advirtiendo que también es posible lo contrario, ya que la ratificación del Convenio “no deberá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía las garantías prescritas por el presente Convenio”.

También hay que tener en cuenta los principios elaborados por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en relación con las posibles restricciones a los miembros de las Fuerzas Armadas del derecho a la libertad sindical¹. Como principio general reconoce que todos los trabajadores, sin ninguna distinción, deberían tener el derecho de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas (326° Informe, caso núm.2113, párrafo 372). De este modo, el establecimiento de una lista de profesiones con carácter limitativo del derecho de asociación estaría en contradicción de que los trabajadores, sin ninguna distinción, deben tener derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a ellas. Igualmente manifiesta que “los miembros de las Fuerzas Armadas que podrían ser excluidos de la aplicación del Convenio núm. 87 de la OIT deberían ser definidos *de manera restrictiva*” (330° Informe, caso 2229, párrafo 941; 335° Informe, caso 2257, párrafo 459). Justifica la finalidad de la posibilidad de establecer limitaciones a la libertad sindical que establece el artículo 9 del Convenio núm. 87 de la OIT en la intención de dejar que cada Estado juzgue en qué medida considera oportuno acordar a los miembros de las Fuerzas Armadas los derechos previstos en el convenio, o sea, implícitamente, que los Estados que hubieran ratificado el Convenio no están obligados a reconocer los derechos mencionados a esas categorías de personas (332° Informe, caso 2240, párrafo 264; y 335° Informe, caso 2325, párrafo 1257).

¹ Vid. OIT: La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5ª edición, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, páginas 48 a 59.

También en el ámbito europeo encontramos referencias normativas concretas a la posibilidad de restringir el ejercicio de los derechos de asociación y sindicación a los militares:

El artículo 11 del CEDH (Roma, 1950), tras reconocer que “toda persona” tiene derecho a “la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otros, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses” (punto 1), matiza que “el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos” y que, por tanto, “no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

El artículo 5 de la Carta Social Europea (Turín, 1961), que establece que las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe la libertad sindical “ni se aplique de manera que pueda menoscabarla” y que “igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las Fuerzas Armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las Leyes y Reglamentos nacionales”.

El artículo 12.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 2000), que no menciona ninguna limitación. Reconoce abiertamente que toda persona tiene derecho “a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que implica el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”.

2.2. Derecho de asociación y libertad sindical en las fuerzas armadas españolas

Las Fuerzas Armadas tienen constitucionalmente atribuidas la misión de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” (artículo 7 de la Constitución Española, CE)², y ello las dota de unas singularidades que justifican determinadas restricciones en el ejercicio de algunos derechos constitucionales por parte de sus miembros, entre otros el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga, el derecho a plantear conflictos colectivos o el derecho a la negociación colectiva. Son dos, fundamentalmente, las razones que justifican un trato diferenciado en materia de

² En parecidos términos se expresaba el marco normativo e institucional preconstitucional. Así, el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, proclama que la misión de las Fuerzas Armadas es “garantizar la unidad y la independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional”.

libertad sindical y derecho asociación a los miembros de la Fuerzas Armadas y asimilados (miembros de la Guardia Civil, como “Cuerpo sometido a disciplina militar”) respecto de otros trabajadores y funcionarios públicos: 1) *el deber de neutralidad política y sindical* (vid. STC 97/1985, de 29 de julio, STC 107/1986, de 24 de julio, STC 77/1988, de 26 de abril, y STC 101/1991, de 13 de mayo); y 2) *los principios de disciplina, jerarquía y unidad* que caracterizan las Fuerzas Armadas (vid. STC 272/2006, de 25 de septiembre).

2.2.1. Antecedentes

Desde esta perspectiva, se consideraba legítimo restringir el ejercicio de las actividades políticas y sindicales por parte de los militares. Así, el Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, declaraba prohibidas “las actividades políticas y sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas” (artículo 1) y establecía que quienes con carácter profesional formasen parte de las Fuerzas Armadas, cualquiera que fuera su empleo y situación, no podrían ejercer actividades políticas y sindicales (artículo 2)³.

En esta misma línea, el artículo 181 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en vigor hasta 2009), manifestaba que “los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en *sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa*” y que “tampoco podrán condicionar en ningún caso el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga”. Finalmente, reconocía que “los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social”. En cualquier caso, y además de la evidente prohibición del derecho a la libertad sindical, e incluso del derecho de asociación cuando éste tenga una finalidad reivindicativa, se aprecia una absoluta heteronomía estatal en materia de intereses profesionales, con exclusión de cualquier atisbo de autonomía colectiva⁴. No hay espacio para la autonomía colectiva, pues el estado vela por los intereses de los miembros de las fuerzas armadas. Complementariamente, el artículo 182 de la Ley 85/1978 obligaba al militar a

³ En concreto, impedía: 1) estar afiliados, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical (salvo el derecho de sufragio activo); 2) expresar públicamente, en cualquier forma, opiniones de carácter político o sindical; 3) asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical; 4) ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismo cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical; y 5) aceptar y ejercer cargos públicos de designación directa, salvo los de administración militar o que sean propios de la condición militar.

⁴ SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.: *Derecho Sindical*, 4ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 591.

“mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales” y negaba que pudiera afiliarse o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical.

2.2.2. *El marco constitucional: “reconocimiento limitado” o “exclusión” del derecho a la libertad sindical*

El artículo 28.1 de la CE, reconoce la titularidad universal del derecho a la libertad sindical (“todos tienen derecho a sindicarse libremente”), pero a continuación reconoce que la ley que lo regule deberá optar por *limitar* o *exceptuar* el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar⁵. De este modo, la CE, siguiendo escrupulosamente lo que al respecto habían conformado las normas internacionales (que además, el artículo 10.2 CE reconoce como los criterios interpretativos válidos), opta por *posibilitar las restricciones* (parcial -“limitar”- o absoluta -“exceptuar”-) en el ejercicio del derecho a la libertad sindical por parte de los militares, aunque sin pronunciarse, difiriendo dicha responsabilidad para un momento posterior, cuando se desarrolle legalmente el derecho a la libertad sindical.

2.2.3. *La exclusión legal del derecho a la libertad sindical a los miembros de las fuerzas armadas*

A los miembros de las Fuerzas Armadas (y de los Institutos Armados de carácter militar, esto es, de la Guardia Civil) no se les reconoce el “derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses”, pues quedan expresamente exceptuados del mismo por el artículo 1.3 de la LO 11/1985, de 2 de agosto, Libertad Sindical (LOLS). La Exposición de Motivos de la dicha norma justifica que, aunque la libertad sindical se reconoce a todos los trabajadores por cuenta ajena, lo sean o no de las Administraciones Públicas, quedan exceptuados del ejercicio del derecho los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados de carácter militar, excepción que se sigue en función de la literalidad del artículo 28.1

⁵ Inicialmente se planteaba otra redacción para el artículo 31 del Anteproyecto de Constitución (Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados, de 5 de enero de 1978): “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá excluir o limitar el ejercicio de este derecho para determinadas categorías de servidores del Estado”. Los votos particulares del Grupo Parlamentario Comunista y del Grupo Parlamentario Socialistas del Congreso pretendían suprimir la referencia a esa posibilidad de excluir o limitar el ejercicio de este derecho para determinadas categorías de servidores del Estado. Finalmente, la Enmienda núm. 132 (Grupo Parlamentario Minoría Catalana) propuso que “la ley podrá excluir o limitar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar”, argumentando que la limitación del derecho de sindicación debía quedar “concretada a las Fuerzas o Institutos Armados o demás cuerpos sometidos a disciplina militar, que son los únicos que parece que pueden tener un condicionamiento por lo que respecta a la libre sindicación. No puede hacerse extensiva tal limitación a una categoría indeterminada de servidores del Estado, que podría afectar a una generalidad de funcionarios respecto de los cuales no existe motivo para tal limitación”.

de la Constitución. No obstante, tal determinismo constitucional no era tal, pues como hemos señalado (*vid. supra*) lo que realmente decía (y dice) la Constitución es que la ley podrá *limitar* o *exceptuar* el ejercicio de este derecho a “las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar”. Es decir, la norma constitucional ofrece una alternativa. La LOLS opta por exceptuar a los miembros de las Fuerzas Armadas del reconocimiento del derecho a la libertad sindical⁶ y no por reconocer dicho derecho, aunque sea de forma limitada y con regulación especial, como si se hizo con los miembros de Cuerpos y Fuerzas de seguridad que no tuvieran carácter militar, y como se podría también haber hecho con los miembros de las Fuerzas Armadas, aunque no fue finalmente ésta la voluntad del legislador⁷.

⁶ Curiosamente esta exclusión no suscitó mayor problema durante la tramitación parlamentaria de la LOLS. Solo se presentaron dos enmiendas que aludían a aspectos “formales” y que no fueron tenidas en cuenta (*vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 140b, de 13 de junio de 1984, páginas 13, 14 y 23*). La Enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Mixto pretendía suprimir la referencia a los “Institutos Armados de carácter militar”, circunscribiendo la exceptuación del ejercicio del derecho a la libertad sindical únicamente a los miembros de las Fuerzas Armadas, pues entendía que, de conformidad con el artículo 8.1 de la CE y de los artículos 23 y 28 de la Ley Orgánica reguladora de los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, no existía, en puridad, instituto alguno armado de carácter militar, que no sean las propias Fuerzas Armadas (argumentos reproducidos en la defensa de dicha enmienda en el Diario de Sesiones del Senado, núm. 75, de 28 de junio de 1984, página 3796). Consideraba de este modo que no existía institución alguna del Estado a cuyos miembros les pueda ser vedado el derecho constitucional de sindicación, salvo las Fuerzas Armadas (cuya excepción aceptaban), que están exclusivamente constituidas por el Ejército de Tierra, la Marina Armada y el Ejército del Aire. Por su parte, la Enmienda núm. 28 del Grupo Parlamentario Popular, pretendía que, por congruencia con el artículo 28.1 de la CE, en lugar miembros de las “Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar” se dijera miembros de “Fuerzas o Institutos armados y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar”. La Ponencia del Senado designada para estudiar el proyecto de LOLS, por unanimidad acuerda rechazar ambas enmiendas, aunque los ponentes del Grupo Popular pretenden someter a consideración una nueva redacción al artículo 1.3 del proyecto: “quedan exceptuados del ejercicio de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar, salvo aquellos que hallándose en situación de supernumerario u otra similar, presten sus servicios, en virtud de contrato laboral, para otras empresas”, propuesta que es rechazada por mayoría (*vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 140, de 18 de junio de 1984, página 74*).

⁷ De hecho, ni siquiera se planteó la alternativa de reconocer el derecho a la libertad sindical con limitaciones en su ejercicio a los militares. Apenas hubo alguna manifestación en este sentido tal y como se recoge en los debates parlamentarios (*vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 97, de 28 de febrero de 1984, página 4568*). Solo el diputado Santiago Carrillo Solares (en representación del Grupo Mixto), argumenta en este sentido que conforme al artículo 28 de la CE, la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar. Es decir: “la ley podrá”, pero “la Constitución no prohíbe de antemano la sindicación, ni siquiera a las Fuerzas Armadas”, y por tanto, “se podría defender un proyecto de sindicación de las Fuerzas Armadas sin romper con lo que establece la Constitución”, pero “que nadie se inquiete, yo no voy a defender aquí ahora el derecho de sindicación de las Fuerzas Armadas, pero sí creo que las Fuerzas de Orden Público, aunque tengan una estructura militar, deberían tener el derecho de sindicación” (*sic*). Tales argumentos son reiterados (*vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 148, de 5 de abril de 1984*) al defender las enmiendas núm. 128 y 129, pretendiendo dejar al margen de la Ley de Libertad Sindical exclusivamente a los miembros de las Fuerzas Armadas. Pues entiende que son las Fuerzas Armadas (no otros Cuerpos de Seguridad del Estado, aunque sometidos a disciplina militar, como la Guardia Civil) los únicos que exclusivamente pueden ser apartados del derecho a la libertad sindical, aunque recordando de nuevo que “la misma Constitución no excluye la posibilidad de que haya libertad de sindicación, incluso para las Fuerzas Armadas; no la excluye” (página 4736, y en idénticos términos también en página 4740).

Esta misma exclusión del derecho a la libertad sindical a los miembros de las Fuerzas Armadas es mantenida por la LODDFA (LO 9/2011), aunque añadiendo nuevos matices. Así, su artículo 7 (titulado “Neutralidad política y sindical”), establece que el militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la LOLS y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Por último señala que “los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas”.

2.2.4. El derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas y fórmulas de participación y consulta

a) Derecho de asociación de los miembros de las fuerzas armadas

Por tanto, cerrada la posibilidad de crear sindicatos en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de ejercer el derecho a la libertad sindical, y por ende, el derecho de huelga y el derecho a la negociación colectiva, quedaba abierta la vía alternativa que ofrecía otro derecho colectivo: el derecho de asociación. Sin embargo, las asociaciones de militares también se encontraban con problemas en su constitución y funcionamiento, dadas las exigencias de neutralidad y orden, disciplina y unidad que caracterizan las Fuerzas Armadas, pues con base en el ya mencionado artículo 181 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, la prohibición alcanzaba no solo a *sindicatos* sino también a *asociaciones con fines reivindicativos*. Esta interpretación extensiva de la prohibición de constituir sindicatos en el seno de las Fuerzas Armadas también a asociaciones profesionales de militares fue refrendada por algunos pronunciamientos judiciales (por ejemplo, la STS de 20 de junio de 1997).

b) La distinción entre asociaciones reivindicativas y sindicatos: la STC 219/2001

La STC 219/2001, de 31 de octubre, invierte esta situación al otorgar el amparo a una asociación militar denominada *Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo* que declaraba como uno de sus fines estatutarios el “realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social”, y que consideraba que se había lesionado su derecho de asociación

(artículo 22 de la CE). En concreto, se discutía que más allá de una concepción “formal” de sindicato, la prohibición del artículo 1.3 de la LOLS (con base en el artículo 28 de la CE) iba referida a una concepción “material” de sindicato, y así, con independencia de cómo se denominen, incluye también a asociaciones con una finalidad reivindicativa⁸. En cambio, el recurrente, entendía que dicha interpretación contenía una restricción ilegítima del derecho de asociación⁹: Frente a tales posiciones, el Tribunal Constitucional sostiene (*vid.* FJ 10) que el derecho de asociación que regula el art. 22 de la CE “se refiere a un género (la asociación) dentro del cual caben modalidades específicas”, pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE (sindicato que se caracteriza por su esencial vinculación con la acción sindical, y que se plasma fundamental en el ejercicio del derecho de huelga, en la negociación colectiva y en la adopción de medidas de conflicto colectivo).

⁸ La sentencia de la Audiencia Nacional, de 26 de septiembre de 1992, argumentaba que los intereses que defendía la Asociación eran profesionales; que, en realidad, la entidad no era una asociación sino un “ente parasindical”, al perseguir, entre otros, un fin reivindicativo vulnerando así lo dispuesto en el artículo 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas; con lo cual no sólo se impide la afiliación o fundación de sindicatos por los militares, sino también la afiliación o creación de entes que, sin ser formalmente sindicatos, si tienen un carácter parasindical. En el mismo sentido la STS de 30 de junio de 1997 la prohibición de toda “asociación con finalidad reivindicativa” encuentra encaje en la norma más específica del artículo 28 de la CE y no en el artículo 22, ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege. Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permite excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 28.1 del mismo Texto Constitucional, en relación con el art. 1.3 de la LOLS, y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato.

⁹ Además, encierra a juicio del recurrente un artificio jurídico: dado que la Hermandad no es formalmente un sindicato, al objeto de excluirla del ámbito de protección del art. 22 CE no le queda sino crear un tercer género: la asociación o “ente parasindical”, reconducible a la “asociación reivindicativa” del art. 181 de las Reales Ordenanzas. Pero este modo de proceder es incorrecto desde el punto de vista constitucional, toda vez que o la Hermandad es un sindicato y entonces es aplicable el art. 28 CE, o no lo es y no es posible aplicar dicho artículo sino el art. 22 CE; no cabe un escalón intermedio.

c) El reconocimiento expreso de las asociaciones profesionales militares: la LO 9/2011

No obstante, y a pesar de la importancia de esta interpretación jurisprudencial, el paso decisivo a favor del reconocimiento expreso del derecho de asociación a los militares tiene lugar con la aprobación de LO 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (LODDFA)¹⁰. Respecto al reconocimiento del derecho de asociación se produce un importante avance cualitativo al regular el ejercicio de ese derecho fundamental *en el ámbito profesional*, una de las vías para propiciar la participación y colaboración de los miembros de las Fuerzas Armadas en la configuración de su régimen de personal. Los militares pueden constituir y formar parte de asociaciones, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (artículo 14.1). Específicamente, se regulan las *asociaciones profesionales integradas por miembros de las Fuerzas Armadas para la defensa y promoción de sus intereses profesionales, económicos y sociales* (artículos 14.2 y 33.1), que deberán respetar el principio de neutralidad política y sindical. Se fijan las normas relativas a su constitución y régimen jurídico (artículos 32 a 45) y se crea un Registro específico para estas asociaciones en el Ministerio de Defensa (artículo 36.1, Disposición Final 9ª y Orden DEF/3217/2011, por la que se regula el Registro de Asociaciones Profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas). Las asociaciones podrán realizar propuestas y dirigir solicitudes y sugerencias, así como recibir información sobre los asuntos que favorezcan la consecución de sus fines estatutarios. En todo caso, estas formas de participación no podrán amparar procedimientos o actitudes de naturaleza sindical como la negociación colectiva, las medidas de conflicto colectivo o el ejercicio del derecho de huelga (artículo 42.1).

d) Nuevos cauces de participación y consulta: el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas

La LODDFA también crea un *Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas*. Las asociaciones que tengan un porcentaje determinado de afiliados¹¹ participarán

¹⁰ Con esta ley se actualiza la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución por parte de los miembros de las Fuerzas Armadas, teniendo en cuenta su condición de servidores públicos sometidos a disciplina militar, y así, adecuarla a la realidad social y a lo previsto en la LO 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional. Los militares gozan de los derechos fundamentales y libertades públicas de aplicación general a todos los ciudadanos y las limitaciones para su ejercicio deben ser proporcionadas y respetuosas con su contenido esencial. Las novedades más relevantes son la regulación del derecho de asociación, la creación del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas y la creación del Observatorio de la vida militar.

¹¹ Para poder acceder al Consejo, las asociaciones deberán contar, en relación a los efectivos de las Fuerzas Armadas en las situaciones a las que se refiere el artículo 34.1 de esta ley, con un mínimo de afiliados del 1%, si sus estatutos están abiertos a todas las categorías contempladas en dicho artículo, del 3% de los miembros de su categoría si la asociación es exclusivamente de oficiales o de suboficiales, y del 1,5% en el caso de las asociaciones de militares de tropa y marinería (artículo 48.2). En el supuesto de que incluyan afiliados de dos categorías, deberán cumplir esos porcentajes en cada una de ellas.

en dicho *Consejo* y podrán contribuir, por medio de informes o consultas, en el proceso de elaboración de proyectos normativos que afecten al régimen de personal¹². Con el citado *Consejo* se establecen y formalizan las relaciones entre el Ministerio de Defensa y las asociaciones profesionales de miembros de las Fuerzas Armadas y se ponen en marcha mecanismos de información, consulta y propuesta sobre el régimen del personal militar. Se pretende que esta vía sea un complemento adecuado de la representación institucional que se ejerce a través de la cadena de mando militar y de los cauces previstos en esta ley para la presentación por los miembros de las Fuerzas Armadas de iniciativas y quejas en el ámbito interno. Con más detalle, en el que por brevedad no podemos entrar, la LODDFA establece los criterios sustantivos sobre el funcionamiento del *Consejo de Personal*, su composición básica, funciones, régimen de trabajo y cauces para la presentación de las propuestas por las asociaciones (artículos 46 a 51).

3. EL REPLANTEAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL EN LAS FUERZAS ARMADAS: LAS SENTENCIAS DEL TEDH DE 2 DE OCTUBRE DE 2014 (CASOS MATELLELY Y ADEFDROMIL)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre la prohibición de la libertad sindical en las fuerzas armadas, a través de la Sentencia del TEDH (Sección 5ª) de 2 de octubre de 2014, caso *Matelly v. Francia* (JUR 2014/247414) y de la Sentencia del TEDH (Sección 5ª), también de 2 de octubre de 2014, caso *Adefdromil v. Francia* (JUR 2014/247408), en ambos casos, solo disponibles por el momento en francés. Reconoce el TEDH que *la prohibición absoluta de los sindicatos en el ejército francés es contraria al artículo 11 del CEDH (vid. supra), considerando que la libertad de asociación de los militares puede ser objeto de "restricciones*

¹²El artículo 46 posibilita que se planteen propuestas o sugerencias en materias relacionadas con su estatus y condición de militar, el ejercicio de los derechos y libertades, el régimen de personal y las condiciones de vida y trabajo en las unidades. No obstante quedan excluidas del ámbito de actuación del Consejo las materias relacionadas con decisiones de política de seguridad y defensa, con el planeamiento y desarrollo de los ejercicios u operaciones militares y el empleo de la fuerza. En concreto, el artículo 49 establece cuáles son las funciones del Consejo: a) recibir, analizar y valorar las propuestas o sugerencias planteadas por las asociaciones profesionales independientemente de que estén representadas o no en el Consejo; b) tener conocimiento y ser oído sobre determinadas cuestiones (establecimiento o modificación del estatuto profesional y del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas; determinación de las condiciones de trabajo; régimen retributivo; planes de formación y perfeccionamiento de la enseñanza en las Fuerzas Armadas; régimen de permisos, vacaciones y licencias; planes de previsión social complementaria; y asuntos que afecten a otros aspectos sociales, profesionales y económicos de los militares); c) informar, con carácter preceptivo y previo a su aprobación, las disposiciones legales y sus desarrollos reglamentarios que se dicten sobre las mencionadas materias; d) recibir información trimestral sobre política de personal; e) conocer las estadísticas trimestrales sobre el índice de absentismo y sus causas, los accidentes en acto de servicio y enfermedades profesionales y sus consecuencias y sobre los índices de siniestralidad, así como los estudios periódicos o específicos que se realicen sobre condiciones de trabajo; y f) las demás que le atribuyan las leyes y disposiciones generales.

legítimas”, pero no hasta el punto de prohibir de manera absoluta la posibilidad de constituir un sindicato y de adherirse a él.

La legislación francesa, en concreto el Article L. 4121-1 del Código de la Defensa (Ley núm. 270, de 24 de marzo de 2005), establece que “los militares gozan de todos los derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos”. No obstante, “el ejercicio de algunos de ellos está prohibido o restringido”. De este modo, y específicamente sobre el ejercicio del derecho de asociación, el Article L. 4121-4 declara que “el ejercicio del derecho de huelga es incompatible con la condición militar” y que la existencia de agrupaciones profesionales militares de carácter sindical, así como la afiliación de los militares en servicio activo a los mismos, son “incompatibles con las reglas de la disciplina militar”. En este contexto normativo, y frente a los posición prohibicionista del Consejo de Estado francés, que en varias resoluciones había justificado el establecimiento de restricciones legítimas al derecho de sindicación de los miembros de las Fuerzas Armadas en base a las exigencias que se derivan de la disciplina militar y de las limitaciones inherentes al ejercicio de su misión por las Fuerzas Armadas, se interponen dos demandas ante el TEDH por lesión del artículo 11 del CEDH. Tales demandas, que dan origen a las sentencias analizadas, son presentadas por Adefdromil (*Association de Défense des Droits des Militaires*, 2001, que tiene por objeto la defensa de los derechos, intereses materiales, profesionales y morales, colectivos o individuales, de los militares) y por J.H. Matelly (oficial de la gendarmería francesa¹³ que creó el Foro “Gendarmes y Ciudadanos”, para la defensa de la situación material y moral de los gendarmes). Las posiciones de las partes son coincidentes en ambas sentencias, apareciendo claramente definidas: 1) para la partes recurrentes, que sus asociaciones no resultan afectadas por las restricciones del derecho de sindicación en las Fuerzas Armadas, toda vez que son asociaciones de naturaleza no sindical¹⁴; y 2) para el

¹³ La Gendarmería francesa, como los Carabinieri italianos, tiene un carácter análogo a la Guardia Civil: se considera un instituto armado de carácter militar.

¹⁴ En concreto, consideran que, en el caso Adefdromil, la ley francesa no se limita a establecer restricciones al ejercicio del derecho de sindicación por parte de los militares, sino que lo prohíbe “pura y simplemente”, socavando la esencia misma de este derecho (Adefdromil, párrafo 28). Además sostienen que dicha prohibición carece de fundamento, pues el reconocimiento de tal derecho no menoscabaría ni afectaría a la disciplina militar, y en cambio sí que favorecería un mejor diálogo entre los militares y sus superiores jerárquicos, facilitando la resolución legal y pacífica de los conflictos sociales (Adefdromil, 29) y profesionales. Igualmente, entiende que las circunstancias históricas que justificaban dicha prohibición han cambiado, y que lo que hay detrás de dicha prohibición es un intento de neutralizar cualquier pensamiento divergente en el ejército, y así, particularmente, fijar los presupuestos militares sin oposición alguna por parte del personal (Adefdromil, 30). La existencia de un sistema de consulta (concertation) en el seno del ejército, así como la creación de un Haut Comité d’évaluation de la condition militaire, no permite a los militares satisfacer plenamente sus derechos, especialmente por la falta de independencia y de representatividad de los miembros de tales instancias, por el difícil equilibrio existente entre sus “mandatos” y sus obligaciones profesionales, y por la ausencia de disponibilidad, formación y conocimiento específico (Adefdromil, 31). Igualmente, considera insuficiente la vía del recurso individual, que en ningún caso puede sustituir eficazmente a una representación colectiva (Adefdromil, 32). Por su parte, Matelly, argumenta que las restricciones impuestas a su asociación carecen de base jurídica, pues el Código de la Defensa solo prohíbe a los militares su pertenencia a “agrupaciones profesionales militares de carácter sindical” (en el entendimiento de que la suya no lo es) y no existe ni una definición ni una distinción legal clara entre cuáles son las “agrupaciones profesionales” a las que los militares se pueden afiliar y cuáles no (Matelly, 44). Además considera que la prohibición carece de justificación (de fin legítimo) ya que su aso-

gobierno francés, que tales restricciones son adecuadas para asociaciones con fines reivindicativos¹⁵.

El TEDH recuerda (Matelly, párrafos 55 a 62; Adefdromil, 41 a 47) que la libertad sindical se presenta como una forma o aspecto especial de la libertad de asociación y que la expresión “para la defensa de sus intereses” conlleva la acción colectiva de los mismos. Igualmente, señala que el artículo 11.2 del CEDH prevé restricciones legales del derecho a la libertad de asociación para determinadas categorías de trabajadores, entre los que se cita expresamente a los miembros de las Fuerzas Armada, siendo *tales restricciones interpretadas de forma estricta*, limitándose al *ejercicio* derecho de sindicación, pero sin menoscabar su esencia (citando sentencia del TEDH de 12 de noviembre de 2008, Demir y Baykara v. Turquía). Por ello, no acepta que tales restricciones afecten a los elementos esenciales de la libertad sindical, sin los cuales quedaría vacío de contenido, y exige que las limitaciones en el ejercicio de la libertad sindical deben cumplir, de conformidad con el artículo 11 del CEDH, tres requisitos: 1) que estén previstas por la ley; 2) estén justificadas por una finalidad legítima; y 3) dicha finalidad sea necesaria en una sociedad democrática.

1) Principio de legalidad. La limitación a la libertad sindical ha de ser establecida por ley. Entiende el TEDH (Matelly, 60 y Adefdromil, 46 y 48) que esto no significa solo que la medida esté regulada en derecho interno, sino que también hay que valorar si el rango formal de la norma es adecuado. En relación

ciación profesional (como otras muchas que le han precedido) se limita a defender los intereses materiales y morales de sus miembros, pero no constituye una amenaza para la defensa del orden en las Fuerzas Armadas (Matelly, 45).

¹⁵ En particular, subraya que no considera que la asociación demandante sea ilegal (Adefdromil, 33) ni ha solicitado su disolución (Adefdromil, 34), tan solo se opone a que pueda actuar en “defensa colectiva de los intereses profesionales de los militares”. No hay ninguna prohibición del derecho de asociación en general, sino restricciones dirigidas a ciertos grupos. Una vez constatado que hay asociaciones que tienen por objeto la defensa moral y material de sus afiliados (Adefdromil, 34), argumenta, primero, que las limitaciones del derecho de asociación están previstas en la ley, persiguiendo como objetivo legítimo la defensa del orden y seguridad nacional; y en concreto, que la prohibición de afiliarse a un sindicato se justifica en la necesidad de asegurar la indispensable disciplina para el efectivo funcionamiento del ejército, así como la cohesión y unidad en las misiones que le sean asignadas y el papel de garante de la defensa y seguridad de la nación (Adefdromil, 35). Segundo, que los precedentes históricos que han caracterizado la práctica sindical francesa evidencian que los instrumentos de acción sindical han sido más de “lucha social” y menos de “diálogo y concertación”. De este modo, las agrupaciones militares de vocación corporativista, en defensa de intereses y reivindicaciones profesionales podrían desestabilizar las instituciones democráticas (Adefdromil, 36). Y tercero, continuando con su anterior línea argumentativa, que esta restricción del ejercicio del derecho de sindicación a los miembros de las fuerzas armadas es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, para lo que se apoya en las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la interpretación de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea (Adefdromil, 37; Matelly, 50). El gobierno francés concluye sus razonamientos alegando que existen vías de diálogo social específicas en el seno de las Fuerzas Armadas, con las que garantizar adecuadamente los intereses colectivos de los militares, como el Conseil Supérieur de la Fonction Militaire (de ámbito nacional) o los siete Conseils de la Fonction Militaire, compuestos por representantes de los militares que expresan sus posiciones sobre las condiciones de vida, profesionales y de la organización del trabajo, o el Haut Comité de l’Evaluation de la Condition Militaire (Matelly, 53 y 54). En cualquier caso, hay que reconocer que ninguno de tales órganos son equiparable al Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas españolas, ni en cuanto a su composición, ámbito de actuación o funciones.

con esto, concluye que las limitaciones que establece el Código de la Defensa, al prohibir a los militares el afiliarse a agrupaciones de naturaleza sindical, cumplen con dicho requisito.

2) Justificación. Se exige que la limitación de la libertad sindical tenga una finalidad legítima y sea proporcionada. El TEDH (Matelly, 67; Adefdromil, 51) considera cumplido que dicha prohibición persigue el objetivo legítimo de mantener el orden¹⁶ y la disciplina necesarias en las Fuerzas Armadas.

3) Principio de necesidad. Más problemática resulta al TEDH pronunciarse sobre si dicha medida, en base a su finalidad, es necesaria en una sociedad democrática (Matelly, 68 a 77; Adefdromil, 52 a 61). El Tribunal concede al gobierno que hay vías colectivas e individuales para la defensa de los intereses de los militares, pero que éstas no pueden sustituir al reconocimiento del derecho de asociación, comprendido en éste el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a ellos. Reconoce la especificidad de los miembros de las Fuerzas Armadas y de su función, que justificarían una restricción al ejercicio de determinados derechos, entre ellos el de libertad sindical (que puede exigir una adaptación de la actividad sindical a las particularidades de las Fuerzas Armadas) pero que en ningún caso puede privar a los militares del derecho de asociación para la defensa de sus intereses profesionales y morales. Así, concluye que *la libertad de asociación puede ser objeto de restricciones legítimas, pero que la prohibición pura y simple a una asociación profesional de ejercer acciones encaminadas a la consecución de sus objetivos* (de defensa de los intereses materiales y morales de sus miembros), que constituye la esencia de este derecho de asociación, *constituye una violación del artículo 11 del CEDH* (Matelly, 75 y 77; Adefdromil, 60 y 62)¹⁷, y por tanto tales

¹⁶ Los párrafos 62 (caso Matelly) y 47 (caso Adefdromil) manifiestan que la expresión “orden” no se refiere solo al “orden público”, sino también al orden interno del colectivo militar, ya que el “desorden” en las Fuerzas Armadas puede afectar al orden en la sociedad (orden público).

¹⁷ Sin embargo, en ambas sentencias encontramos una “opinión separada” de uno de los miembros de la Sección 5ª del TEDH. En concreto, el juez Da Gaetano considera que hay un efecto de prohibición absoluta de todas las agrupaciones profesionales militares o asociaciones de miembros de la gendarmería creadas específicamente para defender o promover los “intereses materiales y morales de sus miembros”, que son automáticamente considerados agrupaciones o asociaciones de carácter sindical. En su opinión existe prohibición general y absoluta que vacía de contenido (de sustancia) el derecho de los miembros de las Fuerzas Armadas (y de la Gendarmería) a organizarse para promover y defender sus intereses. Pero, dicho eso reconoce que en muchos países el derecho de asociación y el derecho de sindicación se vincula con el derecho a llevar a cabo acciones reivindicativas (básicamente, el derecho de huelga, parcial o total) en un contexto de conflicto social, derecho que otorgaría inmunidad contra las reclamaciones por responsabilidad contractual o penales para los que promueven o participan en dicha acción. Así, es muy difícil, si no imposible, conciliar la acción reivindicativa con las competencias y funciones de los miembros de las Fuerzas Armadas, colectivo al que se refiere el artículo 11.2 del CEDH (curiosamente, en su argumentación, menciona también a los miembros de la policía, funcionarios de prisiones, bomberos, agentes de protección civil, etcétera). Así, hay países en los que se prohíbe a los militares afiliarse a un sindicato, y para proteger y defender sus intereses se permite constituir asociaciones o federaciones con funciones similares a las de un sindicato, con la excepción del derecho de huelga. Admite que la finalidad de proteger los intereses profesionales o sociales de sus afiliados distingue a este tipo de asociaciones profesionales de otras de diversa naturaleza (política, religiosa, académica, etc.), pero, no obstante, lo importante no es como se denomine dicha asociación (sindicato, red, agrupación) sino sus funciones y su capacidad para

limitaciones al derecho de asociación no pueden considerarse como proporcionadas ni como necesarias en una sociedad democrática (Matelly, 76; Adefdromil, 61).

Las repercusiones que ambas sentencias han tenido en el ordenamiento jurídico francés no se han hecho esperar. Ya se ha anunciado una inminente reforma que sin duda implicara un cambio normativo en la regulación del derecho de asociación y sindicación de los militares franceses. En concreto, se ha puesto en marcha la elaboración de un proyecto de ley regulador del derecho de los militares a crear sindicatos o asociaciones profesionales.

En cambio, cómo puedan afectar tales decisiones judiciales a la regulación del derecho de asociación y sindicación de los miembros de las Fuerzas Armadas en nuestro ordenamiento jurídico está todavía por ver. Es cierto que hay notables diferencias entre el modelo francés y el modelo español. Así, la LODDFA ha dado parcialmente satisfacción a quienes aspiraban, pese a sus peculiaridades, a un ejercicio más pleno de determinados derechos (asociación, participación, consulta) en el seno de las Fuerzas Armadas. Pero el debate sobre la autonomía colectiva de los miembros de las Fuerzas Armadas, el reconocimiento del derecho a la libertad sindical, y la acción reivindicativa en mejora de las condiciones de vida y de trabajo, se reabre. Hechos, como el que la AUGC (Asociación Unificada de la Guardia civil), con fundamento y apoyo en las referidas sentencias del TEDH, ya haya solicitado ante el Ministerio de Empleo su inscripción como sindicato, obligarán a pronunciarse nuevamente sobre el tema.

Ahora bien, en cualquier caso estas dos sentencias del TEDH nos plantean algunos interrogantes. En primer lugar, y después de que el TEDH haya concluido que respecto al derecho de asociación y de sindicación de los militares se permiten “restricciones legítimas” pero no una “prohibición absoluta” (pura y simple), se podría dudar de la adecuación a esta línea interpretativa tanto del artículo 1.3 de la LOLS (que directamente declara que “quedan exceptuados” del ejercicio del derecho a la libertad sindical los miembros de las Fuerzas Armadas) como del artículo 7 de la LODDFA. Incluso se podría llegar más lejos y plantearse si la propia CE, en su artículo 28.1, ha respetado o no las normas internacionales reguladoras del derecho de asociación y libertad sindical, en la medida que podría haberse extralimitado al ofrecer no solo la alternativa “limitación”, sino también la “prohibición” a los militares del derecho de sindicación; ya que, tal y como interpreta el TEDH, la “prohibición absoluta” (o “exclusión”) no es una “restricción legítima” del derecho de asociación y sindicación que ampare el artículo 11 del CEDH.

Por otro lado, con estas dos sentencias resultaría afectado el mismo concepto de “sindicato”, pues se difuminan las fronteras entre “sindicato” y “asociación

gestionar los intereses profesionales o sociales de sus miembros. No tiene que ser necesariamente un sindicato.

profesional reivindicativa”. De este modo, se reabre el debate entre “concepto formal” y “concepto material” de sindicato que parecía cerrado tras la STC 219/2001, cuando afirmaba que ninguna “asociación”, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierte en “sindicato”. La cuestión es si las asociaciones profesionales con fines reivindicativos de militares pueden asumir, aunque formalmente no lo sean, el papel del sindicato. En parte, ya está sucediendo tras la LODDFA, pues las asociaciones profesionales tienen atribuidas competencias de representación, información, consulta y propuesta en materia de régimen de personal (aunque no sean consideradas formalmente “acción sindical”: negociación colectiva, huelga o adopción de medidas de conflicto colectivo). La actual situación resultante no sería muy diferente de aquella otra (hipotética) que reconociera directamente la libertad sindical y el derecho de sindicación a los militares pero con una serie de “restricciones” en su conformación y en su acción sindical (en particular, respecto del derecho de huelga).

**A VUELTAS CON LA INCIDENCIA DE
LA ULTRA ACTIVIDAD SOBRE LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:
NORMAS Y PRÁCTICAS**

Manuel García Jiménez
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Jaén

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LAS REFORMAS LABORALES DE 2012 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
- 3. ULTRAACTIVIDAD Y REFORMA LABORAL DE 2012**
- 4. CLAVES DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA COMPRENSIÓN DE LA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE VIGENCIA Y ULTRAACTIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS**
- 5. EL DIFÍCIL ACOMODO DE LAS PREVISIONES LEGALES EN MATERIA DE ULTRAACTIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
- 6. PRÁCTICAS CONVENCIONALES EN LA MATERIA Y PROPUESTAS NEGOCIALES**

1. INTRODUCCIÓN

El papel fundamental que viene desarrollando la negociación colectiva en la ordenación de las condiciones de trabajo y en la gestión de los empleados públicos por parte de las Administraciones Públicas está lejos de toda duda, conformándose así ésta en el mecanismo central de gestión de la prestación de servicios en las mismas.

El proceso de consolidación y crecimiento de los procesos de negociación colectiva en el seno de la Administración Pública se ha visto posibilitado por la concurrencia de una diversidad de factores de toda índole, tales como la extensión de la afiliación sindical en este ámbito, el notable incremento de personal en régimen laboral que integra las plantillas de tales Administraciones, una destacable tendencia a la “laboralización”, de un lado, y “funcionarización”, de otro, de las condiciones de trabajo de los funcionarios y laborales, lo que ha llevado, además, a una tendencia hacia la uniformidad en los términos que definen tales condiciones, o, en fin, la ruptura de las tradicionales concepciones jerarquizadas en las relaciones entre Administración Pública –considerada ésta desde la dimensión de empleadora- y el conjunto de los empleados públicos, primando en ello un concepto de unilateralidad en la determinación de las condiciones de trabajo y ejecución de la prestación de servicios, lo cual se ha visto posibilitado por la consolidación de una evidente tendencia democratizadora en las relaciones jurídico-laborales y jurídico-funcionariales entabladas en el seno de tales organizaciones.

No obstante, en este punto, y como sobradamente se conoce, hablar de manera genérica de negociación colectiva en las Administraciones Públicas hace preciso resaltar la previa advertencia de que en nuestro sistema jurídico conviven dos marcos normativos diferenciados que conllevan de suyo unas muy destacables implicaciones jurídicas a nivel del marco institucional de la negociación colectiva. Y, de este modo, se cuenta con un colectivo de personal –el de más peso cuantitativa y cualitativamente hablando- regido por un sistema estatutario de función pública, y, de otro, con el sujeto a la legislación laboral que presenta una evidente tendencia a su consolidación. Diferenciación de marcos reguladores del trabajo asalariado por cuenta ajena que han llevado de suyo a que no se compartan principios de desarrollo legislativo sobre las diferentes instituciones implicadas en el mismo¹, teniendo ello un patente reflejo sobre la negociación colectiva que se desarrolla para cada uno de tales colectivos y que motiva una dualidad de regímenes jurídicos: el Título III del Estatuto de los Trabajadores -arts. 82 a 92- para el personal laboral, y el Estatuto Básico del Empleado Público -Ley 7/2007, de 12 de abril- arts. 32 a 38, para los funcionarios públicos.

¹ Vid. Cruz Villalón, J.: “El descuelgue de convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, nº 117/2012, pág. 16.

Este planteamiento de política legislativa supone, como es obvio, que las modificaciones normativas que se produzcan en uno u otro de tales regímenes incidan de una manera u otra, y planteen una serie de interrogantes acerca de cuál sería el calado de tales reformas, así como el encaje de las mismas dentro del marco general representado por las relaciones jurídicas de empleo público tomado en su conjunto. Y, en concreto, por lo que aquí interesa, nos hemos de interrogar acerca de la incidencia que pueda tener las modificaciones legales sobre la institución de la ultraactividad de los convenios colectivos, tanto a nivel de la negociación del personal laboral, como respecto del marco general de la autonomía y negociación colectiva en las Administraciones Públicas.

2. LAS REFORMAS LABORALES DE 2012 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En tales términos, como parte fundamental del eje de las reformas laborales de 2012 que vienen orientadas a fomentar la flexibilidad interna de las empresas, y así con ello posibilitar mecanismos de adecuación y adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas en las que han de desenvolverse las empresas, el legislador articuló todo un grupo de modificaciones que se dirigieron a revisar en profundidad el sistema de negociación colectiva, en tanto que se le imputa buena parte de responsabilidad de los problemas que las empresas presentan en materia de competitividad, así como de su incidencia respecto de nuestro mercado de trabajo.

Y, en tal sentido, se articulan toda una serie de medidas que se dirigen a la revisión de elementos estructurales básicos del marco regulador y conformador de la negociación colectiva en España, incidiendo, de un lado, en la estructura de la negociación colectiva, priorizando el nivel de empresa a través de una en exceso compleja regulación de la concurrencia entre convenios colectivos (art. 84 ET); de otro, facilitando, tanto en el procedimiento como en las posibilidades, el recurso a la inaplicación del convenio colectivo vigente (art. 82.3 ET); y, en fin, incidiendo sobre la aplicación en el tiempo del convenio colectivo, esto es, sobre su revisión *ante tempus* (art. 86.1 ET), así como la limitación del alcance de la ultraactividad del convenio colectivo vencido, todo lo cual se viene a justificar en orden a una presunta dinamización de los procesos negociadores y sus adaptación a las cambiantes circunstancias de tipo organizativo y de mercado que determina el devenir de la empresa.

Reforma que ha supuesto un paso decidido hacia la consolidación de una línea de política jurídica muy concreta y definida, que se atisbaba ya en algunos rasgos en el diseño de la reforma laboral de 1994, y que apunta sin lugar a equívocos hacia un cambio en la conformación de modelo de negociación colectiva que ha presidido nuestro modelo democrático-constitucional de relaciones laborales.

Y, en estos términos, a los efectos que aquí nos interesan, la incidencia que ha tenido la reforma laboral de 2012 en materia de la aplicación en el tiempo del convenio colectivo, se han articulado en torno a dos grandes ejes con los que, de un lado, se ha pretendido incentivar –en línea con un modelo legalmente promovido– la renegociación del convenio, adelantándose al fin de su vigencia, y sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio (art. 86.1 ET); y, de otro, con la finalidad declarada de evitar la petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio, y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador, se establece la limitación temporal a un año de la ultraactividad del convenio, aunque condicionada a la decisión que se adopte a este respecto por la autonomía colectiva (art. 86.3 ET).

Como se puede comprobar, los cambios en esta materia no son en ningún caso superficiales, y ello en cuanto que viene a incidir sobre algunas de las técnicas que venían a consolidar y asegurar la eficacia de las previsiones alcanzadas en los procesos negociadores, estabilizando así los marcos reguladores de las relaciones laborales en las diferentes unidades de negociación hasta que se vieran aquéllos sustituidos por otros nuevos. No cabe duda que ello supone un cambio radical en la conformación del modelo clásico de vigencia del convenio colectivo, y que su alcance no se iba a dilatar en dejarse sentir dentro de nuestro sistema de relaciones laborales, tanto respecto de los convenios colectivos vigentes, prorrogados y en período de ultraactividad que se tenían a la fecha de la entrada en vigor de tales reformas, como respecto de las previsiones convencionales que vienen a recogerse en los convenios colectivos pactados tras dicha entrada en vigor. Sobre los unos y los otros estamos obligados a reflexionar, en tanto que encierran una diversidad de variables, alcances y efectos que tal situación está suponiendo en el sistema español de relaciones laborales, y, en específico, en el marco negociador colectivo entablado en las Administraciones Públicas con el personal que presta servicios en las mismas, las problemáticas que vienen ligadas a ellos, y las líneas de acción convencional y de actuación de los tribunales de justicia que han tenido que tratar en esta materia dadas las enormes carencias de técnica legislativa que presenta la reforma en esta materia.

3. ULTRAATIVIDAD Y REFORMA LABORAL DE 2012

La institución de la ultraactividad de los convenios colectivos ha venido prevista en el sistema democrático de relaciones laborales español desde la primera versión de 1980 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se mantuvo tal cual hasta la reforma laboral acometida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se atribuyó un papel central en la materia a la autonomía colectiva de las partes, en tanto que se abre a posibles pactos colectivos la regulación del alcance temporal y material de la ultraactividad, y colocando a la regulación legal en un plano

subsidiario por el que se garantiza la misma en iguales términos que los previstos en la versión original de 1980 para los supuestos en los que las partes no hayan hecho uso de tal potestad reguladora.

Tal regulación perduró sin cambio alguno hasta 2011, no obstante los constantes y recurrentes planteamientos que se fueron produciendo en este. En tal sentido, como decimos, hasta 2011 y, en concreto, hasta la entrada en vigor de la nueva reforma laboral en esta materia, articulada a través del RDL 7/2011, de 10 de junio, las partes vinieron ejerciendo el poder de disposición sobre el régimen de ultraactividad de los convenios colectivos suscritos, en orden a la regla incentivadora para ello recogida en el art. 86.3 ET, lo cual dio como resultado una importante casística reguladora sobre el régimen de eficacia temporal de los convenios, y, ligado a ello, una también reseñable actividad judicial sobre el alcance cuantitativo, cualitativo, formal y material de tales regulaciones.

Pues bien, la comentada reforma laboral de 2011 vino a incidir con especial calado en materia de la ultraactividad de los convenios colectivos, lo cual vino a sustentarse en un argumentario de política legislativa que de una forma u otra no hace sino de nuevo recrear idénticos motivos que los ya reseñados en la reforma precedente de 1994, esto es, nuevamente se nos presentan como necesarios el requerimiento de la necesaria adaptabilidad y agilidad de la negociación colectiva, de los procesos para su ejercicio, así como de los contenidos a tratar, de forma que se incremente la capacidad de la misma para adaptarse a los cambios en la situación económica y sociolaboral equilibrándose en cualquier caso el binomio flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores, lo cual hacía necesario que se posibilitase una rápida transición temporal de los convenios colectivos, limitándose al máximo posible la prolongación en el tiempo de la vigencia pactada de un convenio colectivo.

En tal sentido, el RDL 7/2011 vino a acometer una reformulación de la institución de la ultraactividad de los convenios colectivos, articulándose ello en una revisión de los términos previstos en el párrafo 3º del art. 86 ET, lo cual hay que ligar a las previsiones sobre los plazos máximos de negociación que se recogen en el art. 85.3,f) ET.

A este respecto, se evidencia un patente incremento del poder de disposición de las partes sobre la ultraactividad de los convenios colectivos, tanto en el sentido del alcance de la misma, como respecto de los pactos referidos a los plazos para la negociación de un nuevo convenio colectivo. En concreto, se puntualiza la posibilidad con la que cuentan los negociadores de determinar el alcance material y temporal de la prórroga de vigencia durante las negociaciones, aclarándose en este sentido cuestiones que habían llevado a importantes problemas aplicativos a los que tuvieron que dar respuesta los tribunales, tales como la cláusulas de renuncia a la

huelga. Igualmente, se establece la posibilidad de alcanzar durante la negociación acuerdos parciales que modifiquen los contenidos prorrogados, además de establecer una llamada al especial papel que debería jugar en esta materia los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en los acuerdos interprofesionales estatal y autonómicos. No obstante ello, y aun la aparente taxatividad e imperatividad del nuevo marco regulador en pos de una limitación del alcance de la ultraactividad, se mantiene como cláusula de cierre el mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo denunciado, a salvo de haberse establecido un acuerdo específico en esta materia, debiendo de estarse en tal caso a lo previsto en el mismo.

En relación a los convenios colectivos vigentes a la entrada en vigor del RDL 7/2011, la DT 1ª estableció que las previsiones en materia de denuncia, inicio de las negociaciones y plazos máximos de negociación, serían aplicables a los convenios colectivos cuya vigencia pactada terminase a la fecha de entrada en vigor de aquél (esto es, el 12 de junio de 2011).

A tal reforma le siguió la realizada por el RDL 3/2012, por la que se modifica en un sentido totalmente contrario la regla aludida para las situaciones en las que no se alcanza un acuerdo en los procesos de renovación de un convenio colectivo. De este modo se prevé que transcurridos dos años desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo o dictado un laudo arbitral, aquel perderá su vigencia, salvo que se hubiere establecido un pacto en contrario por el que se previera un régimen específico de ultraactividad, tanto en su dimensión temporal –indefinido o por tiempo determinado-, como en su vertiente material –total o parcial del contenido convencional-. El nuevo régimen de la institución de la ultraactividad planteaba, por tanto, una evidente situación de posible vacío convencional si es que no se contaba con previsiones específicas en la materia, por lo que de seguido se establece un marco normativo subsidiario con el que se venía –aparentemente- a solventar estas situaciones: se aplicaría el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación, eso sí, siempre que lo hubiere.

En virtud de la DT 4ª, la nueva regulación se aplicará con carácter inmediato de forma que sus términos afectarán de igual modo a los convenios colectivos que ya estuvieren denunciados a la entrada en vigor de esta norma, estableciéndose a estos efectos una previsión específica para el cómputo de la extensión temporal de la vigencia en ultraactividad prevista en el art. 86.3 ET, indicándose que se iniciará el plazo de los dos años a partir de la entrada en vigor de este RDL 3/2012.

La versión parlamentaria de este RDL fue la Ley 3/2012, de 6 de julio, que en esta materia únicamente vino a reducir el plazo de ultraactividad que garantizaba la norma, de forma que se establecía, a partir de su entrada en vigor, en un año desde la denuncia del convenio colectivo.

Y, de manera paralela, se estableció en la Disposición Transitoria 4ª de esta Ley una nueva regla de derecho transitorio en la materia, fijándose como fecha de inicio del cómputo de tal plazo para los convenios colectivos ya denunciados antes de su entrada en vigor, el 8 de julio de 2012 –día establecido para el inicio de su vigencia.

Llegados a este punto, y a la vista de la regulación de la ultraactividad en nuestro sistema de relaciones laborales, hay que realizar una serie de precisiones sobre el alcance de la misma.

Y así, en primer lugar, hay que partir de que la regla sobre ultraactividad prevista en el mencionado precepto se articula en torno a la prevalencia de la autonomía colectiva en esta materia, esto es, a que su configuración técnico-jurídica sigue siendo de naturaleza dispositiva, lo cual conlleva a que la nueva regla de pérdida de vigencia transcurrido un año desde su denuncia sólo podrá aplicarse siempre que las partes no hayan precisado otro régimen diferente a éste. Ello nos sitúa pues ante la incuestionable afirmación que mantiene que tal precepto presenta una naturaleza dispositiva, no habiendo cambiado ello desde la reforma laboral de 1994. Por consiguiente, cabe pacto en contrario en el sentido que las partes consideren oportuno en y para cada caso.

En segundo lugar, y partiendo siempre de la prevalencia de lo acordado por las partes, se diferencian dos situaciones diferentes sobre la ultraactividad.

Una que comprende desde la denuncia hasta el momento en el que se agota el plazo de un año para alcanzar el nuevo convenio (art. 86.3.2º ET), resaltándose a estos efectos dos previsiones: a) el mantenimiento durante este período de la vigencia de las previsiones convencionales, a salvo de las que prevén la renuncia de la huelga; b) la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales que modifiquen los contenidos prorrogados, debiendo estarse a los términos que las partes hayan establecido en cuanto a su vigencia temporal.

Y otra segunda situación que se produciría desde el momento en que expira el plazo máximo de un año que se establece para alcanzar el nuevo convenio colectivo.

Es sobre esta segunda situación en la que, siempre que no venga establecido un pacto específico en el convenio denunciado o se haya alcanzado por las partes uno en tal sentido, se determina que transcurrido ese año de vigencia convencional en régimen de ultraactividad el convenio dejará de estar vigente.

Sobre este segundo momento se viene a establecer de nuevo otra doble previsión.

De un lado, como hemos comentado, a fin de crear una regla con la que evitar el vacío convencional que se produce en tales situaciones, se establece una norma de cobertura de dicho vacío de modo que en tales supuestos será aplicable el convenio colectivo de ámbito superior, siempre que lo hubiere (art. 86.3.4º, *in fine*, ET).

De otro lado, el art. 86.3.3º ET introduce un medio autónomo de solución de conflictos a los que acudir una vez que se ha superado y agotado el plazo máximo para alcanzar un acuerdo, creando un complejo mecanismo en el que destaca especialmente la voluntad del legislador de que el arbitraje se conforme con un carácter obligatorio. Y ello es así por más que se establezca, de un lado, la obligación de que por acuerdos interprofesionales estatales y autonómicos se creen tales procedimientos de solución, y, de otro, se deje, como no podía ser de otro modo, plena libertad a los sujetos negociadores de tales acuerdos de configurar el alcance de tales medios. Si se analiza tal previsión, no deja de asombrar el ejercicio de un doble lenguaje legislativo que lleva a establecer una presunción por la que se posibilita el carácter obligatorio a las partes de someterse a un procedimiento arbitral, y no decir de manera explícita que esa es la opción legislativa a fin de evitar las posibles tachas de inconstitucionalidad.

Sin embargo, aun la aparente simplicidad de la norma, son múltiples los problemas aplicativos que se plantean, algunos de los cuales, sumariamente, se podrían agrupar en los siguientes.

En primer lugar, respecto del momento en el que se pueda producir la disposición por las partes del régimen subsidiario de vigencia prorrogada tras la denuncia del convenio colectivo, planteándose que el mencionado pacto se pueda materializar tanto después de la denuncia, como con carácter previo a ésta –con las diferentes variables en el tiempo que se pueda pensar en tales casos–.

En segundo lugar, se ha suscitado la cuestión acerca de si la posibilidad de regular los términos de la ultraactividad del convenio colectivo se ciñe únicamente a la unidad de negociación cuyo convenio ha expirado en su duración –inicial o prorrogada–, o si cabe que unidades de negociación de niveles superiores –sectoriales o intersectoriales– puedan regular esta materia.

Otro tema es el del convenio colectivo aplicable en el supuesto de la pérdida de vigencia definitiva del convenio colectivo denunciado y no sustituido por la negociación de otro convenio o por haberse dictado un laudo arbitral. La norma establece que el convenio colectivo será el del ámbito superior, sin embargo, no establece a qué se está refiriendo con ello: si el ámbito superior es el funcional, el territorial, o a ambos a la vez.

Además, dentro de este mismo bloque de interrogantes, nada se establece acerca de qué solución se ha de adoptar cuando se produzca un caso de pluralidad de convenios colectivos superiores aplicables.

Igualmente, no se prevé nada sobre el problema que se plantea cuando no existe un convenio colectivo de ámbito superior, lo que determina la necesidad de establecerse un régimen regulador específico para las relaciones laborales que quedan sin marco jurídico de referencia tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

En cuarto lugar, se ha interrogado sobre el alcance que esta previsión pueda tener respecto de los convenios colectivos vigentes –en ultraactividad o no- con anterioridad a la mencionada reforma de 2012. Este se ha convertido en uno de los ejes del debate jurídico doctrinal y judicial que se ha dado respecto de esta reforma laboral, en tanto que se ha discutido y se han formulado una diversidad de posturas acerca de si cabe aceptarse o no la validez de las cláusulas convencionales en las que se hacían previsiones específicas sobre la ultraactividad del convenio colectivo una vez que se ha denunciado válidamente.

Y, ligado a ello, se ha planteado qué ocurre con los convenios que a la entrada en vigor de la Ley 3/2012 se encontraban vigentes, prorrogados en su vigencia conforme al régimen legal aplicable en ese momento, y que no preveían nada respecto de la ultraactividad del convenio colectivo. En tal sentido, surge el interrogante de qué ocurre si cuando la regla legal subsidiaria, esto es, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, no cabe, bien porque no exista, o bien porque este convenio no aborda todos los contenidos previstos en el convenio colectivo vencido, lo cual conlleva un problema de integración de vacíos de regulación.

Muchos son pues los interrogantes que se han producido en relación a esta nueva regulación sobre la denuncia y la ultraactividad de los convenios colectivos. Buena parte de ellos aún en estado “abierto” de discusión y debate.

4. CLAVES DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO DE LA COMPRESIÓN DE LA REFORMA LEGISLATIVA EN MATERIA DE VIGENCIA Y ULTRAATIVIDAD DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Las resoluciones judiciales que hasta el momento se han producido en esta materia se pueden agrupar en razón a diferentes órdenes de cuestiones sobre las que han tenido ocasión de pronunciarse:

En primer lugar, encontramos con un importante conjunto de sentencias que resuelven la cuestión acerca de si en el “pacto en contrario” al que se refiere el art. 86.3.4º ET estaría incluidas las cláusulas de los convenios colectivos que negociados previamente a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, valorando, en consecuencia, el alcance jurídico de tales previsiones convencionales.

En tal sentido, se ha de partir de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 23 de julio de 2013, que reconoce la plena viabilidad jurídica de las mismas en orden a los siguientes elementos interpretativos:

La regla de la ultraactividad limitada no es absoluta ni imperativa, ni se adjetiva en función del momento de conclusión del “pacto en contrario” que impide el juego de la regla legal subsidiaria.

La Disposición Transitoria 4ª de la Ley 3/2012, no es más que una norma de derecho transitorio que fija el *dies a quo* del plazo de un año contemplado en el art. 86.3.4º ET.

El legislador no ha pretendido regular acerca de la validez de los pactos previos a la Ley 3/2012, puesto que si así lo hubiera pretendido, lo habría hecho de forma expresa.

En cualquier caso, la respuesta jurídica exige un análisis de la concreta cláusula de ultraactividad.

Esta línea argumental ha sido seguida por la práctica totalidad de los pronunciamientos judiciales que se han producido hasta la fecha², sólo habiéndose producido en alguna ocasión la oposición a la misma mediante la emisión de voto particular por parte de un magistrado.

De otro lado, encontramos otras sentencias (entre otras, las STSJ País Vasco de 19 y 26 de noviembre de 2013) cuya cuestión litigiosa a resolver es la de determinar si, una vez concluido el período de ultraactividad del convenio colectivo aplicable a la empresa, las condiciones previstas en el mismo se incorporan, de manera automática, a los contratos de trabajo de su personal, y deben prevalecer sobre las condiciones -menos ventajosas- establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior, así como determinar si la decisión de modificación sustancial de las

² Entre otras, SJS nº 5 Vigo, de 29 de agosto de 2013, SJS nº 3 de Jaén, de 30 de septiembre de 2013, SJS nº 7 Bilbao, de 8 de octubre de 2013, SJS nº 3 de León, de 16 de octubre de 2013, STSJ Murcia, de 28 de octubre de 2013, STSJ Madrid, de 18 de noviembre de 2013, SAN, de 9 de noviembre de 2013, STSJ País Vasco, de 19 de noviembre de 2013, o más recientemente, STSJ Cataluña de 12 de diciembre de 2013, o SJS nº 6 Bilbao, de 10 de enero de 2014.

condiciones de trabajo adoptada por la empresa está viciada de nulidad por no haber seguido el procedimiento previsto en el art. 41 ET. Es importante destacar que lo novedoso de estas resoluciones judiciales es que tratan sobre una cuestión que no se había suscitado en el anterior grupo de sentencias que trataron acerca del alcance del art. 86.3 ET en materia de ultraactividad. En concreto, estamos ante convenios colectivos que no contienen previsión de ultraactividad, lo que lleva a que se centre el debate sobre si es conforme o no a derecho la decisión de la empresa de aplicar dicho precepto, y, como consecuencia de ello, determinar cuál es el marco jurídico aplicable a las relaciones laborales mantenidas en dicha empresa.

En tal sentido, el Tribunal procede a identificar si, tal como prevé el art. 86.3 ET, existe convenio colectivo de ámbito superior aplicable a la empresa, lo cual sí se da, pero, de seguido advierte que en tanto que hay materias o contenidos del convenio vencido que no encuentran regulación en el convenio de ámbito superior, se ha de determinar cuál es el marco normativo aplicable en tal caso: las previsiones del ET; la vigencia “sine die” el convenio decaído; o la vigencia temporal acotada de determinadas cláusulas del convenio colectivo provincial decaído.

Pues bien, se falla en el sentido de afirmar el derecho de los trabajadores a conservar las condiciones que tenían reconocidas en el convenio colectivo vencido, excluidas las materias reguladas en el convenio de ámbito superior.

Otras resoluciones judiciales han resuelto la cuestión de un convenio colectivo denunciado y respecto del cual no existe previsión alguna en materia de ultraactividad, no estando en curso un proceso de negociación colectiva que lo sustituya, ni existe convenio colectivo superior aplicable (entre ellas, STSJ Cataluña de 13 de junio de 2014), para las cuales se debe aplicar la conocida como la “tesis de la contractualización” que supone que las condiciones de trabajo reguladas por aquél no se tienen por caducadas en su totalidad, sino que lo que se ha de entender es que procede la aplicación *sine die*, en tanto que se considera que se ha incorporado en su totalidad y de manera automática a los contratos de trabajo de los trabajadores. No obstante, sí que se ha de destacar que se han producido fallos judiciales (en concreto, la mencionada STSJ Cataluña de 13 de junio de 2014) en los que tal tesis de contractualización de las previsiones colectivas se liga a la misma existencia de una cláusula contractual por la que se hace una específica llamada a las condiciones laborales que vengan establecidas en el convenio colectivo aplicable (la conocida cláusula de “*según convenio*”), lo cual lleva –a juicio del juzgador– a una integración de la regulación colectiva en el contrato de trabajo.

E, igualmente, también han tenido ocasión de pronunciarse los Tribunales sobre qué ha de entenderse por la referencia legal que realiza el art. 86.3.4º, *in fine*, del ET, al “*convenio de ámbito superior*” (SAN de 31 de marzo de 2014 y 4 de

septiembre de 2014). Y así, de un lado, el Tribunal entiende que tal previsión exige que el convenio cuya aplicación se pretende por cumplir el tipo normativo previsto ha de incluir de manera precisa dentro de su ámbito de aplicación la totalidad o parte de las relaciones laborales que venían cubiertas por el convenio colectivo que pierde su vigencia, lo cual desecha interpretaciones que consideraran que “ámbito superior” también incluiría supuestos de superioridades funcionales ligadas a clasificaciones económicas; y, de otro, se considera que para fijar la relación de superioridad a la que hace mención tal precepto no hay que atender a la relación del convenio cuya decadencia se ha producido con el llamado por el legislador a sustituirle, sino con el conjunto de todos los convenios que eventualmente fueren aplicables en el caso de que existan estos; o sea, tal superioridad del ámbito no se refiere a la relación entre el convenio denunciado y el vigente que se pretende aplicar, sino que tal relación se produciría sobre todos los posibles convenios colectivos aplicables por incluir dentro de su ámbito la totalidad o parte de las relaciones laborales que venían reguladas por el convenio colectivo que ha perdido la vigencia, produciéndose una concurrencia conflictiva entre ellos que se habrá de solventar no con la aplicación de lo previsto en el art. 84.1 ET –el primero en el tiempo-, sino con el que ostente el ámbito de aplicación mayor –lo que implica una centralización de los ámbitos negociales-.

5. EL DIFÍCIL ACOMODO DE LAS PREVISIONES LEGALES EN MATERIA DE ULTRAACTIVIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como se ha podido comprobar, la articulación legal de la institución de la ultraactividad y la eventual pérdida de vigencia del convenio vencido y no sustituido por otro, conlleva una serie de efectos jurídicos de un calado de tal magnitud que provoca una más que reseñable inseguridad jurídica sobre las relaciones laborales y las condiciones de trabajo. Y ello cuando se está en presencia de una Administración Pública con la condición de empleadora, tales riesgos se incrementan, por cuanto para éstas la viabilidad jurídica de los eventuales objetivos de política-jurídica que se pretenden alcanzar con la nueva previsión legal –eliminación de las rigideces que la misma producía sobre la organización del trabajo, del papel que venía desarrollando como instrumento que provocaba la inflación de los costos laborales, o que imposibilitaba la evolución y adaptación de los contenidos de la negociación colectiva-, no son ni tan obvios, ni tan realizables como lo podrían ser para las empresas.

Así, si una de las tachas de nula practicidad, desde un punto de vista de gestión y organización empresarial de las relaciones laborales, que se le achacaba a tal previsión legal era la de que por más que el convenio colectivo vencido provocase un vacío jurídico que motivara un notable incremento de los poderes organizativos

unilaterales del empleador, sin embargo, con tal situación se verían afectadas materias tales como la clasificación profesional, o el régimen disciplinario que no pueden entenderse sino como elementos centrales para una eficaz y eficiente gestión de las relaciones laborales en las organizaciones productivas. Y si ello se traslada al ámbito de la Administración Pública, la problemática jurídica que esta situación plantea es aún mayor, dado el carácter reglado que se exige en su actuación, lo cual determina la necesidad de que en todo caso se cuente con normas determinadas y precisas conforme a las que se debe actuar. Y en ello juega un papel central la negociación colectiva, proveyendo de un marco regulador preciso y concreto para la gestión del personal empleado al servicio de tales Administraciones Públicas³.

Y, en tal sentido, de imposible aplicación se puede afirmar que es el diseño legal que se establece para con la institución de la ultraactividad si estamos en presencia de una Administración Pública en condición de empleadora, y ello por cuanto que, entre otras situaciones, al no existir como regla general convenios colectivos sectoriales en el ámbito de la Administración Pública, los vacíos que provocarían la pérdida de vigencia de un convenio vencido y no renovado no pueden cubrirse con la regla alternativa de cobertura prevista legalmente en el art. 86.3.4º, in fine, del ET; o bien, qué solución se podría aportar al régimen de vigencia y ultraactividad de los acuerdos mixtos en los que están agrupados el personal laboral y funcionarial de una misma Administración, sabiendo que para los primeros el régimen legal aplicable es el del art. 86.3 ET, y para los segundos es el del art. 38 EBEP, existiendo notables diferencias entre ambas; además, la hipótesis de que en los supuestos de pérdida de vigencia del convenio colectivo se pudiera aplicar el principio de condición más beneficiosa adquirida de carácter colectivo para la pervivencia de los mismos, tiene un difícil engarce en el ámbito de la Administración Pública puesto que tal mecanismo de consolidación de las condiciones más beneficiosas se sustenta sobre la vía de decisiones unilaterales discrecionales del empleador que presenta una elevada dificultad de articulación cuando el empleador tiene la condición de Administración Pública.

6. PRÁCTICAS CONVENCIONALES EN LA MATERIA Y PRO- PUUESTAS NEGOCIALES

Por último, es interesante analizar las previsiones negociales que se pueden detectar en los convenios colectivos suscritos por las Administraciones Públicas hasta el momento en esta materia. Así se puede apreciar diferentes previsiones sobre ello:

- Convenios colectivos que establecen cláusulas de ultraactividad indefinida hasta tanto sea sustituido por un nuevo convenio colectivo, diferenciándose a

³ Vid. Cruz Villalón, J.: "El descuelgue...", op. cit., pág. 43.

su vez entre los negociados antes de la entrada en vigor de la reforma laboral que afectó al contenido del art. 86.3.4º ET⁴, y los pactados con posterioridad a la misma⁵.

- Convenios colectivos que establecen que tras la denuncia se producirá la pérdida de vigencia del mismo⁶.
- Convenios colectivos que nada establecen sobre esta materia⁷.

Como se puede observar, en esta materia la negociación colectiva que se materializa en las Administraciones Públicas es mucho menos rica y variada que la presente en el ámbito de la empresa privada, lo cual se pone de relieve en el hecho de no encontrarse previsiones tales como convenios colectivos que se remiten⁸ o bien que vienen a trasponer la regulación legal en la materia sin apartarse de los límites temporales previstos⁹; convenios colectivos que establecen plazos temporales de ultraactividad diferentes a los previstos legalmente, bien reduciéndolo¹⁰, o bien ampliando el mismo¹¹; convenios colectivos que establecen soluciones previas a la pérdida de vigencia que se prevé en el art. 86.3.4º ET, tales como el sometimiento a arbitraje obligatorio transcurrido un plazo temporal sin haberse alcanzado acuerdo que lo sustituya¹², o bien remitiendo al acuerdo de las partes para recurrir a los procedimientos de mediación o de arbitraje¹³.

Por último, se viene apreciando también una tendencia negocial de acuerdos colectivos en los que se viene a prever la prórroga de la ultraactividad de un concreto convenio colectivo¹⁴.

⁴ Así, entre otros, el CC del Ayuntamiento de Macael (BOP Almería 2/2/09); CC del Ayuntamiento de Cádiz (BOP Cádiz 18/6/08); CC de la Diputación de Cádiz (BOP Cádiz 23/7/08); CC del Ayuntamiento de Loja (BOP Granada 9/1/08); CC del Ayuntamiento de San Juan del Puerto (BOP Huelva 19/05/09).

⁵ CC del Ayuntamiento de Baeza (BOP Jaén 9/10/14); CC del Ayuntamiento de Valverde del Camino (BOP Huelva 22/10/12); CC del Ayuntamiento de Peñarroya-Pueblonuevo (BOP Córdoba 9/7/14); CC del Ayuntamiento de Bollullos del Condado (BOP Huelva 30/12/11); CC del Ayuntamiento de Almería (BOP Almería de 21/8/13); CC para el personal laboral de la Diputación Provincial de Sevilla (BOP Sevilla 7/8/13).

⁶ Acuerdo mixto de condiciones de trabajo del personal al servicio de la Diputación de Huelva (BOP Huelva 5/6/14).

⁷ CC de la Diputación de Almería (BOP Almería 24/9/12).

⁸ CC empresa EUTRASUR, SLU (BOJA 21/6/13).

⁹ Así, CC Danone, SA (BOE 29/0/12).

¹⁰ CC empresa José Manuel Pascual Pascual, SA (BOJA 18/9/13).

¹¹ CC de empresa para el personal laboral al servicio de la Orquesta Ciudad de Málaga (BOJA 3/12/13); CC del personal del servicio de limpieza de los centros incluidos en el Área Sanitaria Norte de Málaga (BOJA 4/12/13).

¹² CC sector de la madera (BOE 2/11/12).

¹³ CC estatal del sector de reforma juvenil y protección de menores (BOE 27/11/12); CC estatal para la industria de fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE 22/11/12).

¹⁴ Acuerdo de prórroga del VI CC personal laboral de la administración de la Junta de Andalucía (BOJA 23/7/14); Acuerdo de prórroga del CC del Ayuntamiento de Albolote (BOP Granada 3/6/14).

Respecto de las posibles recomendaciones que se pueden realizar en relación a la regulación convencional del régimen de ultraactividad de los convenios colectivos, y remarcando la prevalencia que en esta materia reconoce la norma a la autonomía colectiva de las partes negociadoras, es importante tomar en consideración que la redacción de las cláusulas se conforma en el momento presente como un factor clave para determinar el futuro de la vigencia del convenio, debiendo cuidarse los contenidos de la cláusula y evitar meras remisiones a la norma, o meras reproducciones de la ley, así como descartar la firma de convenios sin un claro régimen de ultraactividad.

Entre las posibles propuestas de acción negociadora que cabrían adoptarse en la materia, entre otras podríamos destacar:

De aceptar un régimen temporal de ultraactividad, establecer límites temporales amplios, para todo el convenio o por materias, y prever cuál será el convenio colectivo aplicable en el supuesto de perder vigencia el convenio que se renueva, e incorporar cláusulas de vinculación de lo acordado a la totalidad.

Ante bloqueos y negativas empresariales a la negociación, adoptar una estrategia activa de negociación: practicar requerimientos expresos, formulando propuestas y alternativas por escrito, intercambiando información; desarrollo de medidas de presión; recurso a los sistemas autónomos de solución de conflictos; demanda de conflicto colectivo; instando la prolongación de la vigencia mientras se negocia el nuevo convenio; responder a prácticas abusivas, de fraude y atentatorias a la buena fe negocial.

Desde la pérdida de la ultraactividad intentar pactar la prolongación de la vigencia del convenio, hacer un seguimiento de las prácticas empresariales, pactar el régimen aplicable tras la pérdida de vigencia, y la incorporación de las condiciones de trabajo a los contratos, e instar judicialmente la aplicación del convenio o atacar a la vulneración del derecho a la negociación colectiva.

Pactar vigencias prolongadas en el caso de materias que precisan de una regulación que debe mantenerse en el tiempo por encima de la coyuntura económica.

Impedir que el plazo legal de un año se compute desde la denuncia, sino desde la fecha de terminación inicial de la duración del convenio.

**EL CONTENIDO DE LOS CONVENIOS
COLECTIVOS DEL PERSONAL
LABORAL AL SERVICIO DE LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Raquel Vida Fernández
Profesora Colaboradora
Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. CONFIGURACIÓN DEL PARTICULAR DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES ANTES DEL EBEP**
- 3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL A PARTIR DEL EBEP**
- 4. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
 - 4.1. Los límites al contenido normativo de los Convenios Colectivos después del EBEP.**
 - 4.2. Las materias de obligada inclusión en la negociación colectiva conforme con el artículo 37.1 EBEP.**
 - 4.3 Referencia al ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones (art. 36.3 EBEP).**
- 5. BIBLIOGRAFÍA**

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008, que introdujo en nuestro ordenamiento el entonces novedoso Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP), supuso la *“integración de principios y normas esenciales, en un mismo texto legal, aplicables a todos los empleados públicos, ya tengan la condición de funcionarios o de contratados laborales”* (propuesta manifestada en tales términos por el Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP, abril 2005).

Esta norma es una manifestación más del progresivo proceso de aproximación de los regímenes jurídicos de funcionarios y personal laboral, que realmente ya fue iniciado con la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LRPF), y que progresivamente ha venido reflejándose en distintas disposiciones legales y reglamentarias, y en la jurisprudencia.

Así, el EBEP pretende instituirse como la norma que *“establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público”*, y *“aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas”* que entran en su ámbito de aplicación (que directa o indirectamente son casi todas), y *“las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”* (Exposición de Motivos, párrafo segundo).

El resultado es el reconocimiento tácito de la Relación Laboral Especial del personal laboral al servicio de las Administraciones, puesto que el artículo 7 del EBEP señala que este tipo de empleado público *“se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”*. De tal forma que todos los preceptos del EBEP en los que se hace referencia a *“empleados públicos”* en término genérico, así como aquellos en los que expresamente se hace referencia al personal laboral, será de aplicación directa a éstos, siendo por tanto de aplicación supletoria en todo lo demás la legislación laboral común.

De esta forma se regulariza una realidad práctica que existía antes del EBEP, -si bien de forma desordenada y con la consiguiente inseguridad jurídica,- que era la aplicación modalizada del derecho del trabajo al personal laboral de las Administraciones, que veían, en numerosos aspectos, limitado legal y jurisprudencialmente el contenido de su relación laboral por las exigencias derivadas de los principios propios del Derecho Público, y definitivamente se supera aquella afirmación que contenía el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), que durante mucho tiempo fue la referencia en esta materia, según el cual los laborales en la Administración se regirían *“de acuerdo con la legislación laboral, que les será aplicable plenamente”*.

2. CONFIGURACIÓN DEL PARTICULAR DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES ANTES DEL EBEP

El derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública española es una cuestión especialmente controvertida desde que se introdujo su regulación en nuestro ordenamiento. El hecho es que estamos ante un derecho colectivo de origen laboral que se incorpora a un ámbito que históricamente le es ajeno, y que se encuentra con límites predeterminados, inexistentes en la realidad laboral del sector privado. Esto supone que, sea laboral o funcionario el personal al que se refiera, su desarrollo no puede ser idéntico al que se produce en el ámbito de las relaciones laborales ordinarias, constituyéndose como un derecho modalizado frente al modelo del ordenamiento laboral del que emana, pero sin olvidar que pese a las particularidades necesarias del derecho de negociación en las Administraciones, la norma que lo regula no puede establecer límites indiscriminados, ni abusivos. De hecho, cada particularidad en la regulación de este derecho debe ajustarse a la debida proporcionalidad y equilibrio entre intereses, y excepcionales deben ser las limitaciones, puesto que en caso contrario sería inconstitucional por vulnerar el artículo 28.2 CE.

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en el sector público pasó a ser una realidad en nuestro ordenamiento, -como no podía ser de otra forma-, al amparo de los Convenios 151 y 154 de la O.I.T. y la Carta Social Europea-, con la aprobación de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que trata de forma unitaria la libertad sindical de laborales y funcionarios públicos, y posteriormente la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación y Participación en la determinación de las condiciones de trabajo en la Administración Pública, (LORAP), que abrió definitivamente los cauces a los derechos de participación de los funcionarios en el sector público, y que se consolida con su posterior reforma por Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de condiciones de trabajo de los empleados públicos, y la Ley 18/1994, que hicieron aún más eficaz el reconocimiento de dicho derecho.

En su configuración fue clave el papel del Tribunal Constitucional, que desde sus primeras interpretaciones jurisprudenciales sobre la materia (STC 57/1982, de 27 de julio, STC 73/1984, STC 98/1985), insistía en el hecho de que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva en el ámbito del empleo público español existía distinto fundamento constitucional y legal dependiendo de si nos referimos al personal laboral de las Administraciones, (que sí encuentran su fundamento en el artículo 37.1 del Constitución y su desarrollo en el Título III del Estatuto de los Trabajadores), o al funcional, que no se produce por remisión expresa de los artículos 37.1 y 28.1 de la Constitución de 1978, sino por su “configuración legal” (STC 57/1982, de 27 de julio).

Así pues, originariamente la regulación de éste derecho para funcionarios y laborales era absolutamente diferenciado, rigiéndose el personal laboral de las Administraciones, al menos formalmente, conforme a la aceptación de que le era de plena aplicación la legislación laboral común. Si bien, las evidentes particularidades derivadas del respeto a los principios constitucionales que afectan a las Administraciones, evidenciaron desde el principio que, a pesar de no existir regulación particular al respecto, la negociación colectiva laboral con la Administración como empleador precisaba de limitaciones en su ejercicio, (igual que sucede en otros aspectos clave, como el acceso al empleo público de los laborales). Esto llevó a que, vía jurisprudencial, pronto se matizase que el derecho laboral común no podía aplicarse de forma automática en el ámbito de la Administración, (STS 8/07/1992, 14 de 07/1993).

Otro elemento que determina las especificidades que conforman el derecho de negociación colectiva en el sector público, se introdujo con la Ley 44/1983, de Presupuestos Generales del Estado, momento en que se produce un punto de inflexión que evidencia la diferencia del contenido de este derecho, puesto que se dio el paso de limitar la masa salarial del personal laboral, fundamentando dicha medida en la contención del gasto, y en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad. Desde ese momento, en todas las Leyes de Presupuestos se marca la limitación del contenido económico de la negociación colectiva del personal laboral, evidenciándose la primacía de los intereses públicos frente a los intereses de clase de los laborales de la Administración, circunstancia que avaló el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia afirmando que el límite retributivo del personal al servicio de la Administración no vulneraba el artículo 37.1 de la Constitución (por todas, STC 815/1985, STC 858/1985, STC 96/1990, de 24 de mayo: *“la extensión del citado límite retributivo al personal laboral al servicio de la Administración no vulnera el principio de igualdad ante la Ley que se reconoce en el art. 14 CE, en relación con el 37.1 de la misma...la justificación de un régimen salarial y negociación diferentes...radica en los evidentes rasgos diferenciadores existentes entre la Administración o una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancia que permite modular el derecho a la negociación colectiva”*).

3. CONFIGURACIÓN DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL A PARTIR DEL EBEP

Como hemos visto, el derecho colectivo laboral a la negociación colectiva del personal con contrato de trabajo en las Administraciones constituía, desde antes de la aparición del EBEP, uno de los ámbitos que se veían afectados por la existencia de las mencionadas particularidades y limitaciones frente a lo regulado en la norma laboral común, viéndose condicionado por los mismos límites constitucionales que afectan a los funcionarios [basados en el principio de legalidad de actuación administrativa (artículos 9.3 y 106 de la Constitución), y el deber de realizarse con sometimiento total a la ley y al derecho (art. 103.1 CE)].

En esta materia, la nueva regulación que introduce el EBEP pretende ser ante todo, un instrumento ordenador de lo que ya existía de facto, expresando el propio legislador que con esta norma se intenta “*clarificar los principios, contenido, efectos y límites de la negociación colectiva, y mejorar su articulación a la vista de la experiencia y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo*” (Exposición de Motivos).

Así el EBEP reconoce a todos los empleados públicos en su artículo 15 los derechos de acción colectiva, (derechos individuales de ejercicio colectivo), pero si bien la regulación de la libertad sindical, el derecho de huelga y el derecho de reunión es común en el grueso de su contenido para funcionarios y personal laboral, en cambio el derecho a la negociación colectiva cuenta con un régimen jurídico diferenciado para cada uno de estos tipos de trabajadores, que queda reflejado en la regulación específica del derecho previsto en el Capítulo IV del Título III (artículos 31 a 38), -siendo la mayoría de ellos relativos al personal funcionario, aunque algunas cláusulas se definen como comunes a ambos tipos de personal, y otras plantean dudas como luego comentaremos-.

La postura del EBEP en relación a esta materia queda reflejada en el artículo 31.1 del EBEP que reconoce el derecho de “*los empleados públicos a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo*”, y define la negociación colectiva como “*el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública*”.

Si bien en el artículo 32 del EBEP, en relación al derecho de negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones, se opta por remitir en cuanto a su contenido a la regulación prevista en el Título III del Estatuto de los Trabajadores en esta materia, pero matizando que la norma laboral común se aplicara: “*sin perjuicio de los preceptos de este capítulo IV del EBEP que expresamente le son de aplicación*” (art. 32 EBEP). Así pues, el personal laboral verá regulado su derecho a la negociación colectiva según lo previsto en la norma laboral común, (artículos 82 a 92 E.T.), que funciona para éstos como regulación base, a salvo de los aspectos concretos que en el ejercicio de este derecho determine el EBEP. De esta forma -como sucede en otros muchos aspectos de esta particular relación laboral especial-, el legislador busca adaptar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva a las exigencias particulares del ámbito público en el que se desarrollan estos vínculos laborales, aunque, como veremos, surgen lógicos problemas al aplicar en el ámbito de las Administraciones una regulación pensada para la realidad de las empresas privadas, -circunstancia que se habría evitado con una regulación *ad hoc* de esta materia por el EBEP-.

Las principales especificidades, y consecuentemente principal fuente de problemas, que presenta el derecho a la negociación colectiva frente al derecho laboral común, afectan a aspectos como: las materias objeto de negociación, unidades de negociación, la legitimación para negociar, la vigencia temporal y el procedimiento negociador. En esta comunicación nos centraremos en la problemática relativa a la nueva regulación del contenido de los convenios colectivos que afectan al personal laboral de las Administraciones, por constituir una de las cuestiones clave que delimitan la especial naturaleza del propio derecho de negociación colectiva de estos empleados públicos.

4. LAS MATERIAS OBJETO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA PARA EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

4.1. Los límites al contenido normativo de los Convenios Colectivos después del EBEP.

Las limitaciones en relación a las materias que pueden ser o no, objeto de negociación constituyen una de las características especiales propias de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración. En este sentido, antes del EBEP los artículos 32 y 37 en la Ley 9/87 (LORAP) delimitaban el contenido de la negociación colectiva para los funcionarios públicos, si bien lo hacía de forma imprecisa y confusa, lo que requirió la constante intervención judicial, con doctrina contradictoria y restrictiva.

En relación al personal laboral, antes de la entrada en vigor del EBEP, se aceptaba que en cuanto al contenido normativo de los convenios colectivos de estos trabajadores, era de aplicación el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, si bien con las singularidades derivadas del carácter público del empleador. Estas limitaciones legales y reglamentarias al contenido de los convenios afectaron principalmente a los límites relativos a los incrementos salariales de las Leyes Presupuestarias en el marco de las políticas de rentas, los límites al establecimiento de sistemas de previsión social complementaria con fondos públicos, y diversas limitaciones derivadas de normas concretas como la Ley 53/1984, de Incompatibilidades, o la LRPF que hacía referencia expresa a los laborales en materia de racionalización de plantillas (art. 28), oferta de empleo público (art. 12), sistema de valoración de puestos (art. 15), y selección de personal (art. 19.1). Así pues, las limitaciones en cuanto al contenido de los convenios colectivos en el sector público ha afectado siempre al derecho de negociación colectiva de funcionarios, y laborales, -aunque en diferente medida y con distinta regulación-.

En relación a este particular, el EBEP hace expresa referencia en su Exposición de Motivos, a las materias que puedan ser objeto de negociación en el ámbito de las Administraciones, destacando que en la nueva norma se *“definen, con mayor precisión que la legislación hasta ahora vigente, las materias que han de ser objeto de negociación y las que quedan excluidas...”*. Efectivamente el artículo 37 del EBEP, bajo el título de *“materias objeto de negociación”*, enumera las que *“serán objeto de negociación”* y las que quedan fuera del ámbito negocial, intentando acotar el contenido posible en el ámbito de la negociación colectiva de las Administraciones Públicas, pero a la vez utilizando una fórmula amplia y no siempre precisa, con los consiguientes problemas de interpretación, que seguidamente trataremos.

4.2. Las materias de obligada inclusión en la negociación colectiva conforme con el artículo 37.1 EBEP.

El primer problema interpretativo que surge en relación al artículo 37 del EBEP afecta a las dudas sobre la aplicabilidad o no, del precepto al personal laboral, porque el legislador en este caso no concreta si el contenido del artículo va dirigido a todos los empleados públicos, o solo al personal funcionario.

Pues bien, la doctrina mayoritaria se inclina por la aplicación de estos límites también al personal laboral, dado que siguiendo la regla de juego que marca el propio legislador del EBEP, referente a la concreción en cada caso del personal al que se refiere la regulación que contiene, en este artículo al no hacer referencia de a quién va dirigido, debe interpretarse como común para funcionarios y laborales (empleados público). En segundo lugar porque el objetivo que marca el EBEP es, como ya señalamos, la delimitación de un ámbito de negociación colectiva general en la medida de lo posible, reconociendo de hecho la eficacia de la negociación conjunta de los empleados públicos.

Una vez aceptada la aplicación del artículo al personal laboral, hay que decir que, no obstante, el contenido abierto en materia de negociación que marca el artículo 85.1 ET, es en realidad equivalente, y en ningún caso contrapuesto, a la lista que marca el art. 37.1 EBEP, que realmente abarca casi todas los aspectos relativos a las condiciones de trabajo, aunque con los matices que pasamos a tratar.

En concreto, el apartado primero del artículo 37 señala las materias objeto de negociación en las Administraciones, si bien con carácter previo a analizar dicho contenido hemos de detenernos en una importante referencia que el legislador hace a lo que constituirá el primer elemento delimitador –y limitador- del contenido de la negociación en este ámbito. Así, dice: *“serán objeto de negociación dentro de su ámbito respectivo, y en relación con las competencias de cada Administración Pública”*, y con esta puntualización inicial ya se condiciona lo que se podrá

negociar en cada mesa dependiendo de las competencias que tengan atribuidas cada Administración conforme con la legislación sustantiva de la función pública que determina en cada caso las materias que son competencia de cada Administración, y a su vez al reparto de competencias entre las diferentes mesas en cada Administración (Mesa General de las Administraciones, Mesa General Común, Mesas Generales y Mesas Sectoriales). Esto se traduce en una restricción clara del contenido de la negociación colectiva del personal de las autonomías, y la Administración Local, puesto que muchos aspectos de sus condiciones de trabajo se deciden por unas Mesas de negociación en las que no están representados.

Las materias concretas previstas en el precepto pueden ser resumidas, *grosso modo*, en aquellas que afecten a las condiciones de trabajo, protección social y al ámbito de las relaciones de los empleados públicos, y sus organizaciones sindicales con la Administración.

En todo caso, hay que incidir en dos aspectos clave de este apartado primero del art. 37 EBEP

Primero, que el legislador con este precepto determina la obligatoriedad en cuanto a las materias y condiciones de trabajo que se sacan del ámbito de la decisión unilateral de las Administraciones, y se trasladan preceptivamente al ámbito de la negociación entre sindicatos y Administración empleadora, de tal forma que serán nulos los actos administrativos que se dicten desatendiendo el proceso negocial en relación a estas materias, (STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 2008). Esta fórmula es equivalente a la que se utilizaba en el artículo 32 de la LORAP, y en este sentido nos sirve como referencia la jurisprudencia que matizó en relación a esa fórmula imperativa, que hacía referencia a la exigencia de negociación, considerando que con ella el legislador impone lo que es materia de negociación, pero lógicamente no se traduce en el obligatorio acuerdo al respecto (STS de 10 de noviembre de 1994).

Segundo, que pese a su apariencia, no se trata de una lista cerrada y exclusiva en cuanto a la determinación del contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos, puesto que en otros artículos del propio EBEP se señalan materias que podrán ser objeto de negociación colectiva, (así sucede con el artículo 61 a los sistemas selectivos y el art. 83 EBEP relativo a la movilidad del personal laboral, -ambos con indicación de ciertos aspectos negociables-, o el Plan de Igualdad referido en la Disposición Adicional octava).

En realidad el problema en cuanto a la amplitud del contenido de la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones no reside tanto en la aplicación de las materias que se señalan como objeto de negociación, sino en las limitaciones que afectan al restringido derecho a la autonomía colectiva de los empleados

públicos, que deriva de los principios constitucionales como el de reserva de Ley, distribución de competencias, cobertura presupuestaria, -entre otros-, que actuarán siempre como límites característicos del ejercicio de éste derecho en tan particular ámbito, (de ahí la expresión que se utiliza al principio del artículo: “*serán objeto de negociación....., con el alcance que legalmente proceda en cada caso*”).

De hecho, como señala el profesor Sala al clasificar las materias objeto de negociación del personal laboral, realmente las materias que contarán con eficacia jurídica normativa directa y sin limitaciones a la hora de negociar son solo: la determinación del calendario laboral, jornada, vacaciones, permisos, movilidad funcional, y geográfica, los planes de previsión social complementaria, y las cuestiones negociables relativas a Prevención de Riesgos Laborales.

El resto de materias negociables tienen restricciones en mayor o menor medida. En concreto, algunas carecerán de eficacia jurídico-normativa directa por existir reserva de ley material, quedando mermada la autonomía negociadora de las partes, de tal forma que lo que se negocie será sólo a modo de propuesta política del contenido del Proyecto de Ley, (esto es, la denominada negociación prelegislativa o concertación). Así sucede con materias tan trascendentales como el incremento de retribuciones del personal incluido en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, o los que afecten a condiciones de trabajo y retribuciones cuya regulación exija norma legal.

Otras materias objeto de negociación tendrán eficacia jurídica directa, pero a nivel de propuesta (derechos sindicales y de participación); y por último, encontramos el importante grupo de materias cuya negociación goza de eficacia normativa directa, pero solo en lo referente a los “*criterios generales*” a los que deberán adecuarse aquellas iniciativas, y no en relación a la determinación concreta de los aspectos relacionados. Así sucede con la oferta de empleo público, el acceso al empleo público, sistema de clasificación de puestos de trabajo, carrera profesional, evaluación del desempeño, planes y fondos para la formación y la promoción interna, la acción social y la planificación estratégica de los recursos humanos en los aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

El problema en relación a este grupo reside en determinar el alcance que puedan tener la negociación de los “*criterios generales*”, sin que choquen con las facultades de la potestad administrativa de organización y los principios que rigen en el ámbito de la Administración.

En el caso del art. 37.1, c) y d), que prevé la negociación de “*las normas que fijen los criterios generales*” sobre acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación

de puestos, planificación de recursos humanos, y evaluación del desempeño, solo puede entenderse como negociación prelegislativa, en el caso de las normas con rango de ley, o bien a la negociación de normas reglamentarias que marquen esos criterios generales. En todo caso, parece claro que no podrá realizarse negociación sobre actos de aplicación de dichas normas. Así, por ejemplo, serán objeto de negociación los reglamentos de acceso, carrera y promoción, pero no podrán negociarse las convocatorias concretas y las bases de los procesos de selección, promoción y provisión que deben determinarse en base a criterios objetivos y en el marco de la legalidad, y dado que, en caso contrario, colisionaría con el artículo 37.2 e) EBEP, que excluye de la negociación la regulación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

Para completar el contenido positivo de la negociación en el ámbito de la Administración, -más allá del artículo 37 que como ya dijimos no es exclusivo ni excluyente-, hay que hacer mención al artículo 38. 4 y 5 EBEP que regula el contenido mínimo obligatorio de los Acuerdos o Pactos colectivos que se firmen en el sector de los funcionarios públicos, tomando como referencia el contenido mínimo de los Convenios Colectivos laborales.

En relación al contenido mínimo de los Convenios Colectivos de los laborales no se regula nada especial, de tal forma que será de aplicación directa el artículo 85.3 del Estatuto de los Trabajadores. Así pues, serán contenido mínimo de cualquier acuerdo resultado de la negociación colectiva en las Administraciones: La determinación de las partes que lo conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, procedimientos para la resolver conflictos ante la no aplicación de las condiciones de trabajo en base al artículo 82.3 ET, la forma y plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos. También será contenido mínimo la determinación de una Comisión Paritaria de seguimiento, debiendo establecerse su composición y funciones, debiendo señalar que en cuanto a la potestad de interpretación esta no será general, puesto que no se podrán someter a la Comisión cuestiones relativas a los contenidos negociados sobre los que exista reserva de Ley.

4.2. Materias excluidas de la obligatoriedad de negociación según el artículo 37.2 EBEP.

La segunda parte del artículo 37 EBEP marca las materias que “*quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación*”. Ciertamente, como han señalado algunos autores, al utilizar esta fórmula se plantea la duda de si se trata de una prohibición total en cuanto a las materias objeto de negociación, o si solo se trata de un grupo de materias que no tienen por qué ser objeto de debate en las mesas negociadoras. En el caso de las materias que por razón de orden público tienen reserva de Ley y no pueden ser objeto de negociación, la duda se resuelve sola,

pero en este apartado del artículo sucede como en el anterior; existen materias que a pesar de tener un núcleo básico innegociable admiten negociación en ciertos aspectos accesorios, y otras en las que podría admitirse la negociación de mutuo acuerdo.

De los cinco grupos de materias que se señalan como excluidas, y que afectan directamente a la negociación colectiva laboral, la primera hace referencia a las decisiones de las Administraciones “*que afecten a sus potestades de organización*”, así como “*los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica*” (apartado d), conforme con el principio de jerarquía y las facultades de autorganización de la Administración (art. 103.1 y 2 CE).

Las “*potestades de organización*” hay que entenderlas en su triple acepción, tal y como señalaba el informe de la Comisión de Expertos: “*poderes de estructuración de competencias, y órganos administrativos poder de elección de modalidades de gestión y poderes de dotación o asignación de medios y recursos*” (en este sentido STS Sala 3ª 9 de abril de 2014). No obstante, el propio legislador matiza el alcance de esta exclusión cuando establece que en aquellos supuestos en los que las decisiones de las Administraciones “*tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales*”.

De esta forma el legislador obliga a realizar una interpretación restrictiva de la exclusión para evitar neutralizar la efectividad de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo. La Comisión de Expertos recomendaba que en estos supuestos los sindicatos debieran tener “*derecho a ser consultados*”, pero no hablaba de negociación. En todo caso, la negociación se deberá referir a las pautas o líneas generales de actuación, y no a someter a negociación decisiones organizativas que no deberían de dejar de ser propias de la Administración negociadora.

En el caso de la negociación del personal laboral que no ve reconocido el derecho a la negociación en estos supuestos, considero que sí existiría en todo caso el deber de consulta. De hecho en ocasiones viene expresamente previsto en los Convenios de aplicación, y que en todo caso se podría reclamar en virtud del artículo 64 E.T., (STS Sala 3ª de 6 de mayo de 2013). No obstante, los Convenios Colectivos podrán acordar también el deber de negociación que el EBEP no reconoce a los laborales, (como, por ejemplo, hace el artículo 8 del III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado).

Evidentemente numerosas decisiones organizativas (cualquier modificación en la Relación de Puestos de Trabajo, u otros instrumentos similares), tendrán repercusión directa sobre condiciones de trabajo como carrera, horario, movilidad...

Pues bien, el problema de este deber de negociar reside en la dificultad de determinar qué puntos concretos serán negociables y cuáles no, si bien, según el literal de la norma, parece que se podrá negociar en relación a los aspectos laborales que se vean afectados, pero no en relación a la modificación de la opción organizativa por la que opte la Administración. En cualquier caso, como ya se indicó, considero que si no se lograra acuerdo en la negociación una vez llevada a efecto, la potestad de decisión final de la Administración no se vería afectada (sobre este particular STS Sala 3ª, de 6 de mayo de 2013).

En definitiva, para que esta excepción a la exclusión no suponga eliminar los principios constitucionales, los protagonistas de la negociación colectiva deberán ser cuidadosos con el difícil equilibrio entre el respeto de la autonomía colectiva e intereses generales, y los principios de legalidad y transparencia que en definitiva afecta a todos los ciudadanos a los que deben representar las Administraciones.

El segundo bloque excluido se refiere a la *“regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos,...y el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas”*. Esta es una exclusión sin matices, que encuentra su fundamento en el hecho de las negociaciones *“no pueden afectar a derechos e intereses de terceros ni al régimen general común de producción de las decisiones de las Administraciones Públicas por ser ésta una cuestión pública reservada a ley”* (informe Comisión de Expertos).

Sin embargo, hace tiempo que el papel como interlocutor socio-político que ejercen los sindicatos más representativos se traduce en el hecho de que, el que determinadas materias sean decididas unilateralmente por las Administraciones y se regulen por normas heterónomas no equivale a que queden fuera del ámbito de influencia de la autonomía colectiva, -de ahí la necesaria responsabilidad de los protagonistas de las relaciones laborales en las Administraciones a la que ya hice referencia-.

El apartado c) del art. 37.2 EBEP excluye las *“determinación de condiciones de trabajo del personal directivo”*. Esta exclusión es lógica y acorde con lo que sucede en el ámbito laboral que también excluye de la negociación colectiva a este especial tipo de trabajadores, por su proximidad a la propia figura del empleador.

El último grupo de materias que se excluyen afecta a *“la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”*, (pero como exclusión no absoluta, puesto que, como ya señalamos, el artículo 37.1 c) del EBEP sí prevé la negociación de los *“criterios generales”* en materia de acceso y carrera profesional).

Una vez más, el motivo de fondo reside en la repercusión de estas materias en derechos de los ciudadanos como es el de acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad del artículo 103.3 CE, que podrían verse vulnerados ante prioridades o intereses sindicales, (como por ejemplo en los procesos de estabilización del personal).

En cuanto a la carrera profesional, con esta reserva a la heteronomía se intenta evitar posibles discriminaciones entre los propios empleados públicos. El derecho a la promoción profesional se reconoce expresamente al personal laboral en el art. 19.2 EBEP, remitiéndose además para su regulación al Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos, si bien dada la previsión del art. 37.2, el papel de la negociación en este materia como en otras tantas, se limitará a los consabidos “criterios generales”, siempre dentro de los límites de la normativa básica de empleo público.

Esto mismo sucede con otras materias en las que el legislador remite su regulación a los Convenios Colectivos laborales, y que en algunos casos se encuentra con las consiguientes limitaciones propias del ámbito público, (esta remisión a la negociación colectiva laboral se produce con las retribuciones –art. 27-, la provisión de puestos y movilidad, -art. 83-, situaciones del personal laboral –art. 92-, y la tipificación de faltas y sanciones –art. 94.1, a-).

4.3 Referencia al ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones (art. 36.3 EBEP).

Con la aprobación del EBEP se introduce como importante novedad el reconocimiento formal de la posibilidad de desarrollar una negociación colectiva conjunta de los funcionarios y laborales al servicio de las Administraciones. El artículo 36.3 EBEP acepta la constitución de la Mesa General de Negociación en la Administración General del Estado, en cada Comunidad Autónoma, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales.

La previsión de Mesas de Negociación conjuntas existía ya en la LORAP, introducido por Ley 21/2006-, y lo que realmente hace el EBEP es legalizar lo que ya existía en la práctica, y que la jurisprudencia no terminaba de aceptar. El problema es que la regulación que hace el EBEP tiene enormes vacíos que generan problemas en su desarrollo. Así sucede precisamente con el contenido de la negociación conjunta que el EBEP no desarrolla. Esta circunstancia tiene como consecuencia la tendencia a aplicar la normativa reguladora de la negociación de los funcionarios públicos en detrimento de la laboral.

Sobre el ámbito objetivo el artículo 36.3 EBEP establece que la Mesa General común es competente para negociar “*todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral*” de las Administraciones. Esas materias comunes son entendidas por la mayoría de la doctrina, no como una opción para las partes negociadoras de cara a su propia determinación, sino aquellas materias que sean reguladas de forma unitaria para los empleados públicos por las propias normas administrativas de cualquier ámbito, (ya sean leyes o reglamentos), o en las laborales (como sucede en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales).

En este sentido, la profesora Roqueta Buj señala como materias reconocidas legalmente como “*comunes*”: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño, incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración, formación continua, salud laboral, planes de Previsión Social Complementaria.

Efectivamente, estas materias están reguladas en el EBEP por normas comunes o paralelas para el personal funcionario y laboral, y por tanto no presentan problemas en cuanto a su negociación conjunta, y por tanto su consideración como materias objeto de negociación conjunta.

No obstante parte de la doctrina sostiene que la interpretación del precepto no debe ser tan restrictiva, y que deben ser las propias partes negociadoras las que determinen cuáles son las materias comunes a negociar, de forma que se ayude a propiciar la homogenización de las condiciones de trabajo de los empleados públicos (López Gandía, López Gómez, Castillo Blanco). Esta opción en cuanto a la determinación del contenido de la negociación sería así, pero siempre dentro de lo previsto en el artículo 37.2 EBEP respecto de las materias excluidas de negociación. Realmente esta posición más abierta casa más, en mi opinión, con la intención unificadora de las condiciones laborales de funcionarios y laborales que el EBEP refleja en su Exposición de Motivos.

5. BIBLIOGRAFÍA

ESTEVEZ GONZÁLEZ, C. “*El ámbito objetivo de la negociación colectiva de las Administraciones Públicas*”. Grupo Área Pública. Observatorio de la Negociación Colectiva. Universidad de Alcalá de Henares- Comisiones Obreras. 2009.

GARCÍA PÉREZ, M. “*El contenido de la negociación colectiva entre administraciones y empleados públicos en régimen laboral*”. Consejo Económico y Social del Principado de Asturias. 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M. (director), (A.A.V.V.). *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2008.

MERINO SEGOVIA, A. “*Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*”. Editorial Bomarzo. 2014.

MONEREO PÉREZ, J. (A.A.V.V.). *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático*. Granada. Editorial Comares. 2008.

ROQUETA BUJ. R. “*El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*”. Madrid. Actualidad- La Ley. 2007.

LÓPEZ GÓMEZ, J.M. “*La relación laboral especial de empleo público*”. Editorial Civitas, 2009.

EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA REGULACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO

Araceli Vallecillo Orellana
*Departamento Derecho del Trabajo
y Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

- 1. DERECHO NEGOCIADOR DEL EMPLEADO PÚBLICO**
- 2. AMBITO DE ACTUACION DE LAS ADMINISTRACIONES EN MATERIA LABORAL. EXTENSIÓN HACIA LOS PROCESOS NEGOCIADORES PUBLICOS**
 - 2.1. Proceso negociador del personal público a partir del EBEP**
- 3. EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO PÚBLICO.**
 - 3.1. Alcance material de la negociación colectiva pública**
- 4. CONCLUSIÓN**

RESUMEN:

A la Administración se le ha ido reconociendo capacidad negociadora como si de una empresa privada se tratase. Su actuación se ha centrado en la negociación de convenios de empresa de nivel inferior, como corresponde al centro de trabajo o, incluso, de franja, aplicables a personal funcionario y laboral de una determinada sección o categoría de trabajadores, con respeto siempre al principio de no concurrencia de convenios (Art. 84 ET). Sin embargo, no nos encontramos ante una negociación en idénticas circunstancias que la del sector privado, por más que el EBEP infiera matices de interacción entre las relaciones de trabajo laborales, las funcionariales y las del resto del personal de la Administración Pública. Aún cuando la Administración actúe como empresaria, su propia condición pública limita la disponibilidad colectiva, básicamente, en los ámbitos de actuación establecidos por la regulación constitucional y administrativa, aspectos más destacados en el caso de colectivos adscritos al sector público, con estructura administrativa y regulación laboral común pero sujetos a una dotación económica inestable procedente de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias de carácter finalista.

1. DERECHO NEGOCIADOR DEL EMPLEADO PÚBLICO

La Administración Pública española, y con ellas todas las administraciones territoriales de nuestro ordenamiento jurídico, han seguido un proceso de laboralización de su personal aunque ello no ha determinado la equiparación de condiciones de trabajo del personal público hacia el privado¹, antes más bien, ha marcado su diferencia de trato interno aunque no tanto de funcionamiento prestacional del servicio público hacia la ciudadanía.

La participación del personal funcionario en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de acuerdos y pactos suscritos entre las Administraciones Públicas y los sindicatos más representativos o entre aquéllas y los representantes del personal que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal, supone, entre otras actuaciones, el derecho a fundar sindicatos, los derechos de afiliación positiva y negativa, el derecho a elegir libremente a sus representantes dentro del sindicato así como el derecho a la actividad sindical, sin olvidar, la consecuencia de todos ellos cual es, el derecho a la negociación colectiva. No obstante, las condiciones laborales de los trabajadores públicos y privados, son distintas, básicamente por el carácter más inestable de éstos últimos.

¹ Para no quedar vinculados profesionales públicos por convenios sectoriales privados. Al respecto, STCT de 22 de noviembre de 1.982, de 22 de febrero de 1.983 y de 12 de enero de 1.989, entre otras, además del impulso dado a los convenios de empresa por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma laboral última.

Desde la vertiente de regulación colectiva de las relaciones laborales en el sector público, acciones laborales tan relevantes como pueden ser los procesos selectivos, los actos informativos sobre la política de personal, la evolución de las retribuciones y del empleo, las sanciones impuestas por faltas muy graves, pudiendo, asimismo, emitir informes, a solicitud de la Administración Pública correspondiente, el traslado total o parcial de las instalaciones e implementación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo, tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo y régimen de vacaciones y permisos, o bien la vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y empleo, y el ejercicio, en su caso, de las acciones legales oportunas ante los organismos competentes, quedan vinculadas a la capacidad empleadora laboral de la Administración sin que la regulación laboral común pueda ejercer toda su capacidad obligatoria.

Por otro lado, desde el punto de vista de la acción representativa, no deja de tener ciertas peculiaridades de ejercicio, entre otras, las ciertas especialidades planteadas para el desempeño del ejercicio de la actividad sindical, entendida como derecho (Art. 2 LOLS), la imposibilidad del desempeño simultáneo de cargos directivos o de libre designación del personal funcionario con la representación en el sindicato (Art. 3 LOLS), el derecho a constituir secciones sindicales y su ámbito de implantación, o la singularidad de aunar en una misma representación unitaria o colectiva a ambos tipos de personal, suponen hitos de especial trascendencia en el procedimiento negociador del sector público no dable en el privado.

Con la llegada de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en cuanto normativa que, sin alterar el estatus básico de los sindicatos de funcionarios, dedica su capítulo cuarto a la regulación del derecho a la negociación colectiva, a la representación y participación institucional, así como el derecho de reunión de todo empleado público, sea funcionario o laboral, y la representación funcional dentro de los derechos individuales de los funcionarios ejercitados de forma colectiva (Arts. 39 a 46), dedica un magnánimo protagonismo a la participación del personal funcionario en la gestión del empleo público junto a las organizaciones sindicales mayoritariamente representativas obviando la coexistencia de profesionales diferentes aunados bajo el paraguas del servicio a la ciudadanía.

Este escenario evolucionado para el empleado público no ha contemplado, ni previsto tampoco, la cohabitación en tiempo y espacio de una tercera tipología de servidor público, cual es, la del personal contratado laboral, preferentemente indefinido, *“para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales*

*consecuencia de ingresos externos de carácter finalista*², prolongadas en el tiempo como si de un servicio público consolidado se tratase.

Ubicado en torno a materias ligadas al desarrollo social, cultural pero, sobre todo, económico y de empleo, las políticas comunitarias en materia laboral han convergido para intentar lograr un equitativo desarrollo de la zona de influencia, considerado esencial, para el progreso de las sociedades comunes, la contratación de este personal laboral ante la imposibilidad de desempeño por parte de personal propio, funcionario o laboral, de la administración territorial o institucional, carente de esta competencia funcional ligada a la consecución ideológico- política del estado del bienestar.

Ello ha derivado en la permisibilidad de negociación de aspectos laborales privados en un sector no estructural y debilitado por la carencia presupuestaria necesaria para garantizar su pervivencia³.

2. AMBITO DE ACTUACION DE LAS ADMINISTRACIONES EN MATERIA LABORAL. EXTENSIÓN HACIA LOS PROCESOS NEGOCIADORES PUBLICOS

El sistema de relaciones de trabajo existente en la actualidad en nuestro ordenamiento jurídico público, ha atribuido a las partes negociadoras un papel de gobierno con poderes de gestión creados a tal efecto. La constante necesidad de que los pactos resultasen aplicables a la realidad para la que se concretaron, unida a la heterogeneidad de empleadores existentes, y a la cambiante gestión del presupuesto disponible, ha determinado la necesidad de que la negociación convencional en el sector público, permanezca durante su vigencia, intentando dar operatividad a las necesidades por el planteadas.

Reconocida como modo de gestión y ordenación de las relaciones laborales, la negociación colectiva se sigue considerando como instrumento de regulación flexible

² Letra e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, redactada por la disposición adicional decimocotava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (B.O.E. nº 162, de 7 julio de 2.012).

³ Ejemplificativos resultan al respecto las condiciones negociadas efectuadas por los convenios colectivos del Consorcio Escuela de la Madera de Andalucía (CEMER) (Rescatado de <http://www.boletinesoficiales.com/documentacion/convenio/documento/Convenio-Colectivo-Consorcio-Escuela-Madera-Encinas-Reales-CEMER-trabajadores,188741/>), de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) (Rescatado de http://www.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/110/doc5245_1_Convenio_Colectivo_de_las_UTEDLT_de_Andalucia.pdf), así como, el convenio colectivo de la extinguida Fundación Andaluza Fondo Formación y empleo (FAFFE) (Rescatado de <http://comitealmeria.blog.com.es/2010/03/12/convenio-colectivo-faffe-para-los-anos-2007-8161656/>), todos ellos de la Junta de Andalucía.

y adaptable a las relaciones de trabajo también en el ámbito público⁴. No obstante, la gestión de ordenación interna y de control del empleo en la negociación colectiva pública, encuentra una limitada disposición material por el carácter presupuestado de su dotación, abarcando, en su caso, la posibilidad de regular aspectos relativos a la gestión del empleo más que a garantizar el empleo mismo.

A partir de los años 90 empieza a desarrollarse un interés creciente por los convenios públicos reguladores, con carácter general, de aspectos de planteamiento político, relativos al empleo, aunque conviene precisar que las escasas cláusulas introducidas pretendían esencialmente controlar el reparto del empleo, vía jubilaciones –anticipadas incluso- o prohibición de horas extraordinarias, o, en todo caso, propiciar incrementos cuantitativos, principalmente a través de la flexibilización de las causas de temporalidad⁵.

Es en los últimos años cuando se está produciendo un reforzamiento del protagonismo que la negociación colectiva debe tener en materia de relaciones laborales, implicando, ello, una serie de cambios cuantitativos, pero sobre todo cualitativos en su tratamiento, como quedó establecido en el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012⁶, donde se abrió la posibilidad, para una variedad de cláusulas, de destacar una mayor atención a la mejora en la calidad y la estabilidad en el empleo temporal y una innegable conexión con los aspectos organizativos del trabajo, en aras a vincular seguridad y flexibilidad en el seno del empleo y el trabajo extensible, por qué no, al sector público.

Todo lo señalado debe conectarse con los cambios acontecidos en nuestro sistema de relaciones laborales, tanto en España como en Europa en general, donde se viene reclamando un cambio en el modelo y papel ordenador que pretende tener la negociación colectiva.

Hasta tiempos recientes, todo este contenido se plasmaba en un reparto de papeles entre la relación laboral propiamente dicha y el empleo. Esto es, mientras el primero parecía referirse en exclusiva a las condiciones laborales de los trabajadores empleados (de ahí que correspondiese a la negociación colectiva su concreción), el empleo era una materia cuyo desarrollo correspondía en principio a la ley, por ser ésta el instrumento para atender a los colectivos de no empleados y, en segundo lugar, a los gobernantes que los possibilitaban, para poder ajustarse mejor a los objetivos globales (económicos) del entorno político institucional de las políticas de empleo que propugnan.

⁴ Vid al respecto RODRIGUEZ CRESPO, M.J. *La Administración del Convenio colectivo*”. Publicaciones CES-A. Colección Premio de Investigación. Primer Premio. Convocatoria 2.005. Cita en Pp. 55 y ss.

⁵ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, “Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas: informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social”. Edición: Madrid. 2.005.

⁶ Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 (BOE nº. 46, de 22 de febrero de 2010).

No siendo preciso en nuestro ordenamiento jurídico, una habilitación legal expresa para regular cualquier materia laboral, basta con someterse al ordenamiento jurídico en su conjunto, sobre todo si estamos ante un convenio estatutario, ex art. 3 del ET. Se reconoce, con ello, una amplitud de contenidos de posible regulación por acuerdo colectivo, entorno a la organización del trabajo y al ejercicio del poder empresarial, aunque quedando incluidos compromisos en materia de empleo y contratación, como cauce de progreso y avance en el seno empresarial⁷.

Junto a la elevación a rango legal de los Acuerdos (pactos o convenios), la norma legal ha remitido a la negociación colectiva el papel de llevar a cabo los resultados positivos que en política de empleo se deban de plantear, traducidos en el favorecimiento de creación de empleo, potenciado a raíz de la redacción dada al art. 15.7 LET por la Ley 21/2001⁸, y la conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, instaurando, de este modo, la posibilidad para los trabajadores temporales procedentes de contrataciones consecuentes de políticas temporales de empleo y, sometidos, por tanto, a la efímera estabilidad que pueda ofrecer un contrato subvencionado sujeto a existencia presupuestaria, de conseguir una cierta estabilidad laboral de la que, a priori, ha carecido.

2.1 Proceso negociador del personal público a partir del EBEP

Partiendo de la consideración del nacimiento condicionado de los puestos de trabajo públicos por la irremediable vinculación a la existencia de presupuesto propio o subvencionado que los permita, se acepta que los compromisos en materia de empleo sean asumidos con contrapartidas de medidas flexibles pero de carácter limitado desde su propio planteamiento finalista.

⁷ Paulatino refuerzo del papel de la negociación colectiva y del diálogo social en materia de empleo, señalando, con carácter general, al Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo (7 de abril de 1997), que dio lugar a la Ley 64/1997 (BOE 30/12/1997), que supuso, además de un tímido intento de aclarar la causalidad de la contratación temporal (eliminando la autorización al Gobierno para utilizar la contratación temporal como medida de fomento del empleo), la introducción del denominado contrato para el fomento de la contratación indefinida. O el RD-Ley 5/2006 (BOE 14 de junio) –fruto del Acuerdo para la mejora del crecimiento y el empleo, de 9 de mayo–, donde, además de dar carácter definitivo a dicha modalidad, se recoge un plan de ayudas e incentivos destinados a favorecer la contratación indefinida, y a limitar la temporalidad.

⁸ En el caso del CEMER, el art. 13- contratos por obra y servicio determinado-, art. 14- contratos eventuales y de interinidad-, y art. 15- contratos de inserción-, determinan la contratación y el fomento del empleo, en función de la existencia de “partidas presupuestarias anuales e inestables de carácter finalístico”. Por su parte, la Fundación FAFPE, previa determinación de los pasos que debe de contemplar el proceso de selección (art. 10.2), determina la realización de nuevas contrataciones en los mismos términos que el Consorcio Escuela de la Madera, esto es, en función de la existencia de partidas presupuestarias anuales e inestables de carácter finalístico; y para el caso de las UTEDLT’s, si bien el Acuerdo Extraestatutario no hacía mención alguna a esta posibilidad, el I Convenio Colectivo, garantizaba el empleo bajo la justificación de conseguir una adecuada planificación de los recursos humanos en el ámbito laboral y mediante la medida reductora de la temporalidad (art. 43), sin añadir mayores matices a su procedencia subvencionada, a pesar de que, a la fecha de firma del convenio, la consideración presupuestaria de los Consorcios UTEDLT, se canalizaba por la vía subvencionada de programas finalistas

Si bien la catalogación de puestos de trabajo necesarios en cualquier ente público debe de estar dotada previamente de partida económica que los vaya a sufragar durante toda su vigencia o, al menos, en períodos contables determinados, una vez generados, deben de quedar regulados por instrumentos normativos que garanticen el cumplimiento de los derechos laborales en toda su integridad y en este aspecto, los empleos públicos, esencialmente de los entes instrumentales, han avanzado un grado más al salirse de la normativa básica exigida por el Estatuto de los Trabajadores en su versión pública admitida por el EBEP, para regular sus propias condiciones a través de la acción negociada.

La negociación colectiva del personal laboral público se debe de regir por las disposiciones contenidas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (art 82 a 92), en su aspecto material y formal, como se venía rigiendo, sin perjuicio de la especial aplicación de los preceptos del capítulo IV, Título III del EBEP, de expresa aplicación en lo relativo a las Mesas Generales de Negociación de las Administraciones Públicas (Art. 36), donde se detalla la especial participación del personal laboral representado por las Organizaciones Sindicales legitimadas según lo dispuesto en los Arts. 6 y 7 de la LOLS, junto con la representación empresarial pública.

Aunque el EBEP permite negociar en una misma mesa las condiciones de empleo comunes al personal funcionario y al personal laboral, debe suponerse que, con esta intención, se estaba procediendo, sin más al acercamiento de la negociación colectiva de ambos profesionales, a pesar de existir notables diferencias que afectan a cada tipo de personal público⁹. Situación más acentuada evolutivamente cuando el EBEP legitima la negociación conjunta si bien, regulando una única Mesa de Negociación que permita debatir con un mismo procedimiento y en un mismo foro las condiciones de trabajo comunes a todo personal de una Administración Pública. Al ser una normativa básica fruto de un acuerdo de actuación negociado entre organizaciones sindicales a nivel estatal y la propia Administración Central¹⁰, se le está dando continuidad a la centralización y verticalidad que ha venido caracterizando a la negociación colectiva, en el sector público, puesto que el modelo que propugna, y obliga el EBEP impediría, a priori, que las partes determinasen libremente su ámbito de actuación funcional y geográfica, peligrando la flexibilidad de aquella negociación de los colectivos públicos que tengan particularidades propias, como es el caso temporal de los contratados en entes instrumentales.

⁹A modo ilustrativo de los comienzos de este acercamiento, Vid. CABALLERO GÓMEZ P. Los derechos colectivos de los Funcionarios. CES Colección Estudios. Madrid. 1.994.

¹⁰El Art. 37.3 EBEP, señala que se constituirá una mesa general de negociación conjunta en cada una de las Administraciones de los distintos ámbitos territoriales. Como normativa básica que es, se entiende el carácter obligatorio de esta dicción, lo que constituye las bases del régimen estatutario de los funcionarios y del personal laboral, circunstancia que, sin lugar a dudas, afecta al ámbito de la legitimidad representativa para llevar a cabo un proceso negociador.

A sabiendas de ello, el Art. 38.9 del EBEP, se apresuró a disponer que los pactos y acuerdos- esto es, la propia negociación- podría establecer, en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, la estructura de la negociación colectiva, y los principios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades de negociación que pactasen como más acorde a sus necesidades, pudiéndose presentar variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las Mesas de Negociación.

3. EFICACIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EMPLEO PÚBLICO.

La aplicación de los derechos colectivos que se consagran, con carácter general, en los arts. 28 y 37 CE, no han ofrecido dudas en el ámbito de las relaciones laborales públicas regidas por el Derecho privado del Trabajo aunque sí en la capacidad negociadora de los entes institucionales surgidos sin una estabilidad económica y temporal determinada.

La CE reclama la intervención de los poderes públicos, sea cual fuere su espacio territorial, para que, en el ámbito de sus competencias, hiciesen efectivo su mandato mediante un desarrollo multinivel de Políticas de Empleo entre Estado, CC.AA, en interrelación con el ámbito local a través de instrumentos normativos –Estrategia Española para el Empleo, hoy Estrategia Española de Activación para el Empleo, y la Ley 56/2003, de Empleo- que, obviamente, reclaman la presencia de importantes mecanismos de coordinación, colaboración y cooperación interadministrativa e intersectorial para poder llevarse a cabo.

Prácticamente todo el personal de las distintas Administraciones Públicas (laboral y funcionarial)- con la salvedad de los jueces, magistrados y fiscales, los miembros de la Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (excepto los Cuerpos de la Policía Local-, como sabemos, tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva. Su fundamento constitucional y legal es muy distinto, sin embargo, puesto que, si bien el derecho de negociación colectiva del personal laboral tiene su fundamento en el art. 37.1 de la CE, desarrollado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, para el personal funcionarial, supone un derecho de configuración legal, con base en el EBEP, formando parte, a partir de dicho reconocimiento legal, del contenido adicional del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos tutelado, incluso, por la vía del recurso de amparo, a pesar de la exclusión de la posibilidad de negociación extralegal, como sí la tiene el ámbito laboral común dentro de la negociación colectiva extra estatutaria.

A raíz de la promulgación de la LEBEP, entre otros hechos, se produjo el reconocimiento expreso de formas jurídicas de pertenencia al ámbito público que, si bien con anterioridad ya estaban sometidas de facto a la legislación administrativa, es con el art. 2 del E.B.E.P- al mencionar, dentro de su ámbito de aplicación, a “*Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con Personalidad Jurídica Propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*”-, cuando quedan reconocidas, explícitamente dentro de la calificación jurídica de Sector Público, las variadas formas de gestión de lo público que habían sido instauradas, consiguiéndose, con ello, la inclusión en el cuerpo de su articulado de una realidad potenciadora de la autonomía colectiva de las partes integrantes de dichos entes instrumentales, a partir de entonces, y de modo expreso, legitimadas para llegar a concretar Pactos o Acuerdos y adoptar, por extensión, Convenios Colectivos que regulasen todas las condiciones económicas, laborales y sociales, que dichos entes están generando en cuanto empleadores de sus propios empleados pero sin tener en cuenta que se podían dotar de personal laboral con poca certidumbre de continuidad laboral.

Echando de menos la tan ansiada concreción normativa de desarrollo del aspecto colectivo que aún hoy le sigue faltando al EBEP¹¹, máxime para dotar de mayor seguridad jurídica al personal laboral sujeto a existencia presupuestaria, en su art. 37, asienta las materias objeto de negociación y sus límites, así como, la tipología de pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo (art. 38.8), sin encontrar detalle en la conformación tricéfala del personal público objeto de regulación¹².

Alcance material de la negociación colectiva pública

Todo ello se está traduciendo en la inevitable sustitución del marco normativo vigente¹³ en pro de la aplicación extensiva de acuerdos o pactos previamente

¹¹ Si bien la Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de la estructuras de negociación y participación (BOE nº 274, de 14 de noviembre de 2012), establece un Acuerdo que dote de recursos a las organizaciones sindicales para que “puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación”, se queda corta al establecer, simple y básicamente, criterios de austeridad y racionalidad a la estructura y ejercicio de funciones sindicales en el sector público. Por lo que el desarrollo normativo del EBEP en este aspecto, se hace, hoy, más necesario que nunca.

¹² En la medida en que el art. 83 del ET se refiere a dos instrumentos distintos, esto es, al convenio marco y al acuerdo interprofesional sobre materias concretas, la remisión del EBEP puede resultar ambigua por inconcreta.

¹³ Mediante Resolución de 11 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 (BOE, nº. 46, de 22 de febrero de 2010), se reconoce a la negociación colectiva como “el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones Empresariales y sindicales apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social”. (Disposición Tercera, del Acuerdo para el empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012). Sin embargo, en la Exposición de Motivos de la Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y

existentes, extendidos al modelo funcionarial y laboral público, en cuanto referente para determinar el funcionamiento público de las Administraciones y la regulación de los derechos colectivos de su personal, dándose por asumido que hay un acercamiento entre las regulaciones privadas de trabajo y las del personal público, de la que depende la existencia de economía y la duración de la concreta prestación laboral, que no atiende, totalmente a la realidad aplicativa.

Si bien, la disponibilidad legal de la dimensión laboral y sus limitaciones de uso geográficas e institucionales, afectantes tanto a uno como a otro personal, a pesar de la especificidad de sus concretas condiciones laborales, ha permitido regular, no obstante, -si las circunstancias económicas lo permiten- supuestos sustanciales que pueden ser la modificación de condiciones de trabajo colectivamente pactadas, en pro de la garantía de adaptabilidad y seguridad laboral, el factor presupuestario sigue siendo determinante para la regulación de aspectos tan laborales como es la movilidad funcional, y tan coyunturales, como es la estabilidad en el empleo.

A pesar de que a las autonomías se les ceden actuaciones relativas a la formación de los demandantes de empleo y de los trabajadores en activo, así como la gestión de las subvenciones correspondientes, la intermediación laboral y el fomento del empleo¹⁴, en cuanto materias susceptibles, en mayor o menor medida, de disponibilidad por las partes negociadoras públicas, materias como las cualificaciones profesionales, los procedimientos de regulación de ocupación y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos entre centros de trabajo, o la Prevención de Riesgos Laborales en el Centro de Trabajo o Empresa, a pesar de no formar parte de disponibilidad política, han sido también materias que se han hecho partícipe a la negociación colectiva pública, como si de competencias ejecutivas empleadoras se tratase, aunque siempre bajo las directrices normativas que las limitaciones competenciales y presupuestarias públicas han dejado.

publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE nº 31, de 6 de febrero), se desnaturaliza el sentido normativo del convenio supraempresarial, a favor del contractual de empresa, al regular materias tan esenciales en el contenido propio de la relación laboral como son, la jornada, las funciones y el salario. En concreto, establece dicho precepto legal que “Como aspectos más novedosos del II Acuerdo hay que señalar el capítulo de estructura de la negociación colectiva y flexibilidad interna. En esta materia, los convenios sectoriales de ámbito estatal o, en su defecto, de Comunidad Autónoma deben desarrollar las reglas de articulación y vertebración que han de regir la estructura de la negociación colectiva apostando por la descentralización. Esta descentralización significa que los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias”. Idea posteriormente recopilada tanto en el Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral de 2.012, (BOE nº 36, de 11 de febrero), como por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE nº 162, de 7 de julio) y concretada minuciosamente en la Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

¹⁴Vid. A modo de ejemplo, art. 173 del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

En concreto, la materia relativa a la Formación Profesional para el empleo¹⁵, integrada en el ámbito de la competencia exclusiva estatal sobre la “legislación laboral”, y, por tanto, sujeta a poca disponibilidad conveniada, ha permitido que las CC.AA. mantengan competencias ejecutivas, por ejemplo, para la gestión y tramitación de ayudas económicas para formación ocupacional, las cuales están más próximas a la materia relativa a política económica (competencia compartida entre Estado y CCAA pero, en definitiva, de plena disponibilidad institucional)¹⁶, que a las puramente laborales, no obstante haberse unificado ambas formaciones¹⁷, como consecuencia de las nuevas exigencias y objetivos que derivan del modelo de relaciones laborales que viene imponiéndose a nivel comunitario (formación permanente o a lo largo de toda la vida profesional, carreras profesionales intermitentes, etc.), lo que parece revelar, tal vez como consecuencia de la autolimitación que recogen al respecto los propios Estatutos de Autonomía, una restringida reserva pública, para las CC.AA. con competencias ejecutivas en la formación para desempleados que, al tener ésta la consideración de materia laboral y por ende, de disponibilidad exclusivamente institucional, no cabe su regulación por la vía conveniada privadas¹⁸.

No obstante materias como la determinación de los servicios mínimos de las huelgas que tengan lugar¹⁹, los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales, en cuanto procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos dentro de un marco autonómico de relaciones laborales, el control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo en el ámbito territorial correspondiente²⁰, la elaboración del calendario de días festivos en el ámbito de la Comunidad Autónoma, así como la potestad sancionadora de las infracciones del orden social en el ámbito de sus competencias²¹ son materias específicamente dejadas a la disponibilidad material negociadora, siempre que la Comunidad Autónoma, ostente competencias ejecutivas que desarrollen la normativa en el marco que el Estado determine.

¹⁵ Unificada en Andalucía por Decreto 335/2009, de 22 de septiembre, por el que se regula la Ordenación de la Formación Profesional para el Empleo en Andalucía (BOJA nº 195, de 5 de octubre de 2.009).

¹⁶ SSTC 158/2004, 190/2002 y 95/2002.

¹⁷ Mediante el Real Decreto 395/2.007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. (BOE nº 87, de 11 de abril de 2.007).

¹⁸ SÁEZ LARA, C., “Competencia autonómicas en materia de empleo y relaciones laborales en el Estatuto de Autonomía de Andalucía. Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”. XXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Coord. por Francisco Javier Prados de Reyes, 2008. Pág. 137.

¹⁹ Siempre que la CA sea competente en el concreto sector en el que se produzcan, STC 33/1981.

²⁰ Adviértase que en este aspecto el EAA no reconoce otras facultades que en esta materia podría haberse contemplado expresamente al existir jurisprudencia constitucional que así lo permitiría (v.gr., art. 92.2 LET: extensión de convenios colectivos –STC 86/1991). Igualmente, ha de tenerse en cuenta que la competencia ejecutiva en la materia conlleva la capacidad de autoorganización y la creación por tanto de organismos que la apliquen y gestionen.

²¹ En relación a este último aspecto, debe subrayarse también que en determinados Estatutos se recoge como competencia ejecutiva autonómica la función pública inspectora en las competencias asumidas, especificándose a tal efecto que los funcionarios de los cuerpos que realicen dicha función dependerán orgánica y funcionalmente de la Comunidad Autónoma. Vid.EA. Cataluña 2006, art. 170.2, EA Aragón 2007, art. 77.2; EA ANDALUCÍA 2007, art. 63.2.

Dentro de las materias laborales, se posibilita negociar todo lo concerniente al ejercicio de los derechos individuales y colectivos del ámbito personal de aplicación, así como, las materias atinentes a la administración e interpretación del propio convenio colectivo, las fórmulas de participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones de las empresas y, finalmente, las cuestiones relacionadas con el ejercicio de los derechos colectivos²², sin que quede fuera de la regulación heterónoma los derechos fundamentales que el art. 53.1 CE reserva a la ley, y que deben siempre de respetar las normas vigentes en la materia.

En este contexto, cabe diferenciar las cláusulas normativas (función reguladora, de aplicación obligatoria erga omnes, de cumplimiento exigible directamente, creadoras de derechos y obligaciones entre los trabajadores concretos y su empleador, o de éste con terceros distintos a la contraparte negociadora, etc.), y las cláusulas obligacionales (sólo obligan a las partes firmantes, no otorgando derechos a trabajadores individualmente considerados y legitimando, su incumplimiento, la ruptura del deber de paz, etc.), con diversas consecuencias jurídicas para el personal público no de plantilla. Ello derivado del momento de regulación que el empleado público ostente, bien sea como empleador cuasi privado, bien como gobernante, en cuyo caso tendrá mayor margen de actuación ante reconocimientos normativos concretos dentro del ámbito de coyuntura política en la que se encuentre.

Con carácter general, se establecen cláusulas de fomento y creación real del empleo, a modo de estipulaciones orientadas a la creación de empleo neto mediante el fomento de determinados modelos contractuales. El uso de cláusulas de mantenimiento del empleo existente, también ha sido permitido bajo el objetivo directo de mantener el volumen de empleo ya creado evitando la extinción de contratos o la amortización de puestos de trabajo durante la vigencia del convenio, cuando, por circunstancias sobrevenidas, ha resultado afectada la aptitud profesional del trabajador, evitando, con ello, la extinción del vínculo contractual. Cláusulas sobre calidad del empleo, dirigidas a potenciar el carácter indefinido del contrato y el adecuado uso de formas de contratación de duración determinada, abarcan la diversidad de estipulaciones relativas a la disposición del empleo temporal²³, así como, la limitación de contratación temporal, la promoción de la contratación indefinida, o la regulación de las formas temporales de contratación²⁴.

Una tercera tipología de cláusulas, denominadas de reparto del empleo, pretenden incidir indirectamente también en la creación de empleo incorporando medidas que puedan favorecer la fluctuación del empleo existente, por medio de procedimientos como el control de las horas extraordinarias²⁵, la jubilación anticipada obligatoria o

²² En sentido amplio, el Art. 37 CE. destina a la negociación todas las materias laborales que regulen las normas laborales vigentes.

²³ Art. 43 Convenio de UTEDLT).

²⁴ En este sentido, vid. Art. 16 del CEMER y Art. 14.3 del Convenio Colectivo de la FAFPE.

²⁵ Las cláusulas sobre supresión de horas extraordinarias pretenden el control o la eliminación de dichas

voluntaria, o la jubilación parcial con contrato de relevo²⁶, e incluso, podemos hablar de una cuarta tipología de cláusulas sobre externalización del empleo, que pretenden incidir en el impacto en el empleo de fenómenos de externalización de actividades como el recurso a las ETT, subcontrataciones o transmisiones de partes de la empresa, condicionando o limitando la exclusión del ámbito de aplicación conveniada, así como, la participación temporal o asistencial de empresas o entidades que sólo actúan mediante la externalización de los servicios por cuestión de agilidad procedimental²⁷, considerando, finalmente, la utilización de un último tipo de cláusulas de gestión en materia de empleo como son las cláusulas de comisiones de seguimiento y control, mediante las cuales, se determina el establecimiento de competencias de vigilancia y control a cargo de la comisión paritaria o mediante la creación de una comisión “ad hoc” para analizar las cuestiones relativas a empleo y al seguimiento de su eficacia, encomendándoseles el estudio de posibles medidas que contribuyan específicamente a la creación de empleo²⁸.

4. CONCLUSIÓN

El viable acuerdo pactado en la administración pública queda cercenado en el momento de su gestión. Empleados públicos de carrera y temporales o presupuestados deben de convivir en funciones y condiciones laborales distintas que, a pesar del intento unificador del legislador, no podemos obviar, so pena de vulnerar el art. 103.3 de la C.E.

Aspectos ligados básicamente al ámbito de autoridad funcional, y también presupuestario, hacen que las condiciones laborales básicas- recogidas en la ley laboral- deban de ser especialmente tratadas en el ámbito negocial para favorecer la posible y pacífica convivencia profesional de ambos tipos de empleados públicos, dentro del correspondiente ámbito funcional para el que ha sido insertado.

horas, en general las habituales, a efectos de que el tiempo de trabajo resultante de estas restricciones pueda ser utilizado para la creación de nuevos puestos de trabajo. En nuestro caso, el Art. 12.2 del Convenio de las UTEDLT’s manifiesta la toma en conciencia que supone para el fomento del empleo, la reducción de las horas extraordinarias, reduciéndolas al mínimo indispensable para el caso de su determinación. La misma reducción al tiempo extraordinario mínimo imprescindible utiliza el Convenio de FAFPE (Art. 27) y el del CEMER (Art. 27).

²⁶ Tan sólo el Convenio Colectivo de los Consorcios de las UTEDLT, hace referencia a la jubilación, en los términos de forzosa (Art. 28.a) y voluntaria, o prejubilación, (Art. 28.b), bajo el carácter de mantenimiento del empleo del personal trabajador, o como fomento del empleo por contratación en relevo. En el Convenio colectivo de la FAFPE, aparece, indirectamente la posibilidad de jubilación en la medida en que se regula (Art. 15), la posibilidad de contratar en relevo para sustituir la reducción voluntaria parcial en un 85% de la jornada, de las personas trabajadoras de la FAFPE, con edades comprendidas entre 60 y 63 años.

²⁷ Convenio de las UTEDLT, en el Art. 2, así como los Convenios del CEMER (Art.1.2) y de la FAFPE (Art. 1.3).

²⁸ En los tres colectivos subvencionados de referencia, se regula la existencia de Comisiones Paritarias (Art. 5 del Convenio de las UTEDLT, Art. 7 del Convenio Colectivo del CEMER y del Convenio Colectivo de la FAFPE), con funciones generales de interpretación, vigilancia, aplicación y cumplimiento de lo pactado.

LA LITIGIOSIDAD DE LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

M^a Carmen Aguilar del Castillo
Francisco Serrano Domínguez
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- 1. BREVES NOTAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA**
- 2. INSTRUMENTO DE DELIMITACIÓN DE LA ORDENACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN**
- 3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**
- 4. LA RECLAMACIÓN INDIRECTA CONTRA LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO**
 - 4.1. El complemento específico**
 - 4.2. El reconocimiento de derechos derivados de una RPT. Su procedencia**

1. BREVES NOTAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

La negociación colectiva en la función pública presenta una serie de características propias que la alejan en la determinación de sus condiciones de trabajo de la regulación general de forma significativa. Estas diferencias que, en la práctica, se traducen en una limitación a la capacidad de negociación de los funcionarios y sus representantes contrastan con la libertad de negociación en las relaciones privadas.

El reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en las relaciones laborales solo es trasladable a la función pública si el legislador le reconoce esta posibilidad. Se trata de un derecho que no deriva directamente del derecho de libertad sindical¹, sino que solo forma parte de su contenido adicional², lo que implica que corresponde a éste su configuración jurídica.

No existe para la función pública, jurídicamente hablando, posibilidad de llevar a cabo una negociación colectiva al margen de las normas, lo que se traduce en la imposibilidad de adoptar acuerdos al margen de las previsiones legales³. La Ley del Estatuto Básico de la Función Pública⁴ (en adelante EBEP) reconoce el derecho a la negociación colectiva⁵ de los funcionarios públicos⁶ aunque, en su Disposición Final Primera atribuye el carácter de básico⁷ a todas sus disposiciones que afecten a su régimen estatutario. Nos encontramos ante una norma de general, autosuficiente y directamente aplicable, lo que implica que la obligatoriedad de su contenido y

¹ STC 57/1982, de 27 de julio (RTC 1982/57) FJ8 «Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos con efectos vinculantes... ya que el legislador puede optar en amplio espectro por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo...»

² Entre otras STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000/80), STC 222/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005/222); TC Auto nº 85/2011, de 7 de junio (RTC 2011/85 Auto). Un sector mayoritario de la doctrina considera, sin embargo, que este derecho forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, entre otros RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987, Rvta. RL, nº 20, 1987, págs. 2 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F., GOERLICH PESET, JM (coord.): La negociación colectiva de los funcionarios públicos. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2006; MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la negociación colectiva, en AA.VV. Comentario a la Constitución socio-económica de España, ed. Comares, Granada, 2002, pág. 630. RIVERO LAMAS, J, DE VAL TENA, AL.: «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», R. MTAS, nº 68, pág. 200.

³ STC 85/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/85) FJ 6; STS, de 22 de mayo (RJ 2001/5477)

⁴ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13/4/2007)

⁵ Ya se reconocía en la LORAP y sus leyes modificativas 7/1997, de 12 de junio y 21/2006, de 20 de junio, por la que se modifica la Ley de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

⁶ Son titulares de este derecho los funcionarios públicos pero solo están legitimadas para negociar sus organizaciones sindicales, entre otras, STC 224/2000, 84/2003, 74/2005. ROQUETA BUJ, R.: El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid, 2007

⁷ STS, de 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9927)

de las normas que lo desarrollen se extiende a todas las Administraciones y Entes Públicos⁸.

La actividad de la Mesa de Negociación de la que forma parte la Administración y las Organizaciones Sindicales se va a materializar «en *unas fases o trámites más o menos definidos, como la de propuestas, deliberación y discusión y, llegado el caso, acuerdo o desacuerdo total o parcial, en el que existen unos cauces preestablecidos*»⁹. Pese al valor normativo del acuerdo que se adopte, solo desplegará sus efectos jurídicos cuando sea aprobado por el órgano competente en la materia. Se trata de un requisito formal que no puede omitirse, ni aun cuando se considere que su contenido no es adecuado a derecho, no cubriendo por esta razón la sanción posterior del acuerdo la posible ilegalidad de su gestación.

La actividad negociadora de la Administración está sometida al principio de legalidad en su obligación de negociar, pero también a controlar que el contenido de lo pactado se adecue a la legislación vigente en todo momento. La exigencia de una negociación colectiva sobre materias relacionadas con las condiciones de trabajo, solo será requisito previo a la elaboración de disposiciones de rango legal o reglamentario cuando se determine legalmente¹⁰. En el resto de supuestos el convenio colectivo deberá someterse y respetar, en virtud del principio de jerarquía normativa, a la ley formal y a toda norma de mayor rango jerárquico y no al contrario¹¹.

El carácter básico del régimen estatutario de los funcionarios públicos se extiende a materias tan concretas como la remuneración y la determinación de la estructura orgánica de la Administración, limitando con ello su capacidad de negociación al sustraerse su contenido de la consideración de derecho mínimo mejorable por negociación colectiva tal y como ocurre en la normativa laboral. Aunque ambas materias son objeto de negociación¹², lo cierto es que, en lo que respecta al salario y a la determinación de su cuantía, sus resultados quedan muy limitados. El legislador establece la estructura del salario¹³, define conceptualmente sus elementos¹⁴ y limita su cuantificación con criterios, generalmente, ajenos a la

⁸ Artículo 31.7 EBEP

⁹ STS, de 8 de noviembre de 2002

¹⁰ Las condiciones de trabajo y el régimen retributivo del personal funcionario, son materias reservadas a la negociación colectiva, por lo que no respetarse la misma conlleva la anulación del acto por ser contrario a derecho, STS, de 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1968)

¹¹ STC, de 1 de marzo (RTC 2001/62); Auto TC, de 7 de julio de 2011 cuando se refiere al recorte salarial previsto en el RDL 8/2010, de 20 de mayo, establece que «en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario»

¹² Artículo 37 EBEP

¹³ Artículo 22.1 EBEP «Las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias»

¹⁴ Artículo 22.2 y 3 «Las retribuciones básicas son las que retribuyen al funcionario según la adscripción

propia negociación¹⁵. Todo lo anterior implica que los acuerdos que se adopten sobre estas materias, en ningún caso van a primar o a condicionar una regulación legal posterior.

El carácter básico de estos preceptos condiciona la negociación colectiva de la función pública de tal forma que cualquier mejora en las condiciones de trabajo ha de ser compatible con la regulación establecida sobre la materia, siendo considerada en caso contrario ilegal¹⁶. El marco de la contractualidad en el que se desarrollan estas relaciones y que «*está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de auto-organización del órgano administrativo correspondiente y las características pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario, emanado de la legislación básica del Estado, no permite que sea identificable con una plataforma de mínimos*»¹⁷. Las retribuciones de los funcionarios públicos, tanto básicas como complementarias¹⁸, se incluyen dentro de las condiciones de trabajo legales o reglamentarias fijas, de aplicación directa a sus destinatarios, siendo, por tanto, nula de pleno derecho cualquier negociación cuyo resultado no sea acorde con el ordenamiento jurídico vigente. Ello no obsta para que las distintas Administraciones, a través de la negociación colectiva, no puedan adecuarlas a las necesidades de su organización.

Una expresión significativa de la actividad negociadora de la Administración puede encontrarse en la definición de su estructura orgánica a través de la relación de puestos de trabajo (en adelante RPT) y en la determinación del contenido del complemento específico a través de la valoración de esos puestos de trabajo (en adelante VPT)

de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Dentro de ellas están comprendidas los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias». 3. «Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario»

¹⁵ Artículo 21.2 «No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal»

¹⁶ Entre otras, STC 62/2001, de 1 de marzo (RTC 2001/62) y 24/2002, de 31 de enero (RTC 2002/24)

¹⁷ STS, de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993/7544); en sentido similar STS, de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992/4454), «el Estado no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando a su libre albedrío de forma que pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación; STS, de 21 de marzo de 2002, (RJ 2002/4319) FJ7. STS, de 21 de marzo, de 2002, (RJ 2002/4318) FJ.18; STSJ de Andalucía, nº 101/2007, FJ 6 (STSJ AND 964/2007)

¹⁸ Artículo 23, 2 y 3 del EBEP

2. INSTRUMENTO DE DELIMITACIÓN DE LA ORDENACIÓN DE LOS PUESTOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN

Hablar del estatuto de la función pública y de las materias objeto de demanda que pueden sustentarse en base a su regulación excedería, en mucho, este trabajo. No obstante, la ordenación del personal a través de una determinada estructura organizativa de cualquier Administración y más concretamente su relación directa con los efectos funcionales y sobre todo económicos que despliega para su personal, tanto funcionario como laboral, si permite, aunque sea de forma muy concreta, plantear cuestiones que, a nuestro juicio, son determinantes en la enorme litigiosidad que genera.

Entre las materias objeto de demandas las reclamaciones de contenido económico constituyen el eje central de las mismas. Aunque el acto o acuerdo que la sustenta puede ser de índole diversa, es la RPT y su valoración la que nos suscita mayor interés, fundamentalmente por los efectos que despliega en el reconocimiento de derechos, generalmente, en el que el complemento específico se convierte en un claro exponente del mismo.

Como paso previo a la determinación de efectos salariales es necesario que se haya definido orgánicamente la estructura de la Administración a partir de la RPT y de la valoración de los puestos de trabajo que la conforman. La interacción de ambos instrumentos incidirá directamente, entre otros conceptos, en la existencia o no de complementos como el específico, en su valoración y en su cuantía.

Para que la RPT se ajuste al mandato legal y refleje la estructura organizativa de la Administración es necesario que cumpla con dos requisitos básicos: por un lado la descripción y valoración de las tareas que forman cada uno de los puestos de trabajo y, por otro, su plasmación en la propia RPT¹⁹. Para la realización del primero se requiere: una propuesta de clasificación de puestos de trabajo que prevea todos los existentes; una negociación con los representantes sindicales en su correspondiente mesa de negociación²⁰; solicitar un informe de los técnicos sobre los extremos relevantes de cada uno de ellos; adoptar, en base a esta información, criterios objetivos de valoración y, entre otros, realizar una exposición razonada sobre cada puesto y si en ellos concurren algunos de los elementos previstos por la Ley para ser cuantificados.

¹⁹ Artículo 4.2 RD 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el Régimen de las Retribuciones de los Funcionarios de Administración Local (BOE 3/5/1986).

²⁰ STS, de 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1968). FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF. CRUZ VILLALÓN, J.: «Los sindicatos en la función pública régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo», en AA.VV., Seminario sobre las relaciones colectivas en la función pública, I.A.A.P., Sevilla, 1990, pág. 235; ROQUETA BUJ, R.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público» Rvta. de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 307, pág. 17

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

La RPT surge como consecuencia del régimen retributivo implantado por la ley 30/1984 extendiendo la obligatoriedad de su elaboración a todas las Administraciones Públicas²¹. El legislador define la RPT como un «*instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto*»²². La RPT se configura como el instrumento más importante de gestión de recursos humanos con el que cuenta las Administraciones Públicas en el que se ha de incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos de trabajo, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño²³. En ella se definen cada uno de los puestos de trabajo que integran los distintos Cuerpos o Escalas en los que se estructura la clasificación profesional del personal funcionario de carrera.

El artículo 126.1 del RDL 781/86²⁴, establece que la clasificación profesional debe responder a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985²⁵, constituyendo legislación básica, a todos los efectos, el contenido de la RPT y su procedimiento de elaboración.

La relación existente entre la RPT y la retribución de los funcionarios es evidente, por cuanto la adscripción a un determinado puesto de trabajo condiciona, en primer lugar, la cuantía de las retribuciones básicas. Y, en segundo lugar, la existencia y cuantía de las retribuciones complementarias, siempre que se den los conceptos legales, que definen cada uno de los complementos previstos en la norma pasarán a integrar la remuneración del trabajador, que desempeña ese puesto de trabajo, en la cuantía que se determine²⁶.

²¹ Art. 16 L 30/1984. Forma parte de la potestad de organización de cualquier Administración Pública y de su «*ius variandi*» el desarrollo del estatuto organizativo y retributivo del personal a su servicio, STSJ de Castilla La Mancha, nº 32/2003, de 17 de febrero (JUR 2003/112356) FJ 9.

²² Artículo 15.1 del L 30/1984.

²³ Artículo 16 de L 30/1984.

²⁴ RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (BOE 22/4/86).

²⁵ RDL 781/1986, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (BOE 3/4/85).

²⁶ Artículo 24 EBEP «*La cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo, entre otros, a los siguientes factores: a) La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa. b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.*

c) El grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos. d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo»

Por la propia naturaleza de la RPT la administración pública que legítimamente la adopte puede «*incidir en la clasificación de los puestos a que están adscritos sus funcionarios, modificando o realizando esa clasificación con criterios diferentes*»²⁷, La adecuación o no de la valoración del puesto de trabajo a sus especiales características va a generar importantes controversias entre la Administración y el titular del puesto, incluso en los supuestos de reordenación orgánica de la Administración cuando no es necesario realizar otra valoración *ex novo*.

Las controversias interpretativas de la RPT se deben en la mayor parte de las ocasiones a la dificultad que entraña la propia definición de su naturaleza jurídica. Desde su origen se ha discutido, doctrinal y judicialmente, sobre la misma. Si partimos de su propio concepto, parece que puede otorgársele la naturaleza de los instrumentos técnicos de carácter instrumental. Éstos permiten facilitar el ejercicio de las atribuciones de discrecionalidad, de contenido técnico conferidas a la Administración, para la formulación de la relación de puestos de trabajo. No obstante, las consecuencias jurídicas que despliega su aprobación y su aplicación sobre los derechos de los trabajadores, hace que se haya cuestionado su naturaleza jurídica como acto administrativo o como norma.

Esta dicotomía se ha reflejado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia entablándose un importante debate sobre la misma. Se ha pasado por distintas fases, en la primera se ha considerado como un mero acto administrativo con destinatario plural, al tratarse de una cuestión organizativa que facilita la racionalización y ordenación del personal de una Administración²⁸. En la segunda se ha considerado como una norma²⁹ que innova, se integra y permanece definitivamente en el ordenamiento jurídico, desplegando con ello todos sus efectos. La tercera teoría, actualmente la predominante, consiste en su inclusión en una nueva fórmula jurídica que aúna elementos de ambos³⁰.

La jurisprudencia lo cataloga como un acto administrativo y en ningún caso como disposición de carácter general. No obstante, sí le reconoce unas características especiales que permiten convertir a un acto administrativo en una norma pero con el único propósito de posibilitar el acceso a la jurisdicción y de favorecer la tutela judicial efectiva. El Tribunal Supremo excluye en todo caso que se trate de un reglamento³¹, aunque sí le reconoce lo que denomina «vocación normativa», lo

²⁷ STSJCM, nº 32/2003, de 17 de febrero (JUR 2003/112356) FJ 9

²⁸ RUIZ LÓPEZ, M.A.: «La impugnación jurisdiccional de las relaciones de puestos de trabajo», RVPA, nº 96, mayo-agosto, 2013 págs. 237-238, 245; LÓPEZ GÓMEZ, JM.: El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 330.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR.: Curso de Derecho Administrativo, vol. I, Civitas, Madrid, ed. 15ª pág. 2111

³⁰ RUIZ LÓPEZ, M.A.: «La impugnación jurisdiccional...», op. cit., págs. 239, 249.

³¹ Sobre la posibilidad de plantear cuestiones de ilegalidad, la STS, de 4 de julio de 2012 (RC 1984/2010) «la diferencia sustancial entre disposición de carácter general y acto administrativo es que el reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho sub-

que permite su consideración como una disposición general, pero solo a los efectos procesales³². La asimilación de este instrumento a las disposiciones de carácter general tiene como consecuencia directa la posibilidad de plantear recursos directos contra la RPT o, bien, impugnaciones indirectas, con motivo de la interposición de un recurso frente a actos de aplicación de la misma³³.

4. LA RECLAMACIÓN INDIRECTA CONTRA LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

La RPT, como ya hemos señalado, es un acto administrativo que define la estructura y especifica las características de los puestos de trabajo que la integran. La relación directa entre la RPT, el reconocimiento o no de un complemento específico y la determinación de su cuantía forma parte del concepto genérico utilizado por la Ley de «cuestión de personal»³⁴. Esto hace que cualquier reclamación que se plantee sobre ellos se agote en la primera o única instancia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, «*salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera*»³⁵.

Solo en el supuesto de que se tratase de una norma jurídica, donde se fundamenta el *petitum* de la demanda, podría plantearse el correspondiente recurso de casación. No obstante, como ya hemos dicho en el epígrafe anterior, el carácter híbrido de la naturaleza jurídica de la RPT permite la interposición de este recurso. El Tribunal Constitucional en numerosas sentencias también contempla esta posibilidad aunque lo hace desde la vulneración del derecho fundamental que todo ciudadano tiene a una tutela judicial efectiva, del artículo 24 CE y sin entrar en la valoración de su naturaleza jurídica³⁶.

La posibilidad de recurrir indirectamente contra una RPT, por entender que sus efectos no son acordes a su contenido, es lo que ha dado lugar, en la mayoría de las ocasiones, al interesante debate judicial abierto sobre las RPT. Son muchos los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que niegan la posibilidad de interponer recurso contra su aplicación o inaplicación³⁷, por entender que no es posible realizar

jetivo existente» La RPT como acto administrativo tiene una misión ejecutiva e instrumental y no innova el ordenamiento jurídico preexistente, por lo que al no tratarse de un reglamento, no puede plantearse esta cuestión.

³² Entre otras STS, de 1 de octubre de 2001 (RJ 2001/ 7817) y 12 de febrero de 2001 (RJ 2001/ 2154)

³³ STSJ de Castilla La Mancha, nº 130/2002, de 13 de noviembre (RJCA 2003/536)FJ. 6

³⁴ Sobre lo que no debe entenderse como cuestión de personal, STS, de 21 de marzo de 2002. FJ 3 y 4 (RJ 2002/4318)

³⁵ Artículo 8.2.a) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

³⁶ STC 126/1984 (RC 1984/126) FJ. 3; STC 204/1987 ((RTC 1987/204) FJ.5; STC 48/1998, de 2 de marzo (RTC 1998/48) FJ. 4

³⁷ STSJ C-M, 130/2002, de 13 de noviembre, (RJCA 2003/536) FJ 4 «...razonando que la actora no impugnó ni la relación provisional de puestos de trabajo del personal funcional de la Diputación Provincial de 1 de octubre de 1991... Lo que supone que la actora –a juicio de la referida sentencia- ha consentido el Acuerdo

una reclamación cuando trae su causa o fundamento en un acto administrativo que no se ha impugnado en tiempo y forma, a partir de su adopción por el órgano competente.

Aunque es precisa la impugnación de cualquier acto administrativo que no se considere adecuado a derecho, el «valor normativo» que solo a efectos procesales se le reconoce a la RPT hace que los afectados puedan recurrir contra los efectos que genera su aplicación, sin la previa impugnación del acto. Esta acción va a suponer a su vez un recurso indirecto contra su propio contenido³⁸.

Las cuestiones de personal suscitadas por las características de los puestos de trabajo, tras su definición por una RPT, constituyen, en la mayoría de las ocasiones, el objeto de los recursos que se interponen contra las administraciones autonómicas y locales, trasladándose esa gran litigiosidad a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en forma de recurso de casación. La mayor parte de los recursos planteados van a versar sobre la promoción profesional o las retribuciones, encontrando su justificación en los efectos que despliega la aplicación de la RPT.

Si hiciéramos un gráfico estadístico sobre la litigiosidad generada por las cuestiones de personal relacionadas directamente con la RPT, sin duda los temas relacionados con el complemento específico ocuparían uno de los más altos porcentajes. Su justificación se debe principalmente a su indudable dependencia con la RPT y los efectos de ésta. Para que un recurso de esta naturaleza pueda prosperar es necesario que el *petitum* se integre plenamente en el contenido del complemento. Es decir, es necesario que el derecho adeudado coincida, en todos sus términos, con el definido en el catálogo de puestos de trabajo y que esté siendo, o haya sido, desempeñado por el demandante en el momento en el que se aprueba la RPT.

De entre los distintos complementos previstos en la norma solo el complemento específico permite una valoración con carácter previo³⁹. Desde su propio concepto pueden aplicarse criterios objetivos sobre sus elementos sin que venga condicionado por la persona que va a desempeñarlo.

plenario de 3 de mayo de 1994 en los términos en que fue redactado siendo en consecuencia dicho acuerdo firme y consentido» FJ 5 «Desde hace más de diez años esta Sala viene rechazando de manera uniforme y reiterada excepciones o causas de inadmisibilidad semejantes»

³⁸ Se trata de una doctrina judicial asentada, entre otras STSJCM, nº 32/2003, de 17 de febrero (RJCA 2003/112356); STJCM 130/2002, de 13 de noviembre, (RJCA 2003/536) FJ 5.

³⁹ STSJ Galicia, nº 1088/2003, 17 de diciembre, (JUR 2004/64834) FJ 3

4.1. El complemento específico

El complemento específico se define por la normativa vigente como aquél que *«está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad...»*⁴⁰. El artículo 24 del EBEP matiza y flexibiliza estos criterios cuando la incompatibilidad la relaciona directamente con el desempeño de determinado puesto de trabajo y sustituye los criterios de peligrosidad o penosidad por otro más genérico como es atender a las condiciones en las que se desarrolla el trabajo.

Aunque las circunstancias objeto de valoración constituyen una lista cerrada, la modificación introducida por el EBEP, *«atender a las condiciones en las que se desarrolla el trabajo»* amplía exponencialmente las opciones, encontrando como único límite que, efectivamente, se traten de características permanentes del puesto de trabajo y que objetivamente les dote de una especialidad o singularidad que justifique su reconocimiento. Esta especialidad es la que va a permitir diferenciar a unos puestos de otros de similares características que no lo van a tener reconocido o, al menos, no en idénticos términos.

Se trata, pues, de un concepto retributivo que encuentra su justificación en sus propias características y no en las de la persona que va a desempeñarlo, no pudiéndose condicionar a la cualificación profesional del funcionario que vaya a desempeñarlo, una vez que ya ha accedido a su puesto, según el procedimiento legalmente previsto⁴¹. Esta vinculación impide su reconocimiento de forma homogénea y lineal al conjunto de puestos de trabajo, salvo que estemos hablando de puestos similares dentro del mismo grupo profesional.

El reconocimiento del complemento específico requiere, como se ha dicho, una valoración previa del puesto de trabajo atendiendo a sus propias circunstancias. La valoración que se haga deberá definir, cada uno de los elementos legales que integran el complemento específico, de forma individualizada los que tengan relevancia para el puesto de trabajo a cubrir los cuales han de ser lo suficientemente significativos como para justificar su carácter retributivo. La norma deja muy claro que reconocido este complemento no podrá asignarse más de uno *«a cada puesto de trabajo, aunque al fijarlo podrán tomarse en consideración conjuntamente dos o más de las condiciones particulares mencionadas que puedan concurrir en un puesto de trabajo»*⁴²

⁴⁰ 4.1 del RD 861/1985

⁴¹ En este sentido la STSJCM nº 181/2007, de 5 de julio, en la que se equiparan dos puestos de trabajo a efectos del complemento específico, uno del Grupo A y otro del Grupo C.

⁴² Artículo 4.1 RD 861/1986

La utilización de criterios objetivos en la valoración impide o elimina la homogeneidad en su aplicación para todos los puestos de trabajo, a no ser que la organización cuente con una estructura simple que conlleve escasa diferencia entre los puestos de trabajo que la conforman⁴³.

La evaluación y ponderación que se realiza de cada uno de los puestos de trabajo tiene vocación de permanencia, pero también eficacia temporal. Su reconocimiento permanecerá en el tiempo mientras no se alteren o introduzcan elementos o características nuevos que lo defina, por lo que sus efectos siempre coincidirán con los márgenes de eficacia en el tiempo del acuerdo que los ha motivado.

4.2. El reconocimiento de derechos derivados de una RPT. Su procedencia

La diferente valoración de los mismos puestos de trabajo en momentos temporales distintos, la falta de reconocimiento o valoración de algunos de los elementos que componen el complemento específico, su cuantía, o su carácter retroactivo o la naturaleza jurídica de la RPT que lo condiciona, ha generado una interesante doctrina judicial, centrada en muchas ocasiones en la admisibilidad o no de un recurso cuando el origen del mismo se encuentra en la aplicación o efectos de la RPT. La naturaleza jurídica y su directa relación con las cuestiones de personal hacen de su conceptualización un elemento necesario para la exigibilidad procesal de los derechos laborales.

Toda modificación que afecte a una reclasificación del puesto de trabajo con redefinición de funciones, o una nueva valoración de los factores y circunstancias que intervienen en el complemento específico, efectuada de manera general o global, autoriza a la Administración a cuantificar globalmente todos los factores que conforman este complemento y no solo los directamente afectados por la nueva valoración⁴⁴.

Los efectos económicos de una nueva cuantificación de los elementos del complemento específico, e incluso, la alteración de su cuantía sin una previa valoración del puesto de trabajo suelen generar derechos de carácter retroactivo a los perjudicados con estos actos. Ello provoca numerosas demandas contra la Administración Pública que ha aprobado la RPT en la que se sustenta la decisión objeto de reclamación.

⁴³ Cuando la Ley extiende su ámbito de aplicación a todas las Administraciones Públicas, también incluye a los distintos entes locales previstos en el artículo 1.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (nueva redacción tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Tendrán esta consideración igualmente los Consorcios, cuyo régimen jurídico se regula en la Disposición adicional vigésima (que modifica la regulación prevista en la L 30/1992) (BOE 30/12/2013);

⁴⁴ STSJCM nº 130/2002, de 13 de noviembre, (RJCA 2003/536) FJ 13

La Administración en estos casos suele aducir, junto a otros argumentos, la improcedencia de la retroactividad de los derechos de contenido económico argumentado que con ello se estaría sobrepasando el límite presupuestario al que legalmente está obligada en materia retributiva. Aunque alguno de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo han admitido, en ocasiones esta tesis, la mayor parte de las sentencias la rechazan.

Aunque forma parte de las competencias de la Administración la aprobación de la RPT y sus efectos jurídicos, su capacidad de decisión sobre la cuantía de los conceptos retributivos derivados de la misma están vinculados legalmente a importantes límites. Toda actuación de una Administración Pública se ha de desarrollar conforme a la legalidad vigente. En la materia que nos ocupa supone que, además de estar sometida a los límites legales que inciden directamente en la negociación colectiva, también lo está a otros que, aunque no encuentran su justificación en la misma le afectan de igual manera. Entre otros, el sometimiento de todos sus gastos al límite de la autonomía financiera, a la ordenación general de la actividad económica del Estado⁴⁵, o al principio de cobertura presupuestaria.

El establecimiento por parte del Estado de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los empleados públicos deviene en inaplicable los acuerdos o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los previstos en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales⁴⁶. El mismo efecto tendrá aquellos conceptos retributivos que estén sujetos a actuaciones o negociaciones futuras, de tal modo que cuando se alcancen la condición prevista se genere la obligación de su retribución. En estos casos se estarían abonando unas cantidades económicas que afectaría a la masa salarial de los años en los que convencionalmente se generó el derecho y no el que efectivamente se materializó su pago. Este supuesto resulta totalmente inviable por cuanto el principio de jerarquía normativa no admite esta posibilidad, principalmente porque estos pactos o acuerdos no constituyen instrumentos normativos hábiles para establecer el régimen de la retroactividad de los efectos de las actuaciones administrativas que el art. 149.1.18 CE atribuye en exclusiva al Estado⁴⁷. Y por otro lado porque lo

⁴⁵ Artículo 149.1.13 CE

⁴⁶ Artículo 24.2 L 30/1984; art. 21 de la LEBEP; art. 7 del RD 861/86. «El establecimiento de un límite porcentual máximo para el incremento de remuneraciones de los funcionarios públicos, está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y gradual recuperación del equilibrio presupuestario» STC 171/1996 (REC 1996/171); «Los Presupuestos Generales del Estado, en los que han de quedar finadas las cuantías de las retribuciones de los funcionarios, son el instrumento por el que se realiza la coordinación de la planificación general de la actividad económica exclusiva del Estado y su eficacia trasciende a todas las Administraciones Públicas» STS, de 25 de octubre de 1999, (RJ 2000, 2006) FJ. 3 y 7; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos (a propósito de la STS 21 de marzo 2002 (RJ 2002,4319))”, Rvta. AS, nº 5, 2002 (BIB 2002/2266)

⁴⁷ Por todas STC 62/2001, de 1 de marzo (RTC 2001/62) y Auto TC, nº 85/2011, de 7 de junio (RTC 2011/85 Auto); STS, de 18 de mayo de 1998 y 19 de octubre de 1999, STS, de (4778/2000)FJ.5º STSJ Madrid, de 28 de septiembre de 2012; de Andalucía, de 26 de enero de 2007 y 4 de enero de 2008, 9 de julio de 2007; STSJ Cataluña, de 21 de enero de 2011, 6 de octubre de 2011 o 1 de febrero de 2012.

negociado en un acuerdo colectivo, cuando se ve afectado por una ley, no genera derechos irrenunciables para sus destinatarios.

Un supuesto distinto al anterior es aquel en el que el supuesto de hecho que origina el recurso ya existía en la fecha de aprobación del acto. El legislador reconoce, aunque sea de forma excepcional, la retroactividad de los actos administrativos *«cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas»*⁴⁸. No puede alegarse por la Administración la limitación presupuestaria o la falta de previsión presupuestaria para negar derechos, *«pues de ser así los tribunales no podrían reconocer derecho alguno en absoluto, pues es claro que cuando un ciudadano acude a los tribunales contra la Administración es en reclamación de un derecho que la Administración deniega y que, por tanto, no es probable que tenga cubierto presupuestariamente»*⁴⁹.

El reconocimiento del carácter retroactivo de estos derechos no implica, sin embargo, que cualquier alteración que se produzca en la RPT o en la valoración de un puesto de trabajo conlleve la automaticidad en sus efectos económicos. Cualquier nueva valoración que se realice aunque sea parcial, implica respetar el procedimiento legalmente previsto para la RPT o, en su caso, su valoración, que necesariamente ha de incluir su negociación en la Mesa de negociación⁵⁰ y su posterior aprobación por el órgano competente.

La doctrina judicial ha puesto de manifiesto la enorme dificultad que conlleva, el reconocimiento de derechos por la negociación colectiva y su armonización con la autonomía organizativa de la Administración. La definición de una estructura orgánica a través de un acto como es la RPT y su ejecución ha evidenciado su dificultad aplicativa cuando la objetividad de su determinación se relaciona con la subjetividad de los derechos de los individuos que ha de reconocer.

⁴⁸ Artículo 57.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común(BOE 27/11/1992)

⁴⁹ STSJ de Castilla-La Mancha, nº 181/2007, de 5 de julio (RJCA 2007/689)

⁵⁰ STS, de 7 de noviembre de 2011 (RJ 2012/1968) FJ. 3.

LA SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN DE LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO

Dr. Miguel Gutiérrez Pérez
*Profesor en el Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Extremadura.

SUMARIO

- 1. LA DOBLE VÍA EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO**
- 2. HABILITACIÓN PARA LA MODIFICACIÓN O SUSPENSIÓN DE LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
- 3. LA SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN DE LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR IMPERATIVO LEGAL**
- 4. EL RETROCESO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO: SU EQUIPARACIÓN CON LOS FUNCIONARIOS**
- 5. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DEL ART. 82.3 ET AL PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO**

1. LA DOBLE VÍA EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO

Debemos partir de la base de que en el marco normativo de nuestro país nos vamos a encontrar con dos sistemas de negociación diferenciados, aplicables a funcionarios y personal laboral en el sector público.

En concreto, en primer término, los funcionarios se van a regir por el la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), específicamente por el Título III de la referida norma. De este modo el artículo 38 EBEP, en su apartado primero viene a establecer que en el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones. Por otro lado, nos encontraremos en el sector público con el sistema de negociación del personal laboral, el cual se regirá, como norma general, por el Estatuto de los Trabajadores (ET). En este sentido, el propio artículo 32 EBEP viene a reconocer que la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos del Capítulo IV del EBEP que expresamente les son de aplicación.

Hay que tener en cuenta que este distinto tratamiento jurídico del derecho a la negociación colectiva se sostiene en base al distinto anclaje jurídico para ambos colectivos, puesto que el derecho a la negociación colectiva del personal laboral va a encontrar fundamento constitucional en el artículo 37 de la Constitución Española. Mientras que el derecho a la negociación colectiva para los funcionarios públicos vendrá a ser meramente legal, a tenor de lo estipulado en el artículo 31 EBEP, el cual afirma que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo.

Tomando como base las premisas anteriores, trataremos de analizar en las próximas páginas el marco aplicable, sobre todo a raíz de las últimas reformas introducidas en el sector público, a la materia relativa a la modificación o suspensión de lo pactado en convenio colectivo, por lo que se refiere, fundamentalmente, al personal laboral que presta servicios en el sector público.

2. HABILITACIÓN PARA LA MODIFICACIÓN O SUSPENSIÓN DE LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sin duda, una de las reformas más importantes que afectan a la negociación colectiva del personal laboral en las Administraciones Públicas se llevó a cabo con la aprobación del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. En concreto, el artículo 7 de dicha norma, que añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Se trata de una previsión que ya era aplicable a los funcionarios públicos, al ser una cuestión ya abordada por el EBEP, de acuerdo con el artículo 38.10 del mismo, donde se contemplaba la revisión, suspensión o modificación unilateral de las obligaciones pactadas en convenio colectivo cuando circunstancias posteriores al momento de su conclusión escapan a toda previsión y hacen difícil la ejecución por una de las partes, requiriendo una causa excepcional sobrevenida en el momento de la firma de los acuerdos.

Por tanto, tras la reforma indicada, se trata de una estipulación aplicable en los mismos términos al personal laboral del sector público. Si bien, debe tenerse en cuenta que sobre esta cuestión se ha venido pronunciando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al afirmar que con anterioridad a la reforma el precepto 38.10 EBEP no resultaba de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas.¹

Analizaremos, pues, las exigencias o requisitos que establece, a partir de la reforma, la Ley, al objeto de proceder a la suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo, por lo que se refiere al personal laboral del sector público.

En primer lugar, se establece en la norma que la suspensión o modificación de lo pactado en el convenio colectivo debe ser valorado por el órgano administrativo que firmó el acuerdo. En segundo lugar, ha de revestir carácter económico y, por último, debe motivarse en el interés público. En este sentido, se entiende que concurre causa grave de interés público, derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas, cuando las Administraciones Públicas deban adoptar

¹ STS de 28 de septiembre de 2011, RJ 2011/76/11 y STS de 14 de noviembre de 2012, RJ 2013/177.

medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

Ya dijimos, al comienzo de este trabajo, que la estipulación contenida en el nuevo artículo 32 EBEP supone extender al personal laboral una previsión que ya se contenía en el artículo 38.10 EBEP para los funcionarios públicos², con lo que parece razonable acudir para llevar a cabo el análisis de aquel precepto a la jurisprudencia emanada como consecuencia de la aplicación del referido artículo 38.10 EBEP, con anterioridad a la reforma, a los funcionarios públicos. Habida cuenta de que la misma será plenamente aplicable a la previsión normativa establecida para el personal laboral en idénticos o similares términos a la establecida en su momento para los funcionarios.

En este sentido, debemos hacer referencia, en primer lugar, en esta materia, a la STS- sala de lo contencioso Administrativo- de 16 de mayo de 2012, RJ 5265, en la cual se afirma que los pactos y acuerdos solo pueden ser válidamente incumplidos por la Administración por causa excepcional y grave de interés público, derivadas de circunstancias imprevistas cuando se firmaron. Por tanto, se vienen a recoger en la jurisprudencia del Tribunal Supremo los requisitos de validez para el incumplimiento por la Administración de los pactos o acuerdos, concretándose en el carácter excepcional de la medida, la concurrencia de una causa grave de interés público y la concurrencia de circunstancias no previstas en el momento de la firma del pacto o acuerdo. Dichas exigencias han quedado reflejadas en el artículo 32 EBEP.

Por otro lado, se viene a concretar por parte de la jurisprudencia que dados los términos de excepcionalidad en que está redactado el precepto (art. 38.10 EBEP), la concurrencia del requisito exigible “causa grave de interés público” y la necesidad de la suspensión o modificación para “salvaguardar el interés público” deberían ser debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación³. Exigencia ésta que, de la misma manera, habrá de concurrir en el caso de que se pretenda la suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo en el caso del personal laboral en el sector público.

Asimismo, la doctrina judicial viene a esgrimir la necesidad de que concurren las circunstancias de fondo que permiten activar la figura que venimos examinando,

² PEÑA FERNÁNDEZ, E.: “La Administración puede suspender unilateralmente la vigencia de acuerdos suscritos con organizaciones sindicales de funcionarios por razón de alteración sustancial de las circunstancias económicas y necesidad de contención del déficit público”. Revista Aranzadi Doctrinal 5/2012, BIB 2012/1244. DAMIAN MORENO, J.R.: “La “Seguridad del Derecho versus el Derecho a la Suspensión de los acuerdos colectivos de los funcionarios públicos”. Revista Aranzadi Doctrinal, 6/2012, BIB 2012/2908.

³ STS de 28 de septiembre de 2011, RJ 2011/7611.

así como la necesidad de que exista correspondencia entre los problemas aducidos y las medidas adoptadas. Esto es, se viene a imponer que verdaderamente nos hallemos ante el presupuesto habilitante para activar la suspensión o modificación, así como que la medida modificativa o suspensiva adoptada sirva para paliar los problemas esgrimidos por la Administración Pública⁴.

Por último, se viene a concretar por parte de la doctrina judicial española que la desvinculación unilateral de lo pactado ha de estar justificada por una «causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas». Por tanto, no es cualquier razón grave de interés público la que justifica la desvinculación sino exclusivamente la de carácter económico, tal cual se viene a recoger expresamente en el artículo 32 EBEP, a raíz de la reforma introducida por el RDL 20/2012⁵.

En otro orden de cosas, debe advertirse que desde el propio precepto se viene a contemplar una garantía legal, la cual se concreta en que la modificación o suspensión se llevará cabo en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. Esto es, se ve plasmado aquí el principio de necesidad o indispensabilidad, al objeto de procurar, tal cual se desprende del referido principio, que la medida restrictiva propuesta en este caso por la Administración sea indispensable para la consecución de la finalidad perseguida, esto es, salvaguardar el interés público, por no existir otra que consiguiendo los mismos objetivos, esto es, siendo igual de eficaz, sea menos gravosa para los trabajadores en este caso.

No obstante, más allá de la garantía legal establecida en el precepto, a la cual acabamos de referirnos, una de las críticas que puede recibir el referido artículo es la unilateralidad en la apreciación del interés público, puesto que, de acuerdo con la norma, la misma corresponde en exclusiva a la Administración Pública. En este sentido, se viene apuntando por parte de la doctrina científica que esta circunstancia viene a generar un importante problema, y es que la apreciación del interés público en manos de una de las partes genera inseguridad jurídica e indefensión, ya que en este caso la Ley no establece ningún mecanismo de negociación entre las organizaciones sindicales y la Administración Pública, viniendo a desempeñar los interlocutores sociales un papel secundario, al ser aquellos meros receptores de la información. Parece, por tanto, que en este supuesto, la finalidad del legislador no viene a ser otra que la de intentar reducir las funciones atribuidas por el ET a los representantes legales de los trabajadores en materia negociadora⁶.

⁴ STSJ-Sala de lo contencioso administrativo- Castilla La Mancha, de 21 de e marzo de 2012, RJCA 2012, 237.

⁵ STSJ-Sala de lo contencioso administrativo- Castilla La Mancha, de 8 de febrero de 2012, RJCA 2012,86.

⁶ MARÍN ALONSO, I.: “La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva al desistimiento del derecho a la negociación colectiva”, Relaciones Laborales, nº 4, 2013, pp. 29 y ss.

3. LA SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN DE LO PACTADO EN CONVENIO COLECTIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR IMPERATIVO LEGAL

Debemos tener en cuenta que, si bien, tal cual hemos examinado, el artículo 32 EBEP habilita a las administraciones públicas a suspender o modificar en el futuro lo que previamente pactaron con los representantes del personal laboral por determinadas circunstancias económicas. A ello habrá de unirse un segundo supuesto contemplado en la norma, y es que la Ley impone la suspensión o modificación de lo pactado en todas las Administraciones Públicas respecto de determinadas materias, que mejoren lo dispuesto en el EBEP u otras leyes laborales. En este sentido, las materias afectadas son las siguientes:

Vacaciones, en este sentido, el artículo 50 EBEP, en su redacción dada por el artículo 8 del RDL 20/2012, viene a establecer que los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor⁷.

Permisos por asuntos particulares y días adicionales de libre disposición o de similar naturaleza, en este sentido el artículo 48 EBEP, de acuerdo con la redacción dada por el artículo 8 del RDL 20/2012, afirma que los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos: a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad. Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad. b) Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día. c) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine. d) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración. e) Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas. f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividirse 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. Este derecho podrá ser

⁷ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2218-2013, contra el artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. En este sentido, cabe destacar que el JCA de Galicia, de 20 de junio de 2014, JUR 2014, 188320, considera procedente la denegación de la solicitud de reconocimiento de días adicionales de vacaciones en función de los años de servicios, a tenor del principio de primacía de la normativa aplicable.

ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen. Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente. Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones. h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda. Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida. i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes. j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral. k) Por asuntos particulares, cinco días al año⁸.

Prestación económica por incapacidad temporal, en este sentido, en el artículo 9 del RDL 20/2012 se lleva a cabo el establecimiento de complementos máximos a abonar por la Administración⁹.

⁸ Del mismo modo, El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 21 de mayo 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 2218-2013, contra el artículo 8 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

⁹ Así, el artículo 9 viene a establecer que cada Administración Pública, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrá complementar las prestaciones que perciba el personal funcionario incluido en el Régimen General de Seguridad Social y el personal laboral a su servicio en las situaciones de incapacidad temporal, de acuerdo con los siguientes límites: 1.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el cincuenta por ciento de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el setenta y cinco por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del día vigésimo primero, inclusive, podrá reconocerse una prestación equivalente al cien por cien de las retribuciones que se vinieran percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. 2.º Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, la prestación reconocida por la Seguridad Social podrá ser complementada, desde

Pagas extras, donde en el artículo 2 del RDL 20/2012 se viene a establecer que el personal laboral no percibirá las cantidades en concepto de gratificación extraordinaria con ocasión de las fiestas de Navidad o paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre del año 2012. Esta reducción comprenderá la de todos los conceptos retributivos que forman parte de dicha paga, de acuerdo con los convenios colectivos que resulten de aplicación¹⁰.

Crédito horario y permisos sindicales de los representantes de los trabajadores, estableciéndose en el artículo 41 d) EBEP una determinado escala a favor de aquellos.

Adicionalmente, el art. 16 del RDL 20/2012 establece una cláusula suspensiva de cierre, conforme a la cual se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público suscritos por las Administraciones Públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en la norma.

En la práctica la inaplicación estará más cerca de la derogación que de otra figura, pero en hipótesis lo ahora desplazado recuperaría su vigencia en cuanto sea posible. Ello justifica la formula usada¹¹.

Ahora bien, hay un aspecto importante que debemos tener presente, en relación a la suspensión o modificación de lo pactado en convenio, en cuanto a las referidas materias, y es que ello no requiere la apreciación de la grave situación económica de la Administración, es el legislador el que impone dicha medida. Esto es, la Ley establece los contenidos de estas materias y los concibe como topes máximos no mejorables.

La finalidad que parece perseguir el legislador en este caso no parece ser otra que la de homogeneizar las cuestiones laborales de funcionarios y personal laboral que impliquen coste económico para la Administración¹².

el primer día, hasta alcanzar como máximo el cien por cien de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad.

¹⁰ El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 10 de septiembre de 2013, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 3642/2013, en relación con los artículos 2.2 y 6 del RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, en su aplicación al personal laboral del sector público, por posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

¹¹ MARÍN ALONSO, I.: “La progresiva desprotección del trabajador público frente al trabajador común: de las singularidades de la regulación individual y colectiva...”, op. cit; pp. 29 y ss. Asimismo, puede consultarse SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (RDL 20/2012, de 13 de julio”, Aranzadi Social, 5,2012, p. 5.

¹² *Ibidem*, op. cit; pp. 29 y ss.

4. EL RETROCESO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO: SU EQUIPARACIÓN CON LOS FUNCIONARIOS

A raíz del escenario que ha surgido merced a la reforma introducido en relación a la negociación colectiva en el sector público, tras la aprobación del RDL 20/2012, podemos argumentar que a partir de la aprobación de aquella norma se han venido a establecer trabas al desarrollo de la autonomía colectiva en el sector público, en especial, por lo que se refiere al personal laboral de la Administración Pública. Los argumentos que servirán para justificar dicha afirmación pueden concretarse en los siguientes:

En primer lugar, es evidente que tras la referida reforma legislativa se impide que el convenio colectivo cumpla su función básica de mejorar lo establecido en Ley.

Por otro lado, se ha llevado a cabo una reducción de la posibilidad de autorregulación de las partes, puesto que será la Administración la que de manera unilateral podrá determinar la suspensión o modificación de lo previamente pactado por las partes, o bien la regulación de determinadas materias viene impuesta directamente por el legislador, sin posibilidad de que dichas disposiciones legales puedan ser mejoradas por acuerdo entre las partes. O lo que es lo mismo, la Ley lleva a cabo una imposición heterónoma de condiciones de trabajo a través de la misma, sin que se conceda posibilidad alguna de mejora por vía de la negociación colectiva.

Verdaderamente, se trata de establecer un régimen negociador del personal laboral semejante al de los funcionarios públicos, donde, tal y como ya apuntamos, los aspectos más sensibles vendrán predeterminados por Ley, que fija un umbral máximo no mejorable.

Por tanto, a tenor de los anteriores extremos, parece evidente que se generan problemas de inconstitucionalidad, al verse afectado, que duda cabe, el contenido esencial de la negociación colectiva del personal laboral en el sector público, cuyo fundamento constitucional, como sabemos, encuentra amparo en el artículo 37 CE, puesto que se viene entendiendo que se reduce de manera significativa el espacio ocupado por ésta en nuestro Ordenamiento Jurídico y se establecen nuevos impedimentos a la misma en el ámbito de la Administración pública. El corsé que se pretende poner a la autonomía colectiva en el sector público no hace sino asfixiar a la genuina manifestación de la negociación colectiva en este ámbito. Ya que las medidas que en el ámbito colectivo ha introducido el RD Ley 20/2012 chocan de frente con la naturaleza y efectos propios de los convenios colectivos.

En otras palabras, de las anteriores medidas analizadas, esto es, la habilitación a la Administración Pública para modificar o suspender en el futuro lo previamente pactado en convenio colectivo ante la concurrencia de determinadas circunstancias económicas, y la imposición legal de suspensión o modificación de determinadas materias, estableciéndose topes máximos no mejorables, se puede deducir con meridiana claridad que se han puesto importantes trabas al desarrollo de la autonomía colectiva del personal laboral en el sector público, ya que con la primera de las medidas establecidas se permite que sea única y exclusivamente una de las partes la que pueda proceder a llevar a cabo la modificación de lo previamente pactado, si aprecia la concurrencia de las circunstancias habilitantes, sin que en dicho procedimiento modificativo se prevea la intervención de la contraparte con la que se llevó a cabo la negociación previa, con lo que asistimos, en este caso, a una clara ruptura de los equilibrios que son exigibles en materia de negociación. En el caso de la segunda medida, igualmente, asistimos a importantes trabas en el desarrollo de la autonomía colectiva, puesto que dicha medida supone una reducción de la posibilidad de autorregulación por las partes. Además, se impide que el convenio colectivo cumpla su función básica de mejorar lo establecido en Ley, llevándose a cabo una imposición heterónoma de condiciones de trabajo a través de aquella. Todo ello, hace que nos tropecemos con graves problemas de inconstitucionalidad, al quedar afectado, y porque no decirlo, tocado y hundido, el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ex artículo 37 CE¹³.

5. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DEL ART. 82.3 ET AL PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Tras el análisis de la reforma introducida en relación al artículo 32 EBEP, la cuestión que se nos plantea en estos momentos es si cabe la posibilidad de aplicar el artículo 82.3 ET al personal laboral de la Administración Pública. La respuesta a este interrogante, pese a no ser nada sencilla, parece que habrá de ser afirmativa, a tenor de lo establecido en el propio artículo 32.1 EBEP, el cual, como sabemos, establece que la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral. Sin embargo, dicha aplicación estará condicionada por el EBEP, al afirmar el último inciso del propio artículo 32.1, sin perjuicio de los preceptos que le son de aplicación.

¹³ GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “El deterioro de la negociación colectiva tras las últimas reformas”. En AAVV.: El derecho a la negociación colectiva. Libro homenaje al Profesor Antonio Ojeda Avilés, CARL, 2014, pp. 235 y ss.

Por tanto, al objeto de aplicar el artículo 82.3 ET¹⁴, relativo al descuelgue de condiciones de trabajo, al personal laboral en el sector público, será necesario que concurren una serie de presupuestos:

Que no concurren las circunstancias o presupuestos habilitantes del art. 32.2 EBEP (límite causal). Por lo que en aras de aplicar el artículo 82.3 ET al personal laboral de sector público, se hace necesario que concurren en el mismo causas técnicas, organizativas o de producción, para poder llevar a cabo la modificación. Puesto que debe entenderse que la causa económica recogida en el art. 82.3 ET no sería aplicable en el sector público, puesto que las circunstancias económicas habilitarían la modificación vía art. 32.2 EBEP.

Que se trate de materias no suspendidas o modificadas imperativamente por Ley, estableciéndose topes máximos (límite material). Esto viene a significar que solo será aplicable el procedimiento de modificación de condiciones laborales del art. 82.3 ET, al personal laboral en el sector público, cuando se trate de materias no modificadas o suspendidas imperativamente por Ley. Por tanto, entre las materias que podrían ser objeto de modificación, en el caso del personal laboral del sector público, mediante el procedimiento establecido en el referido precepto del Estatuto de los Trabajadores, podemos citar, a título de ejemplo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 ET o mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, siempre que no se trate de materias reguladas por ley, tal cual es el caso de la incapacidad temporal.

Finalmente, en el caso de aplicación del art. 82.3 ET al personal laboral del sector público, siempre y cuando concurren las circunstancias que hemos expuesto, debe tenerse en cuenta, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no es necesario acuerdo con los representantes de los trabajadores cuando afecta a condiciones reguladas en pacto extraestatutario, por no haber sido registrado ni publicado¹⁵.

¹⁴ Sobre este artículo puede consultarse, GUTIÉRREZ PÉREZ M.: “La flexibilidad interna y externa negociada: el papel de los representantes de los trabajadores en materia de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, descuelgue salarial y despido colectivo”. En AA.VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J y MARÍN ALONSO, I. Coords.): El nuevo derecho de la negociación colectiva. Actualizado tras la Ley 3/2012. Tecnos, 2013.

¹⁵ STS (sala de lo social), de 23 de octubre de 2012. RJ 2012/10712.

SEGUNDA PONENCIA

CONTRATACIÓN Y ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

Antonio Márquez Prieto
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. EMPLEO PÚBLICO Y EMPLEADOS PÚBLICOS**
- 3. SELECCIÓN Y ACCESO**
- 4. CONTRATACIÓN Y ACCESO A LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO**

1. INTRODUCCIÓN

Es lógico que la consideración y el sentido de lo público adquieran un relieve particular en este estudio. Es decir, que no nos quedemos en la noción subjetiva de empleo público, en el hecho de que es la Administración Pública, como sujeto empleador, la que modula de forma esencial esta relación de empleo. El caso es que dicha circunstancia, aparentemente subjetiva, se fundamenta en una razón objetiva: que la propia Administración adquiere sentido en el servicio al bien jurídico de todos los ciudadanos. Por lo que quienes están al servicio de ella, están en realidad al servicio de lo público. Pero, a partir de ahí, es necesario superar un umbral: más allá de esgrimir la noción abstracta o meramente simbólica de lo público, como si de una bandera se tratase, es necesario el esfuerzo de desentrañar el sentido jurídico del objetivo constitucionalmente asignado a la Administración Pública: servir “con objetividad los intereses generales (...) con sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (art. 103.1 C.E.). Es eso lo que pretendemos. Partiendo de la necesidad de la Administración de contar con servidores públicos (es éste nuestro punto de arranque) debemos preguntarnos cuáles son los particulares caracteres del empleo público que exigen una determinada configuración de los procedimientos, tanto de acceso como de contratación, teniendo en cuenta que los primeros afectan al personal funcional y laboral, mientras que los segundos sólo pueden ser aplicados a los trabajadores; para ir simultáneamente indagando y valorando los elementos comunes y diferenciales de esos dos tipos de relaciones jurídicas, en la medida en que, aún con su distinta naturaleza, se ven igualmente mediatizadas por ese ámbito público común. Abordando, en definitiva, para la profundización adecuada en los fundamentos del empleo público, los principios jurídicos –que perfilan tanto la configuración de este sector profesional como, consecuentemente, las vías de ingreso- enunciados en la propia constitución y reflejados con más detalle en la ley. Al respecto, la labor de los tribunales de justicia y las aportaciones de los juristas nos han de servir para calibrar y sopesar el significado global y concreto, la problemática real, las posibilidades y las oportunidades de interpretación y mejora de esta regulación jurídica que, en este cruce de ámbitos entre el empleo y lo público, ofrece una configuración ciertamente compleja.

2. EMPLEO PÚBLICO Y EMPLEADOS PÚBLICOS

A siete años vista de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que establece el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), puede apreciarse con mayor claridad que dicha norma ha supuesto, de acuerdo con el objetivo pretendido, el gran hito de establecer por primera vez un marco regulador común a todas las relaciones de empleo público. Según expresa su Exposición de Motivos, “contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”,

de forma que “el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado”. La misma ley, considerando que el personal es el elemento más importante para satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena Administración -dentro de un proceso de reforma que considera “previsiblemente largo y complejo”-, es consciente de haber dado un paso crucial. Ciertamente, es a partir de dicha norma cuando puede visualizarse la consolidación jurídica del ámbito de empleo público.

Pero, juntamente con el establecimiento de este nuevo marco regulador, verdaderamente fundamental, podemos anticipar que adquiere la mayor relevancia analizar la forma en que se ha producido. Con ello se quiere decir no solamente que la opción por un sistema dual de empleados públicos, tanto funcionarios como trabajadores, constituye un punto de no retorno –en los términos que luego se expresan-; sino, sobre todo, que el acceso a la función pública, cuya regulación es atribuida al legislador, por parte del artículo 103.3 de la Constitución, como elemento esencial del estatuto de los servidores públicos -siendo éstos, a su vez, el cuerpo real de la Administración que ha de orientarse a los intereses generales-, es configurado en la Ley de 2007 con la siguiente orientación: en primer lugar, aunando ese mandato constitucional con el derecho ciudadano –igualmente constitucional- de “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” (art. 23.2 C.E.), lo que supone conectar la garantía de “buena administración”, que requiere de empleados con la mayor cualificación y competencia profesional, con el aseguramiento de un conjunto equilibrado de derechos y deberes de aquéllos; en segundo lugar, atendiendo, de forma adecuadamente ordenada, a los principios invocados al respecto en la Constitución, propugnando, igualmente, un cambio de cultura administrativa, “en la línea de los principios inspiradores de la gobernanza”¹; y en tercer lugar, dejando al descubierto de ese estatuto “común”, pero de “nivel mínimo”, las regulaciones de los dos colectivos diversos, funcionarios y trabajadores, de ahí que se deba hablar simultáneamente de “empleo público” y de “empleados públicos”.

Pero, en la medida en que esta Ley de Estatuto Básico establece una conexión –aparente²- entre las regulaciones jurídicas de los tres ámbitos (funcionarial, laboral y común), y en la medida en que en dicha conexión juega un papel esencial el

¹ La frase pertenece al texto de la Orden APU/3018/2004, de 16 de diciembre, por la que se constituye la comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. El texto de la Orden explicita lo que entiende por gobernanza: “el modo de gestión característico de nuestra era: principio de la apertura y la transparencia, de la participación, responsabilidad, eficacia y coherencia”. Un tratamiento profundo al respecto puede consultarse en Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas de buena administración: el estatuto básico del empleado público”, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P. (Dirección y Coordinación), *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario Sistemático de la Ley 7/2007*, de 12 de abril, Comares, Granada, 2008, pp. 1 a 61.

² Es una conexión aparente, declarada legalmente por parte de la Ley 7/2007. Es la conexión que resulta a simple vista, de la que, como luego se explica, se extrae un pobre resultado. Sin embargo, es necesario ahondar en una conexión más profunda, construida en base a principios jurídicos, según más adelante se expone.

sistema de selección de personal, pueden encontrarse pistas muy valiosas para la indagación de la naturaleza de las relaciones jurídicas que, por nombramiento o por contratación, se han de constituir tras el acceso al empleo público. Para dicha indagación son importantes los principios invocados, como indicación de un camino que aún no está más que en parte recorrido. Además de los derechos y deberes establecidos, que apuntan a la construcción de un estatuto profesional común, del que todavía habría que esperar un mayor avance. Y, por último, la regulación normativa contenida en el texto de la Ley, que en algunas ocasiones sigue los principios enunciados y los derechos y deberes establecidos, y sin embargo, en otras ocasiones los ignora. Puede, en definitiva, anticiparse una valoración crítica en la que el intento de avanzar jurídicamente se mueve en un contexto de no pocas sombras³.

La afirmación de que la Ley 7/2007 constituye un punto de no retorno se refiere a la opción legal por el modelo dual de empleo público. Téngase en cuenta que ésta es la ley que ha venido a cumplir, casi treinta años después, el mandato constitucional del artículo 103.3 C.E., que atribuye al legislador ordinario la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, incluyendo el sistema de acceso a la función pública. Aunque después de tres décadas ya no sorprende el hecho de que el estatuto presentado por el legislador en 2007 no sea sólo de funcionarios, sino que incluye también a los trabajadores en la mención genérica al “empleado público”. No sorprende por el hecho de que en la práctica las Administraciones Públicas ya venían manteniendo la coexistencia de esos dos colectivos profesionales, habiéndose incluso radicalizado esa dualidad de regímenes en los últimos años⁴, haciendo uso de la permisión legal –no proscriba constitucionalmente– de

³ “Sin embargo, es constatable entre lo que debería ser hoy la «actividad de servicio público» y el «interés general», en la configuración constitucional y en su comprensión social, y la «degeneración» que presenta este modelo normativo en la realidad práctica. Muchos factores contribuyen a este lacerante desfase, entre los que hemos de lamentar se sitúan en nuestros tiempos situaciones que creíamos de otros más lejanos, como la persistencia de un uso como privilegios de las «potestades administrativas» de organización, o el predominio asfixiante de la «cultura burocrática en la actividad pública» y, con extrema frecuencia, un cierto «nepotismo», entendido de forma tradicional y en sus nuevos sentidos, en la atribución y gestión de los empleos públicos, al que no acceden las personas más «meritorias» y capacitadas sino las que mejor se «relacionan» -escrito sea en términos eufemísticos- con los que asumen tales decisiones, los que hemos de tener por «responsables públicos» (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas de buena administración...”, op. cit., p. 18). Vid., igualmente, Castillo Blanco, F.A., “El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿un paso adelante en la reforma de nuestro sector público?”, en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P., *El Estatuto Básico del Empleado Público*, op. cit., pp. 63-95, especialmente el apartado “IV. El Estatuto Básico del Empleado Público: un texto normativo con luces y, como todo, con sombras” (pp. 84-90); Cardenal Carro, M., “Un Estatuto para los Empleados Públicos”, en AA.VV., XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “El estatuto básico del empleado público”, Laborum, Murcia, 2008, pp. 9-110, espec. 32-35.

⁴ Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., entre otros, se refieren, en términos muy críticos, a esta imposición en la práctica del modelo dual, como consecuencia de primar la llamada flexibilidad por encima de la racionalidad organizativa y gestora, habiendo experimentado además, en los últimos años un “desarrollo exponencial”, no sólo por vías directas, sino también indirectas, aludiendo al fenómeno de la externalización o privatización de servicios públicos, que ha puesto de manifiesto la propia Comisión de Expertos en su Informe (Ib., 20 y 21).

seleccionar personal laboral para ser enrolado en la Administración. Se trataba de una posibilidad legal excepcional, que había estado además sujeta a vaivenes por parte del legislador⁵. Por lo que la consolidación legal de esa práctica extendida -de dualidad de ámbitos de empleados públicos-, precisamente por parte de la ley que ha cumplido el mandato constitucional de establecer un estatuto de funcionarios públicos -y de regulación del acceso a la función pública-, podemos decir que no admite retroceso, sobre todo si consideramos las opciones que el legislador tenía al respecto.

En efecto, las alternativas no estaban entre atender estrictamente al modelo funcional inicial o abrir el ámbito del empleo público al personal laboral, sino que, como lo segundo ya constituía una realidad evidente, la cuestión era sólo de qué forma mantener esa dualidad, sin que tampoco cupiera la opción de no mantenerla, porque la reducción a un solo colectivo resultaba prohibido constitucionalmente por la vía de la laboralización (ya que el TC interpreta el art. 103.3 C.E. en términos de preferencia constitucional por el colectivo de funcionarios), siendo igualmente impracticable el camino de la funcionarización, en un contexto de racionalización y modernización del empleo público. Ello no sólo se acepta, con realismo, por parte de la doctrina⁶, sino que la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2007 afirma que la dualidad de regímenes “presente también con unas u otras peculiaridades en la mayoría de los Estados europeos”, obedece a la tendencia a la diversidad administrativa, como consecuencia de la fragmentación, en una pluralidad de entes y organismos, de la “organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas y organismos de muy diverso tipo”, añadiendo el conocido argumento de la oposición entre la rigidez de la legislación administrativa y la flexibilidad de la legislación laboral, más próxima a los criterios de gestión de la empresa privada⁷. Ante dicha situación, la verdadera alternativa por la que ha optado el legislador ha sido la de avanzar en el proceso de aproximación

⁵ Escuin Palop, V. (“Capítulo I. Definición y clases de empleados públicos”, en Pérez Alonso, M. A., Belando Garín, B. y Fabregat Monfort, G. (Directoras), *Derecho del empleo público*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 17-37, espec. 20 y 21) explica que ya tras la Ley de Funcionarios de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) se empezó a extender la contratación laboral; aunque es a partir de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, cuando se admite un régimen paralelo de Derecho Laboral. La STC 97/1987 limitó la libertad de clasificación de puestos como funcionario o laboral, siendo corregidas las modificaciones establecidas por dicha sentencia en la Ley 23/1988 de Modificación de la Reforma de la Función Pública, limitando así sensiblemente la discrecionalidad administrativa inicial que presentaba la Ley 30/1984.

⁶ Gosálbez Pequeño, H., Mellado Ruiz, L. y Roca Fernández-Castany, M. L., *Manual Básico de Derecho del Empleo Público*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 43-50; Escuin Palop, V., “Capítulo I. Definición y clases de empleados públicos”, op. cit., pp. 22 ss. y 36-37.

⁷ Así sigue diciendo la Exposición de Motivos: “En fin, la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración”.

y convergencia de regulaciones correspondientes a ambos colectivos de empleados públicos –en lugar de la simple convalidación de la situación legal y fáctica preexistente-, siendo este paso firme hacia adelante el que constituye en realidad el punto de no retorno.

Se trata, como ya se ha dicho, de un paso, muy significativo, pero que requiere ser proseguido de otros pasos en el mismo sentido, para continuar el proceso de reforma iniciado. La Ley 7/2007 deja la determinación de cuestiones importantes a las normas de desarrollo, siendo un ejemplo de ello la necesaria fijación de funciones y puestos que deben corresponder a cada uno de los ámbitos de empleados públicos⁸. En este sentido, la Ley, en la medida en que ha establecido el Estatuto Básico del Empleado Público, *podría haber avanzado más* hacia la configuración de un “estatuto constitucional”⁹ común, teniendo en cuenta que tanto la Constitución como la doctrina del Tribunal Constitucional permitirían una mayor profundización al respecto. Debemos, pues, fijarnos un poco más en la profundidad de este escenario, que de momento aparece un tanto pobre, intentando revelar sus verdaderas claves.

Se partía de la imposibilidad de agotar la regulación legal de los colectivos funcionarial y laboral, y, por tanto, ello quedaba fuera de los objetivos de esta Ley, aceptándose que, más allá del propósito de definir el ámbito del Estatuto del Empleado Público, quedarían definidos en realidad tres ámbitos reguladores, añadiendo también los correspondientes a cada uno de los dos colectivos –en cuya regulación también se incide parcialmente-. Es por ello, insistimos, por lo que debemos hablar de “empleo público” (al que corresponde un estatuto básico común) y de “empleados públicos” (a los que corresponden, adicionalmente, dos estatutos diferenciados). Es decir, que un mayor avance en la configuración de un estatuto común, un estatuto constitucional de derechos profesionales más completo, habría influido positivamente en la reducción de las incertidumbres, lagunas o contradicciones de los dos ámbitos diferenciados. Pero, nuevamente aquí, interesa la forma en que se adopta y expresa esta decisión normativa, a través

⁸ El art. 9.2 EBEP reserva a los funcionarios “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”. Como había sugerido la Comisión de Expertos, habría sido muy deseable, para evitar discriminaciones, que hubiera un solo estatuto para cada función, la llamada “regla de oro”, lo que habría requerido determinar las funciones a cubrir por uno u otro colectivo (otra vía habría sido aproximar mucho más la regulación de ambos colectivos). El mencionado art. 9.2, que recoge en realidad la fórmula establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (S. 30-9-2003, asunto C-47/2002) no pretende delimitar las tareas de los funcionarios, sino “establecer un principio general de reserva de funciones que corresponden al núcleo indeclinable de la actividad administrativa, de manera que no está prejuzgando el contenido mínimo de las tareas que han de quedar reservadas a los funcionarios. La delimitación de funciones propias del funcionario es tarea que se confía al legislador del Estado y de las Comunidades Autónomas” (Goñi Sein, J.L., “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV., XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “El Estatuto Básico del Empleado Público”, Laborum, Murcia, 2008, pp. 143 y 144).

⁹ Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas...”, op. cit., p. 23.

de todo el texto legal, en la medida en que establece una conexión –profunda– entre la regulación de los diversos ámbitos de empleados públicos, construida en base a *principios jurídicos*. Ello constituye una buena oportunidad para analizar la naturaleza de la relación jurídica de empleo público –y entrar así en el verdadero escenario– siguiendo la pista cierta que expresa la primera línea de la Exposición de Motivos acerca del texto legal: dice que “establece los *principios generales* aplicables *al conjunto de las relaciones de empleo público*”. Siendo esta pista la que nos abre la puerta del verdadero escenario.

Veamos, pues, cuál es el papel fundamental de los principios jurídicos en la configuración del Estatuto Básico del Empleado Público para, en el siguiente apartado, analizar cómo esos principios intentan ordenar los procesos de selección y acceso a puestos en la Administración, dejando para el último apartado la valoración del tipo –y naturaleza– de relación para la que son seleccionados los empleados públicos (la relación jurídica administrativa y, particularmente, la relación jurídica laboral).

El sentido de la Ley del EBEP –así como el de los principios jurídicos que invoca– debe ser interpretado en el contexto del “enfoque de gobernanza”, como han señalado los profesores Monereo Pérez y Molina Navarrete, en línea con el “Libro Blanco sobre la Gobernanza”¹⁰. Dichos autores, que alertan sobre la “práctica extendida de abuso en la utilización del término ‘Gobernanza’ más allá de toda coherencia discursiva”, conectan dicho enfoque con la *forma* de llevar a cabo las políticas a nivel europeo, con la *orientación* al “buen gobierno democrático de las sociedades contemporáneas” y con la *calidad* de los procesos de toma de decisiones con la *participación* de los ciudadanos en los asuntos públicos” (intentando superar el déficit democrático y de legitimación). Y añaden que “desde el punto de vista estrictamente jurídico existe una cierta relación entre Gobernanza y Derecho flexible”, mencionando además la relación con el “Derecho débil” y el “Derecho reflexivo”¹¹. También existe una gran similitud entre los enfoques de

¹⁰ Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, “La gobernanza europea – Un libro Blanco” [COM (2001) 428 final – Diario Oficial C 287 de 12.10.2001]. Como “Síntesis”, el portal de la UE contiene la siguiente información: “Una buena gobernanza se basa en cinco principios acumulativos: apertura: las instituciones europeas deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones; participación: conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas; responsabilidad: es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido; eficacia: deben tomarse las decisiones a la escala y en el momento apropiados, y éstas deben producir los resultados buscados; coherencia: las políticas que la Unión Europea lleva a cabo son extremadamente diversas y necesitan un esfuerzo continuo de coherencia”. URL: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decision-making_process/110109_es.htm (acceso 20-11-2014).

¹¹ Es ciertamente profundo y afinado el tratamiento del enfoque de gobernanza y el análisis que desde el mismo se hace del EBEP por parte de Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C. en “Gobernanza y políticas...”, op. cit., pp. 1-61. Los entrecomillados corresponden a las pp. 2 y 5.

“gobernanza” y de “justicia relacional”¹², en la medida en que ambos enfoques constituyen propuestas adaptadas a la actual sociedad compleja de relaciones y de redes. Es decir, que desde el enfoque de justicia relacional puede abordarse el significado jurídico de la gobernanza, debido a que:

1º) La justicia relacional considera un ámbito más amplio que el estrictamente legal (de la misma forma que el enfoque de gobernanza): el ámbito de la relación jurídica, y no sólo el del contenido de ésta (derechos y obligaciones), intentando analizar la justicia social en el espacio de *socialidad* (jurídica) constituido, por la relación jurídica y el conjunto de relaciones jurídicas en red.

2º) Y, en segundo lugar, no sólo atiende a la parte estructural o institucional de la relación jurídica (la *institucionalidad*, la legalidad), sino también a la parte dinámica de esa relación, a la juridicidad viva, esto es, la conducta, el comportamiento, la actuación recíproca de los sujetos y agentes jurídicos (la *reciprocidad*). De hecho, dependiendo de si la actuación recíproca (parte dinámica de la relación) puede calificarse de comportamiento justo o injusto habrá tenido mayor éxito o fracaso la legalidad (parte estructural), como intento de regulación efectiva de las conductas de los sujetos. Por lo que se entiende que un análisis de la justicia en la relación jurídica (y en *socialidad* de relaciones jurídicas) no pueda considerar sólo el componente estructural de esa relación jurídica, sino también el componente dinámico del comportamiento interactivo.

Son estas tres dimensiones (la **socialidad*-relación y relaciones jurídicas- y sus dos aspectos o componentes: la **institucionalidad* -estructural, normativa, organizativa- y la **reciprocidad*-de conductas o comportamientos interactivos-) las que permiten comprender la gobernanza, así como la peculiar técnica legislativa de la Ley 7/2007, que representa y simboliza un proceso –más amplio- de reformas inspirado en el enfoque de gobernanza. Y son también estos criterios o dimensiones los que nos han de permitir analizar en qué medida el texto legal y el proceso real de reformas son coherentes o incoherentes con sus propios postulados.

Así, por un lado, a diferencia de leyes anteriores de Función Pública (de 1964 y de 1984)¹³, que regulaban “secamente” las competencias, procedimientos,

¹² Hemos expuesto por primera vez el enfoque de la justicia relacional en Márquez Prieto, A., *Repensar la justicia social. Enfoque relacional, teoría de juegos y relaciones laborales en la empresa*, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, Cizur Menor, 2008. E igualmente en las siguientes obras (de la misma autoría): *La calidad ambiental de las relaciones laborales*, Comares, Granada, 2011; “La justicia relacional como círculo virtuoso”, *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 14, 2014, p. 117-134; “Justicia relacional y fraternidad”, en Baggio, A., Cossedu, A. y Márquez Prieto (como coordinador), *Comares, Granada*, 2012, p. 55-89. Este último trabajo se ha publicado también en italiano (con el título “Giustiziarazionale e fraternità”) en la obra Baggio, A. (ed.), *Caino e i suoi fratelli. Il fondamento relazionale nella politica e nel diritto*, Città Nuova, Roma, 2012, p. 182-230.

¹³ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado y Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

categorías, obligaciones y derechos, ordenando, únicamente en base a normas imperativas (prácticamente sin principios inspiradores) una dinámica administrativa de carácter interno, la Ley de EBEP de 2007 intenta ir más allá de la *institucionalidad* normativa y abrirse a la *socialidad* exterior a través de principios generales, expresados de forma rotunda y sistemática. En línea con los principios inspiradores de la gobernanza (que intenta dar una respuesta de justicia y equidad a la complejidad social contemporánea¹⁴), el Informe de la Comisión de Expertos, tras aludir a la necesaria adaptación “a las complejas exigencias sociales de nuestro tiempo”, considera que “es obligación de los poderes públicos, en efecto, configurar una organización que permita satisfacer el derecho a una “buena administración” de los asuntos públicos, al servicio de los ciudadanos, derecho que reconoce hoy el texto de la Constitución para Europa” (p. 9), afirmando, como propuesta, que “es preciso articular el contenido del Estatuto Básico del Empleado Público en torno a unos principios ordenadores explícitos” (p. 44). Y, como respuesta a dicha invitación, la Ley 7/2007 se expresa de esta forma tan decidida en el primer párrafo de su Exposición de Motivos: “El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de *servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración*”. Se ve, pues, con claridad, que no se queda en un ámbito de estricta *institucionalidad*, o legalidad normativa a secas (enfoque demasiado estrecho, que había contribuido a la necesidad de reformar la configuración jurídica de la función pública)¹⁵, sino que aborda un enfoque integral de *socialidad* (de relación jurídica y red de relaciones jurídicas), atribuyendo importancia no sólo a la parte institucional de esas relaciones sino también a su parte dinámica, es decir, a la actuación o conducta.

Siendo también, por otro lado, un rasgo llamativo del EBEP (a diferencia nuevamente de las leyes anteriores de 1964 y 1984) la atención al aspecto o dimensión del comportamiento interactivo de los sujetos y agentes jurídicos, en línea igualmente con el enfoque de gobernanza (que atribuye un valor esencial a la participación de los ciudadanos, al “cómo” o “manera” en que se ejercen los

¹⁴ Las propuestas del enfoque de gobernanza, en efecto, van claramente en esa línea de justicia en el espacio complejo de la socialidad. Así, p.e., se orienta al “buen gobierno democrático de las sociedades contemporáneas”; “la Gobernanza ha sido definida como el Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”; “por gobernanza se entiende la gestión de las interdependencias entre los actores orientada a conseguir el desarrollo humano” (Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas...”, op. cit., pp. 2 y 3).

¹⁵ Así se expresaba el Informe de la Comisión de Expertos: “La extensión de la legislación básica actual sobre el empleo público es excesiva y, por ello, demasiado rígida”(p. 39). “De hecho, esta realidad está reventando las costuras de aquella legislación básica, sea a través de leyes especiales, por medio de la práctica de la negociación colectiva o, como se ha dicho, mediante la creación de fundaciones y sociedades mercantiles públicas u otros artificios jurídicos, cuando no mediante el recurso a la “externalización” o contratación de la gestión de servicios y actividades” (p. 40).

poderes y a la calidad de los procesos¹⁶). El legislador ha querido atender de forma muy evidente a la conducta o interacción y, a la vez, orientar con la misma claridad esa dimensión del comportamiento interactivo (dimensión de *reciprocidad*) a la *socialidad*, a la relación jurídica, al igual que su dimensión institucional, puesto que todos los preceptos de la Ley quedan afectos a los principios generales de servicio a los ciudadanos e interés general, como se ha dicho. Así pues, de acuerdo con la orientación seguida por el legislador, el criterio de justicia está abierto a la *socialidad*, porque la relación jurídica –con sus dos aspectos de institucionalidad y de actuación recíproca–, queda deliberadamente abierta a los intereses generales y a la ciudadanía, estando aquí ubicado (en la *socialidad* de las relaciones, sin excluir la relación jurídica particular) el criterio de justicia, que queda como indicación clara para el intérprete jurídico, incluidos los tribunales¹⁷.

La importancia atribuida a la conducta y a su necesaria orientación de *socialidad* se expresa en la propia definición de empleados públicos (art. 8.1. EBEP), marcada por tres notas referidas a la conducta: *actividad retribuida, *en las Administraciones Públicas y *al servicio de los intereses generales¹⁸. Y ya desde el primer artículo de la Ley, se declaran los “fundamentos de *actuación*” (art. 1.3), pensados como orientación del comportamiento, no sólo de los empleados públicos, sino de todos los que intervienen en la dinámica de relaciones en las Administraciones Públicas, como autoridades, miembros de los órganos de selección, etc. Se trata de una enunciación de principios generales, con la intención de apelar a las conductas, comenzando por principios de rango constitucional y encabezados por el doble principio con el que se inicia la Exposición de Motivos: servicio a los ciudadanos y a los intereses generales¹⁹. Además, el artículo 20 EBEP prevé que las Administraciones Públicas establezcan sistemas de evaluación en base a la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados. E incluso los artículos 52 a 54 EBEP atemperan el comportamiento con arreglo a deberes de los empleados públicos, estableciendo igualmente un código de conducta con valor jurídico²⁰.

¹⁶ Cardenal Carro, M., “Un Estatuto para los Empleados Públicos”, op. cit., pp. 93-97; Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas...”, op. cit., pp. 2 y 5.

¹⁷ Esto afirma el Informe de la Comisión de Expertos (p. 44): “(...) de los principios ordenadores debe poder deducir cualquier persona los fundamentos de nuestro modelo de empleo público. Esos fundamentos han de reflejarse después coherentemente en el contenido, en el desarrollo y en la interpretación y aplicación, administrativa y judicial, de las normas más concretas del Estatuto”.

¹⁸ Art. 8.1 EBEP: “Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”.

¹⁹ Art. 1.3 EBEP: Este Estatuto refleja, del mismo modo, los siguientes fundamentos de actuación: a) Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales. b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional. c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho. d) Igualdad de trato entre mujeres y hombres. e) Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera. f) Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos. g) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos. h) Transparencia. i) Evaluación y responsabilidad en la gestión. j) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas. k) Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo. l) Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público.

²⁰ Montoya Melgar, A. “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, en Re-

3. SELECCIÓN Y ACCESO

Podemos plantearnos qué significación tiene, en este contexto, el sistema de acceso al empleo público. De entrada, los procesos selectivos constituyen un conjunto de trámites regulados legalmente (y sobre todo a nivel reglamentario), lo que tradicionalmente se ha hecho corresponder sin ninguna duda ni problema, con la dimensión institucional-normativa. Sin embargo, siguiendo el enfoque de gobernanza, el EBEP ordena el sistema de acceso en base a principios generales, casi de forma estructural, lo cual suena contradictorio, ya que estamos acostumbrados a relacionar lo estructural con lo institucional y normativo, asignando a los principios un valor de menor importancia (“en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”, *ex art. 1.4. del Código Civil*). Pero debemos tener en cuenta el valor constitucional de algunos de dichos principios, reforzándose legalmente su efecto, en base al enfoque de gobernanza, con otros principios complementarios²¹.

La Ley 7/2007, además, no sólo declara la aplicación de esos principios generales en el primero de los preceptos dedicados al acceso al empleo público (art. 55, sobre los “principios rectores”), sino que también cuida de que el resto de preceptos los dejen traslucir (ciertamente con alguna excepción incoherente²²), recurriendo de nuevo a ellos expresamente en preceptos concretos (singularmente, arts. 60 y 61, sobre órganos de selección y sistemas selectivos). Desde el punto de vista de la justicia relacional diríamos que se intenta, *en primer lugar, complementar la parte *institucional*-normativa con la dimensión dinámica de la conducta *recíproca* y, *en segundo lugar –pero al mismo tiempo- orientar, a su vez, estas dos partes de la relación jurídica, hacia un criterio justo de *socialidad*. Así, por un lado, es interesante resaltar que la Comisión de Expertos, a la luz de los problemas reales analizados, ha considerado en su Informe (p. 90) “que una regulación general del acceso al empleo público debe quedar claramente establecida en el Estatuto Básico, tanto por lo que se refiere al personal funcionario como al personal laboral, *mediante la enunciación de los principios* que han de regir en esta materia y *mediante el reforzamiento de aquellas garantías básicas* que aseguren su cumplimiento en el más alto grado posible” (habiendo efectivamente el EBEP expresado al respecto, como se comenta luego, reglas legales que traducen los principios de forma natural y directa).

vista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, 2011, pp. 37-39.

²¹ “Conviene, en todo caso, diferenciar los principios estructurales del sistema de empleo público –a los que ahora nos referimos– de lo que debe configurarse como derechos, principios éticos y deberes de los empleados públicos, así como de los instrumentos de ordenación del personal, sobre los que trataremos en el lugar oportuno. En la exposición y sin que ello implique jerarquía alguna entre los principios generales que se enuncien, más allá de la que resulte de su rango normativo de origen, debe darse prioridad a aquéllos que, en mayor medida, reflejen las finalidades que se persiguen con la reforma legislativa, en sintonía con las exigencias de nuestro tiempo. En otros términos, su enumeración no debe responder a criterios formales, sino alas ideas y convicciones en que se basa la reforma que con el Estatuto Básico debe impulsarse” (Informe de la Comisión de Expertos, pp. 44 y 45).

²² Caso del art. 61.7. Vid infra.

Y por otro lado, recordando el enfoque de gobernanza presente en la Ley 7/2007 y la orientación a un criterio de justicia contextualizado en la socialidad, puede afirmarse que es en su artículo 55, dedicado a los “principios rectores”, donde sitúa el nudo relacional de su mecanismo de acceso al empleo público, pieza “clave de todo el sistema de empleo público”²³. Dicho precepto consigue aunar elementos y ámbitos de forma muy interesante. No sólo el reconocimiento legal de un derecho (de acceso al empleo público) y el deber de la Administración de seleccionar a su personal, diferenciados en sus dos apartados; o la invocación de principios constitucionales y legales (con esa misma distribución en apartados). Y no sólo aúna, con ser importantísimo, al personal funcionario y laboral en el reconocimiento de ese derecho²⁴ y en la aplicación de esos principios sin distinción²⁵. Sino que, sobre todo, dicho artículo representa la confluencia, en sede legal, de los artículos 23 y 103 de la Constitución, representando el primero de ellos el derecho de acceder al empleo público, en el contexto del derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos²⁶, en tanto que el segundo, la regulación del acceso a la función pública, en el contexto del servicio de la Administración a los intereses generales²⁷. Es decir, en uno y otro caso, en clave de ciudadanía, dando claramente el contexto relacional (de red de relaciones ciudadanas, de socialidad jurídica), por encima del contenido de las relaciones jurídicas (el derecho de acceder y la obligación de seleccionar). De ahí que cuando el artículo 55.1 EBEP se refiere a los “principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”, considerando que el primero de ellos (igualdad) procede del artículo 23.2 de la Constitución²⁸, y que

²³ Esto dice el Informe de la Comisión de Expertos (p. 89): “El acceso al empleo público debe considerarse, sin duda, una de las piezas clave de todo el sistema de empleo público. Además, guarda estrecha relación con principios fundamentales del Estado de Derecho, que deben ser estrictamente garantizados en todas las Administraciones y a lo largo de todo el territorio”.

²⁴ No sólo es la primera vez que se traslada a un texto legal ese derecho, que el art. 23.2 reconoce a todos los ciudadanos, sino que se menciona, también legalmente, en igualdad de condiciones para funcionarios y trabajadores, la aplicación del proceso selectivo para hacerlo valer con sus principios y garantías legales. Vid. Gosálbez Pequeño, H., Mellado Ruiz, L. y Roca Fernández-Castany, M. L., *Manual Básico de Derecho del Empleo Público*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 37 y 38.

²⁵ “(...) los principios jurídicos que se han de aplicar en el acceso al empleo público resultan ser los mismos para los funcionarios y los contratados laborales, no debiendo existir ningún signo diferencial cuando la Administración actúe como empleador. Se reconoce, así, expresamente –por primera vez en el Ordenamiento Jurídico– para el personal laboral un conjunto de principios rectores del proceso necesario para efectuar la selección, dándose así un aldabonazo definitivo para que el procedimiento de selección del personal laboral alcance el mismo grado de objetividad y garantía que el del personal funcionario” (De Nieves Nieto, N., “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, 2011, p. 57). Igualmente, según el Informe de la Comisión (p. 45) “está claro que los principios generales deben aplicarse por igual a las relaciones de empleo de los funcionarios públicos como del personal laboral, pues ninguna diferencia sustancial cabe deducir al respecto. Algunos de dichos principios admiten, en cambio, derogaciones o modulaciones por lo que se refiere al personal eventual e inclusive a los directivos públicos, fácilmente deducibles de su respectivo régimen jurídico”.

²⁶ Art. 23.1. C.E.: “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

²⁷ Art. 103.1 C.E.: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

²⁸ Art. 23.2: “Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

los otros dos (mérito y capacidad), corresponden a su artículo 103.²⁹, es evidente que el legislador, en coherencia con el objetivo de gobernanza, de conseguir el mejor servicio a los ciudadanos, ha querido orientar, en base a principios generales (constitucionales y legales) las dos vertientes de la socialidad.

Esos principios, que, tomando como referencia principal a la ciudadanía (o socialidad), aúnan a los sujetos o agentes de las relaciones jurídicas (ciudadanos que puedan acceder al empleo público, responsables de la Administración), intentan igualmente coordinar, como objetivos orientadores, tanto a la dimensión o aspecto dinámico de la conducta como al ámbito institucional de las garantías legales. Por eso el artículo 55 EBEP, en su apartado 2, establece que la selección del personal se lleve a cabo de una determinada forma, en la que las reglas y las conductas actúen como garantías de los principios: “seleccionarán a su personal funcionario y laboral *mediante procedimientos en los que se garanticen los principios* constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación”. Y es también la razón de que el apartado 1 condicione el derecho de acceder al empleo público, no sólo a las normas jurídicas de aplicación (“de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico”) sino, de forma prioritaria, a los “principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”.

Aunque queda claro que el objetivo más importante del proceso de reforma del empleo público es contribuir a la buena administración (según el enfoque de gobernanza), lo que exige destacar, por encima de todo, el principio de servicio a los intereses generales de los ciudadanos, y así lo recalca el EBEP en su artículo 8.1 (al definir los “empleados públicos”, como se ha dicho), en relación a la selección del personal el legislador ha querido resaltar, al igual que lo hiciera previamente la Comisión de Expertos³⁰, la finalidad de asegurar, en línea con el mencionado principio máximo de socialidad, la profesionalidad de los empleados públicos. Es la propia orientación y vinculación a los intereses generales la que limita a la Administración, como empleadora, imponiéndole, como paso previo e instrumental respecto de la contratación, este procedimiento de selección, que se enmarca en el sistema organizativo de naturaleza jurídico-administrativa³¹ (y no

²⁹ Art. 103. 3: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

³⁰ Informe de la Comisión de Expertos (p. 45): “Como se ha dicho, el objetivo último de la reforma que se propone es el de contribuir a la buena administración. En opinión de la Comisión, este fin requiere asegurar la profesionalidad y calidad de nuestros empleados públicos, garantizando al mismo tiempo la flexibilidad en la gestión del sistema de empleo público, que es necesaria para su correcto funcionamiento. En virtud de estos criterios, la Comisión considera que debe destacarse ante todo el principio de servicio a los ciudadanos, que es el que debe regir en todo momento la organización del sistema de empleo público y el comportamiento de sus integrantes. Con ello se quiere significar que todo ese régimen jurídico está destinado a conseguir el mejor servicio posible a los particulares, pues no otra es la razón de ser de las Administraciones Públicas como institución. A este fin se subordinan los derechos e intereses legítimos de quienes forman parte de la organización y no al contrario”.

³¹ El Derecho Administrativo establece la necesidad de que las Administraciones Públicas planifiquen sus

en el contractual de naturaleza jurídico-privada). De ahí el escrupuloso respeto a los principios constitucionales de capacidad y mérito, pretendiendo asegurar la profesionalidad y la calidad del empleo público. Pero al mismo tiempo, se ha de preservar la igualdad, que, como se irá exponiendo, adquiere en este contexto –de acceso al empleo público– un papel peculiar y central, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional. De hecho, cada uno de los requisitos o elementos del proceso selectivo se ha de orientar a hacer valer el *principio* de igualdad, así como la *garantía* de profesionalidad, pues, en realidad, representan dos caras de una misma moneda. Es decir, los principios de capacidad y mérito, que intentan preservar la profesionalidad, exigen un proceso riguroso de selección, lo que implica que dicho proceso sea también rigurosamente igualitario (SsTC 73/1988, 67/1989, 60/1994, 185/1994, 107/2003, 111/2014).

Acerca del principio de igualdad recogido en el artículo 23.2 de la Constitución, y que el Tribunal Constitucional considera una especificación, pero con sustantividad propia, del principio de igualdad y no discriminación del artículo 14, particularizado como “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos” (SsTC 10/1983, 75/1983, 84/1987, 67/1989, 60/1994, 130/1999, 38/2004, 113/2010). La condición que el propio precepto constitucional establece, consistente en acceder “con los requisitos que señalen las leyes” implica dos concreciones importantes. En primer lugar, que se trata de un derecho, no a ocupar un puesto o una función, sino a participar en las pruebas selectivas (STC 50/1986). Y, en segundo lugar, que no es un derecho aplicable a todos, sino a quienes cumplan los requisitos de carácter objetivo (STC 75/1983), que suponen un mínimo fijo –aplicable a todos por igual– y que se ha de restringir precisamente para preservar el principio de igualdad³². Los requisitos establecidos en el artículo 56.1 EBEP son:

a) Tener la nacionalidad española, aunque el precepto salva las excepciones contenidas en el artículo 57, que extienden también la posibilidad de acceder a los nacionales comunitarios a los empleos públicos (salvo a los 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”, art. 57.1); así como, con la misma prevención, “al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintinueve años o mayores de dicha edad dependientes” (art. 57.2); e igualmente

recursos humanos (art. 69 EBEP) y, en caso de necesitar incorporar nuevo personal, y dispongan de dotación presupuestaria para ello, realicen una Oferta pública de empleo, que será la que conlleve la convocatoria de procesos selectivos (art. 70 EBEP).

³² El art. 56.3 EBEP establece que “Podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general”.

se extiende la posibilidad de acceder a puestos de funcionario, con las mismas excepciones para las funciones especificadas anteriormente, “a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores” (art. 57.3); e incluso, para empleos públicos como personal laboral, se extiende la posibilidad de acceder, en igualdad de condiciones que los españoles, a todos los extranjeros que tengan residencia legal en España (art. 57.4). Quedando así el efecto del requisito de nacionalidad “muy desvirtuado”³³ respecto a la enunciación contemplada en el artículo 56.1, habida cuenta de las excepciones mencionadas³⁴.

b) Tener la capacidad funcional adecuada para el desempeño de las tareas, aunque en este caso es necesario mencionar también una medida de discriminación positiva, que favorece a las personas con discapacidad, para las cuales, según establece el artículo 59, se ha de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes³⁵.

c) Tener dieciséis años cumplidos y no superar la edad máxima de jubilación forzosa, añadiéndose que sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público³⁶.

d) No haber sido separado, mediante expediente disciplinario, del servicio de las Administraciones Públicas, ni de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni estar en la situación de inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos debido a una resolución judicial (para el acceso al cuerpo o escala de funcionario o para ejercer funciones similares a las desempeñadas en el caso de personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado). Para los nacionales de otros Estados existe también impedimento para acceder a empleos públicos si se hallan inhabilitados o en situación equivalente o han sido

³³ Cavas Martínez, F., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P. (dir. y coord.), *El Estatuto Básico del Empleado Público*, op. cit., p. 593.

³⁴ El art. 57.5 EBEP establece que “Sólo por Ley de las Cortes o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razón de interés general para el acceso a la condición de funcionario”. Debe relacionarse esta posibilidad de extender legalmente a extranjeros el derecho de acceder a la función pública con razones demográficas o de otra índole que puedan en el futuro dificultar la cobertura de determinados puestos de funcionarios. De hecho, ya existe ese permiso legal en algunos ámbitos, como por ejemplo, las clases de tropa y marinería del ejército, mediante la Ley 32/2002, de 5 de julio (Vid. Cavas Martínez, F., *ib.*, p. 603).

³⁵ Vid. extensamente al respecto, Martínez Hernández, A. J. (coord.), *El empleo público y las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, Madrid, 2009.

³⁶ La STC 75/1983 ha aceptado la posibilidad de restringir la participación en pruebas selectivas a los mayores de sesenta años, por estar próximos a la edad de jubilación forzosa, teniendo en cuenta que el trabajo exigía que se seleccionara a quien lo pudiera ocupar por tiempo suficiente, considerando que la función consistía en la intervención de fondos en un ayuntamiento de gran envergadura económica (Barcelona).

sometidos a sanción disciplinaria o equivalente que impida el acceso al empleo público en sus Estados en los mismos términos³⁷.

e) Tener la titulación exigida, estableciéndose en el artículo 76 EBEP los grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera adaptados a las modificaciones del sistema educativo³⁸. El personal laboral, según establece el artículo 77, “se clasificará de conformidad con la legislación laboral”, lo que a su vez remite al artículo 22.1 ET que establece que el sistema de clasificación profesional se establecerá mediante la negociación colectiva, o en su defecto mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores³⁹.

f) Tener conocimiento de la lengua cooficial, como se deduce del artículo 56.2 EBEP, según el cual “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas cooficiales”. En este sentido el Tribunal Constitucional ha aclarado que la exigencia de la lengua cooficial autonómica no supone un trato discriminatorio, respecto del que sólo puede acreditar el conocimiento de la lengua oficial común a todo el Estado Español, sino que se considera incluido dentro de los méritos y capacidades necesariamente acreditables según la convocatoria; aunque sí que constituiría una vulneración del principio de igualdad exigir el conocimiento de dicha lengua cooficial como mérito eliminatorio para realizar funciones no relacionadas con la necesidad de que la Administración cuente con personal capaz de asegurar el uso de la lengua cooficial correspondiente (SsTC 76/1983, 82/1986, 83/1986, 84/1986, 148/1986, 46/1991)⁴⁰.

³⁷ En el caso del personal laboral, el despido disciplinario comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban, según el art. 96.1.b) EBEP. Esto ha sido criticado, en la medida en que no quedan asimilados el funcionario separado del servicio y el trabajador despedido, ya que éste puede legalmente acceder a un nuevo contrato laboral en la Administración, con funciones distintas, así como a la condición de funcionario (Sánchez Morón, M., “Pérdida de la relación de servicio”, en Sánchez Morón, M. -dir.-, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 417-426).

³⁸ En virtud de la Disposición Derogatoria Única del EBEP quedó eliminado el artículo 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que establecía el anterior clasificación profesional. Ver también la Disposición Transitoria Tercera del EBEP, establecida “hasta tanto no se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios a que se refiere el artículo 76”.

³⁹ Ello supone desoír el criterio expresado por la Comisión de Expertos en su Informe, que pedía la utilización de los mismos criterios sobre niveles para el personal que para los funcionarios. Sin embargo, la remisión a la legislación laboral no supone necesariamente un debilitamiento de dicha homogeneización, teniendo en cuenta que los interlocutores sociales sólo pueden entrar a categorizar y clasificar la prestación laboral y la aptitud profesional del trabajador una vez que, en el ámbito de las Administraciones Públicas, se haya conocido qué puestos de trabajo –y con qué definición– pueden ser ocupados por el personal laboral (Purcalla Bonilla, M. A. y Rodríguez Sánchez, R., “Estructura del empleo público”, en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Olarte Encabo, S. y Rivas Vallejo, P., *El Estatuto Básico...*, op. cit., p.777).

⁴⁰ También, en el mismo sentido, SsTS de 8-7-1994 [RJ 1994, 6013], 19-2-1996 [RJ 1560], 22-7-1996 [RJ 1996, 5740], 13-10-1998 [RJ 1998, 7695], 8-3-1999 [RJ 1999, 2743], 6-7-1999 [RJ 1999, 6912], 18-1-2000 [RJ 2000, 1227], 26-1-2000 [RJ 2000, 392] y 6-3-2006 [RJ 2006, 5731]. Vid., igualmente, el tratamiento que sobre esta doctrina constitucional y jurisprudencial hacen Cavas Martínez, F., “Acceso al empleo...”, op. cit., pp. 597

Aunque el artículo 56.3 EBEP admite la posibilidad de exigir requisitos específicos (si guardan “relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar” y se establecen “de manera abstracta y general”⁴¹), el establecimiento de requisitos sin fundamentación objetiva, o que contengan referencias individualizadas, de forma que introduzcan desigualdades o resulten discriminatorios, además de vulnerar el principio de igualdad, conculca los principios de capacidad y mérito, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SsTC 42/1981, 50/1986, 148/1986, 18/1987, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 47/1990, 27/1991, 302/1993, 60/1994, 48/1998, 38/2004, 113/2010 y 111/2014), descubriéndose así una conexión estrecha entre estos principios, según ya se ha anticipado, pudiendo concretarse ahora de forma más clara esta relación, ya que, según declara el Tribunal Constitucional (SsTC 193/1987, 206/1998 y 107/2003)son esos dos principios (capacidad y mérito) los que permiten dar un cumplimiento adecuado al principio de igualdad, no sólo en sentido negativo (no permitiéndose la exigencia de ningún requisito que no haga referencia a estos principios), sino también en sentido positivo, es decir, exigiéndose que sólo estos principios guíen la actuación de la Administración en los procedimientos de acceso al empleo⁴².

Sin embargo, el hecho de que estos principios estén consagrados en la Constitución y en la Ley no asegura en absoluto su aplicación. Concretamente, ante la constatación de una conducta inercial de incumplimiento, e intentando reconducir esa conducta, la Comisión de Expertos propuso en su Informe que el EBEP estableciera “un conjunto de reglas y garantías suficientes” que actuaran “como garantía básica del cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad” (p. 97). La Comisión se refería a una dinámica de selección de empleados públicos en la que los principios de igualdad, capacidad y mérito no eran respetados en una parte muy significativa de procesos selectivos, “bien porque carecen de suficiente publicidad y transparencia, bien porque no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los aspirantes o por otras causas que conducen a discriminaciones, interferencias clientelares y favoritismos de diverso tipo, que son percibidos de manera muy crítica por la sociedad” (p. 89), aludiendo además a una dinámica que “está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público” y a que ello “se está produciendo no obstante las reiteradas sentencias contrarias de nuestros más altos Tribunales” (p. 90). Pero,

y 598; y De Nieves Nieto, N., “El acceso al empleo...”, op. cit., pp. 59 y 60.

⁴¹ “Sorprende que en esta cláusula abierta no se requiera el establecimiento de nuevos requisitos a través de Ley, por lo que parece que estas exigencias pueden incluirse en las correspondientes convocatorias” (De Nieves Nieto, N., ib., p. 64).

⁴² Se entiende que el artículo 103.3 C.E. mencione únicamente estos dos principios como orientadores para el acceso al empleo público, y se entiende también que el artículo 55.1 EBEP los mencione junto con el principio de igualdad, puesto que la indicación de los principios de capacidad y mérito (que intentan preservar, de forma objetiva, la profesionalidad, la selección de un personal de calidad) supone una garantía para el principio de igualdad, que sobrevuela, siendo la otra cara de la misma moneda (de la misma forma que sobrevuela, por encima de todo, el principio de servicio a los intereses generales de los ciudadanos, expresados con claridad en los arts. 103.1 C.E., 1.3.a) y 8.1 EBEP).

si tenemos en cuenta además que ese tipo de críticas han sido avaladas por la doctrina, incluso en fechas posteriores a la promulgación del EBEP⁴³, debemos buscar también algún vacío en el texto legal⁴⁴. Con esto se quiere anticipar que, recordando que las relaciones jurídicas (con su criterio de justicia en la socialidad) funcionan en base a dos componentes (esto es, el comportamental y el institucional), a veces, como en este caso, detrás de una pertinaz conducta incumplidora está la ausencia de una necesaria y proporcional corrección institucional-normativa. Existe en el EBEP un avance en muchos aspectos, como se viene comentando, desde el enfoque de gobernanza que el proceso de reforma del empleo público se ha propuesto seguir. Pero la coherencia con dicho enfoque habría exigido, en el sentido que se detalla a continuación, una reforma normativa más firme de refuerzo de los principios constitucionales y legales invocados⁴⁵. Esa modificación no se ha producido a pesar de que la Comisión de Expertos, constatando el grado de incumplimiento comentado de los principios constitucionales, la hubiese solicitado muy claramente.

En efecto, entre las “reglas y garantías suficientes” reclamadas por la Comisión de Expertos en su Informe para asegurar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, podemos distinguir tres tipos de recomendaciones: 1º) las que han sido atendidas por el legislador, 2º) las que han sido principalmente atendidas y 3º) las que han sido principalmente desatendidas.

1º) El primer grupo de recomendaciones se refiere al carácter público y abierto de los procesos selectivos. En este sentido hay que mencionar el artículo 55.2.a), que establece la necesidad de garantizar el principio de “publicidad de la convocatoria y de sus bases”. Ciertamente la recomendación de la Comisión se expresaba en términos más rotundos⁴⁶, aunque, de alguna manera, también el principio de

⁴³ GoñiSein, J.L., “Ámbito subjetivo...”, op. cit., p. 190; Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo II: Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 478 y 479.

⁴⁴ La ausencia de norma o instituciones indispensables constituye muy frecuentemente un vacío de justicia en las relaciones jurídicas (Márquez Prieto, A., *Repensar la justicia social*, op. cit., p. 181).

⁴⁵ El art. 55.2 EBEP invoca un elenco de principios jurídicos, entendidos como principios legales, añadidos a los principios constitucionales mencionados en el apartado anterior. Son los siguientes: a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Una parte importante de dichos principios “ya estaba recogidos en el artículo 19 de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984” (Cavas Martínez, F., “Adquisición y pérdida...”, op. cit., p. 589). Si bien lo más novedoso de la redacción del apartado es que la selección del personal funcionario y laboral se habrá de hacer “mediante procedimientos en los que se garantizan los principios constitucionales antes expresados, así como los establecidos a continuación”. La verdad es que el EBEP no garantiza suficientemente dichos principios en la configuración de los procedimientos selectivos, aunque queda la posibilidad de que ello pueda lograrse en mayor medida a través de alguna norma de desarrollo.

⁴⁶ “Debe quedar garantizado en todo caso y debidamente el principio de publicidad, considerándose nulas de pleno derecho las pruebas que no tengan posibilidad efectiva de conocer cualesquiera interesados en concurrir a ellas” (Informe de la Comisión de Expertos, p. 97).

publicidad debe entenderse incluido en la protección de la libre concurrencia y la proscripción del carácter restringido de las pruebas⁴⁷, como se recoge en el artículo 61.1: “Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos”⁴⁸.

2º) El segundo grupo de recomendaciones se refiere a los órganos, tanto los órganos de selección como de organización de los procesos de selección. Acerca de los primeros, el artículo 55.2.c) recoge el principio de “imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección”, y, de forma más completa se establece como garantía el artículo 60, cuyo apartado 1 establece que “serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre”. Sin embargo, las limitaciones para formar parte de dichos órganos son menores que las recomendadas, porque, aunque se excluye al “personal de elección o designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual” (ap. 2), no se menciona en el precepto el resto de la limitación solicitada por la Comisión, que mencionaba también a los “representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o de recusación”⁴⁹. En cuanto a la recomendación del Informe de la Comisión (p. 101) sobre la creación de “órganos específicos destinados a la organización de los procesos de selección” el legislador ha sido sólo mínimamente receptivo, estableciendo en el artículo 61.4 que “las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública”. Las diferencias son notorias respecto a la recomendación: no se establece una verdadera obligación, sino una mera posibilidad y no se menciona la necesidad de que dichos órganos estén “dotados de un estatuto de independencia” ni que estén facultados para “resolver las reclamaciones formuladas contra las propuestas de los órganos selectivos” (como pedía la Comisión), quedándose la previsión legal en la posibilidad de que

⁴⁷ Sobre el rechazo de las pruebas restringidas, ver, recientemente, la STC 111/2014. Igualmente el ATC 68/2012.

⁴⁸ Ésta era la recomendación de la Comisión, que puede entenderse satisfecha por parte del legislador: “Deben quedar absolutamente prohibidas las pruebas restringidas de todo tipo, sin perjuicio de lo que se establezca a efectos de promoción interna y de las medidas de discriminación positiva para las personas discapacitadas, ya mencionadas”.

⁴⁹ Es cierto que el apartado 3 del art. 60 completa implícitamente el alcance de las exclusiones, puesto que exige que “la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”. Pero debe tenerse también en cuenta que parece contrariar la mencionada recomendación el texto del art. 61.7: “Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”.

los órganos sean especializados y permanentes (lo que puede hacerse compatible con una situación de dependencia jerárquica y de atribución de las más diversas funciones, o meramente genéricas).

3º) El tercer grupo de recomendaciones está referido a las pruebas selectivas. Como se ha dicho, han sido principalmente desatendidas porque:

El objetivo innovador se queda sólo en apariencia. Esta apariencia es la que presenta el apartado 2 del artículo 61 que, tras expresar la necesidad de que los procedimientos de selección hagan corresponder el tipo de pruebas con las tareas de los puestos de trabajo convocados (mencionando la conveniencia de incluir las pruebas prácticas que sean precisas), se refiere de forma genérica a una gran diversidad de pruebas adecuadas que “*podrán* consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en todo caso, en la superación de pruebas físicas”. Sin embargo, en la medida en que los últimos apartados del precepto, casi a modo de concreción (especialmente los apartados 6 y 7) vuelven a establecer –esta vez de forma verdaderamente obligatoria- la triple modalidad tradicional de oposición, concurso-oposición y concurso, es lógico que se manifieste al respecto la desilusión en términos como los siguientes: “En lo que atañe a los sistemas selectivos, y a pesar de las buenas intenciones del legislador, tampoco se ha avanzado prácticamente nada porque se mantiene la división tripartita del pasado (...). No se ha atendido a las exigencias de diversidad y de agilidad planteadas por la Comisión, otorgando a estas otras fórmulas o instrumentos dinámicos –contemplados más arriba- como las entrevistas o los cursos verdaderamente selectivos, incluso el período de prueba, la categoría de sistemas ordinarios de selección, que pueden cumplir junto con las pruebas teóricas y de méritos, o alternativamente en algún caso, una función de verificación de actitudes y condiciones de los aspirantes”⁵⁰.

Se incumple la voluntad unificadora para funcionarios y trabajadores, especialmente en cuanto a las pruebas de méritos. En efecto, las recomendaciones de la Comisión de Expertos se refieren a un proceso selectivo único para empleados fijos, ya sean funcionariales o laborales, considerando en este proceso selectivo –unitario para ambos colectivos- de forma muy restrictiva la prueba de sola consideración de méritos: “sólo excepcionalmente, en virtud de ley y de manera justificada, puede excepcionarse la realización de una prueba de capacidad y sustituirse por una valoración de méritos”⁵¹. A pesar de lo cual el EBEP ha

⁵⁰ Goñi Sein, J. L., “Ámbito subjetivo...”, op. cit, p. 189. Vid. STSJJ Madrid 28-3-2012 [JUR 2012, 146556] sobre superación de un proceso selectivo sin alcanzar la puntuación mínima del 50%, por el hecho de que las bases de la convocatoria no exigían puntuación mínima.

⁵¹ Expresado así en el Informe de la Comisión de Expertos (p. 97). Añadiéndose que “cuando se combinen pruebas de capacidad con valoraciones de méritos, la puntuación que se otorgue a esta última fase y, en particu-

distinguido “los sistemas selectivos de los funcionarios de carrera”, (ap. 6), de “los sistemas selectivos del personal laboral fijo” (ap. 7), lo cual no sería tan grave si ambos sistemas respondieran, igualmente y de forma paralela, a las mencionadas recomendaciones. Pero en el caso del personal laboral, a diferencia de lo que sucede para los funcionarios, no se atiende en absoluto al carácter estrictamente excepcional –y mediante autorización legal- de la celebración de la prueba de simple valoración de méritos, que permanece siendo posible en plena igualdad de condiciones con las otras dos modalidades: oposición y concurso-oposición⁵². Es ésta una decisión muy difícil de entender, habida cuenta de las críticas que, con razón, ha recibido la prueba del concurso de méritos (utilizada como único procedimiento selectivo), por prestarse a la configuración de perfiles concretos para tipos concretos de candidatos (SsTS 25-3-2014 [RJ 2014, 2870] y 9-4-2014 [RJ 2014, 2312]).

Se descuida el nivel de exigencia para el personal temporal. Acerca del personal interino y temporal la Comisión había solicitado que su selección se ajustase también a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad “mediante procedimientos o criterios objetivos compatibles con la agilidad de la selección; es decir, dentro de una consideración de realismo, advertía de la necesidad de no relajar el nivel de exigencia, añadiendo la necesidad de que la selección fuera resuelta “por órganos dotados de las mismas garantías de imparcialidad y especialización aplicables a la selección del resto de los empleados públicos”. Por ello, ante la necesidad de encontrar un equilibrio difícil, llegaba a hacer propuestas concretas de fórmulas como el uso de “listas de reserva o bolsas de empleo temporal constituidas por quienes no aprobaron los últimos procesos selectivos, en orden descendente de puntuación”, o los “procesos de selección en dos fases o de

lar, a los méritos consistentes en la valoración de servicios ya prestados, debe ser proporcionada y no determinar por sí misma el resultado del proceso selectivo”. Esta recomendación ha sido atendida en el apartado 3 del artículo 61, con este texto: “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”.

⁵² El apartado 6 del art. 61 establece: “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. Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos. En cambio el apartado 7, en referencia al personal laboral, no establece ninguna condición excepcional para el sistema de concurso: “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”. Vid., a nivel de desarrollo normativo, el Real Decreto 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. También el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas de selección de los funcionarios de la Administración Local. A nivel de Administración autonómica, para el caso de Andalucía, Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía. El mencionado Real Decreto 364/1995, a efectos de la selección del personal laboral, establece igualmente, en su art. 29 que “los sistemas selectivos serán la oposición, el concurso-oposición y el concurso”.

preselección” (pudiéndose así contratar temporalmente a los preseleccionados)⁵³. En realidad esta exigencia de observancia de los principios de igualdad, mérito y capacidad también respecto a los contratos temporales, está también presente en normas de desarrollo (como el art. 35 del Real Decreto 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 Estado⁵⁴). Y el artículo 55 EBEP, dedicado a los principios rectores del sistema de acceso al empleo público, es de aplicación igualmente al empleo laboral temporal. Pero es muy llamativo que, ante la constatación del gran problema de la contratación laboral temporal en la Administración Pública, una propuesta tan clara y concreta por parte de la Comisión, se haya mostrado el legislador tan poco receptivo. De hecho, el artículo 61, que contiene las reglas normativas obligatorias sobre los sistemas selectivos, establece en su apartado 7 la previsión correspondiente a la selección del “personal laboral fijo” (*sic*), sin que exista la más mínima mención al personal laboral temporal⁵⁵.

4. CONTRATACIÓN Y ACCESO A LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Llegados a esta tercera y última parte de una ponencia titulada “Contratación y acceso al empleo público”, y una vez que, tras las consideraciones relativas al empleo público y a los empleados públicos, se ha abordado el sistema selectivo de acceso, común –salvo alguna excepción comentada– al personal funcional y al laboral, es ahora el momento de aludir a la contratación, que, como es sabido, no es de aplicación a los funcionarios, sino sólo a los trabajadores. Pero es sobre todo el momento de expresar la siguiente cuestión: ¿a qué se accede cuando se

⁵³ Así se expresa el Informe de la Comisión de Expertos (pp. 101 y 102), entre el realismo y la queja: “Como es natural, también la selección de este tipo de personal debe ajustarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque debe ser, por fuerza, mucho más ágil y rápida. Esto último suele conllevar un menor rigor en la selección, lo que, unido a la prolongación indebida de la situación de temporalidad y a la ulterior y frecuente reivindicación para la estabilización en el empleo provoca los problemas, hoy tan comunes, que ya hemos analizado”. Añadiendo algunas líneas más abajo: “La fórmula mencionada no es sino una de las posibles. Lo que resulta necesario –más aún si cabe en estos casos– es que, en garantía de la objetividad de la selección, intervengan los órganos especializados e independientes que hemos mencionado en los apartados anteriores. Aparte, claro está, de la no perpetuación irregular de las situaciones de temporalidad o interinidad, que también hemos propuesto garantizar más arriba”.

⁵⁴ “Artículo 35. Contratación de personal laboral no permanente. 1. Los Departamentos ministeriales podrán proceder a la contratación de personal laboral no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo previo informe favorable de los Ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda. Dichos contratos se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas”.

⁵⁵ Además de la reciente STS de 24-6-2014 [RJ 2014, 4380], ver STSJ Andalucía/Sevilla 18-6-2014 [AS 2014, 2310], STSJ Islas Baleares 8-5-2014 [AS 2014, 1844] y STSJ Cataluña 5-12-2013 [AS 2014, 590].

accede al empleo público? Atendiendo a lo que formalmente expresa el EBEP, se accede a una relación: la relación de servicio. De hecho, su Título IV se denomina “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, y, dentro de él la denominación de su Capítulo I conecta “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”. De ahí que hayamos querido evidenciar la idea de relación jurídica de empleo público en este último apartado, en defensa del enfoque de gobernanza de la Ley 7/2007 y del conjunto del proceso de reforma que dicha ley representa; a pesar de que la propia norma no es del todo coherente con esa consideración relacional, dejándose llevar por una concepción tradicional, de institucionalidad estricta, que, sin bien no niega la idea relación jurídica, atribuye en lugar de ésta mayor importancia a la idea de condición administrativa.

Así, en relación a los funcionarios, a pesar de que en la definición legal expresada en el artículo 9 EBEP se los designa como los que “en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria”, en el artículo 62, el último de los artículos del mencionado Capítulo I dedicado al “Acceso al empleo público y adquisición de la *relación de servicio*”, lo que se posibilita, mediante un cambio brusco de terminología, no es la adquisición de la relación de servicio, sino la “adquisición de la condición de funcionario”. Así es como se llama el precepto, que en su primer apartado expresa que “la condición de funcionario se adquiere por el cumplimiento sucesivo” de la “superación del proceso selectivo”, “nombramiento” (hecho que adquiere importancia constitutiva, según el artículo 9, como se ha dicho), “acto de acatamiento de la Constitución” y “toma de posesión dentro del plazo que se establezca”. Es decir que el acceso al empleo público se convierte en el acceso a una condición administrativa, como algo que forma parte del propio proceso selectivo como último trámite. Valga como ejemplo paralelo de ello lo dispuesto, para la Administración General del Estado, en el artículo 25.1 del Real Decreto 364/1995: “Concluido el proceso selectivo, los aspirantes que lo hubieran superado, cuyo número no podrá exceder en ningún caso al de plazas convocadas, serán nombrados funcionarios de carrera”. Es cierto que la condición de funcionario, así como el nombramiento, son compatibles y distintos de la relación de servicio, de la misma manera que la condición de trabajador, así como el contrato, son compatibles y distintos de la relación laboral.

Pero a lo que nos referimos es a un tipo de visión jurídica que, limitándose a consideraciones estrictamente institucionales y legalistas, puede frustrar el enfoque de gobernanza del EBEP. Repárese en que, acerca de la “selección del personal laboral”, como se denomina el Título II del mencionado Real Decreto 364/1995, respondiendo a la misma terminología y visión comentadas, como trámite final del proceso selectivo, establece la “adquisición de la condición de personal laboral fijo”. Ésa es, de forma textual, la denominación del artículo 33, cuyo contenido alude al contrato como si se tratase de un nombramiento, que ha de ser expedido por el órgano administrativo correspondiente, sin aludir siquiera a la necesaria existencia de dos partes contratantes: “El órgano competente procederá a la formalización

de los contratos previa justificación de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria. Hasta que se formalicen los mismos y se incorporen a los puestos de trabajo correspondientes, los aspirantes no tendrán derecho a percepción económica alguna”. De ahí la importancia de aludir claramente al “acceso a la relación de empleo público”, desde el punto de vista de la ubicación del criterio de justicia en la relación jurídica (y en la socialidad del conjunto de relaciones jurídicas). Así se intenta detallar en las siguientes consideraciones, en concordancia con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 7/2007 que -guiándose ciertamente aquí por su propio enfoque de gobernanza- hace corresponder los derechos de los empleados públicos con “la naturaleza jurídica de su relación de servicio”:

1ª.- *Existe una íntima conexión entre el proceso selectivo y la relación de servicio.*- Como se ha comentado, el nudo relacional que representa el artículo 55 EBEP, primero de los preceptos dedicados a la regulación del sistema de acceso al empleo público, y que aúna las vertientes –y consiguientes principios constitucionales- de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, se entiende en el contexto del servicio a los intereses generales de los ciudadanos. Esa vinculación “al servicio de los intereses generales” es la que el artículo 8 EBEP predica de los empleados públicos: porque la Ley 7/2007 es la norma que da cumplimiento, conforme al apartado del artículo 103 C.E., a la exigencia de regular un estatuto de empleados públicos, cuya Administración, con arreglo al apartado 1, “sirve con objetividad los intereses generales”; que son, además, los que justifican el conjunto de reglas jurídico-administrativas del proceso selectivo. Por eso el sentido de superar dicho proceso es que los candidatos se conviertan en servidores públicos, para lo cual adquiere sentido –y es necesario- iniciar la relación de servicio a los ciudadanos⁵⁶.

2ª.-*El sistema de acceso es distinto e instrumental respecto a la relación de empleo público.*- En el proceso selectivo, en la medida en que todavía no existe relación jurídica de servicio, prevalece el aspecto institucional-normativo, aunque es una prevalencia instrumental orientada a la constitución posterior de la relación. Pero cuando comienza la relación jurídica (a partir del contrato, en el caso del personal laboral), la vertiente institucional se redimensiona, como aspecto componente de la relación, asumiendo su papel igualmente el otro aspecto de la relación: el comportamiento interactivo. Es importante, en este sentido, el paso del proceso selectivo al contrato. Son actos separables, que pertenecen ambos al plano institucional, pero que corresponden a dos bloques normativos (administrativo y laboral) y a dos situaciones distintas, porque, siendo el contrato lo que hace entrar en la relación laboral, a partir de él se produce el mencionado redimensionamiento de los aspectos de la relación jurídica⁵⁷.

⁵⁶ Sobre la necesidad del proceso selectivo (excluyendo la integración automática en la Administración sin haberse producido el mismo), ver STC 111/2014. También la STSJ Cataluña de 5-12-2013 [AS 2014, 590].

⁵⁷ Es clara e importante la distinción entre el proceso selectivo y el contrato. Éste responde a una fundamentación ius-privatista, a pesar de que se encuentre contextualizado en el marco organizativo público; en

3ª.-*Pero incluso en casos de acceso irregular al empleo público, el contrato da origen a una relación jurídica.*- Es una consecuencia que, en consonancia con los artículos 8.1, 9 y, sobre todo, 15.3 del ET, ha generado relaciones contractuales laborales en el ámbito público de carácter indefinido, aunque no fijo, como categoría de creación jurisprudencial⁵⁸ que el EBEP ha consolidado en su artículo 11.1, que establece que “en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, *por tiempo indefinido* o temporal”. Se trata de una consolidación legal criticada, porque puede contribuir a mantener las prácticas de acceso al empleo público temporal en condiciones de irregularidad⁵⁹, pero que aquí interesa destacar en la medida en que ciertamente se hace eco de la prevalencia de la relación laboral, en la medida en que constituye una realidad viva, a pesar de su déficit de validez institucional-normativo. Debemos añadir que, a pesar de tratarse de relaciones laborales indefinidas en cuanto a su duración, no lo son en cuanto a su naturaleza de relación de empleo público, estando vinculadas al servicio a los ciudadanos, como todas las demás relaciones de servicio, conforme establece el artículo 8 EBEP. Otro ejemplo importante de la pervivencia de la relación jurídica viva, por encima de la irregularidad en el aspecto legal, es el cambio de doctrina jurisprudencial que, por aplicación de la Disposición Adicional 20ª del ET (según redacción introducida por la Disp. Adic. Segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) ha protagonizado la STS de 24-6-2014 [RJ 2014, 4380], a partir de la cual debe considerarse que los contratos indefinidos no fijos, así como los de interinidad por vacante, no pueden extinguirse por la amortización de plazas en la Relación de Puestos de Trabajo; puesto que, aun siendo ello algo permitido lícitamente por el art. 74 EBEP, la amortización no significa la extinción automática de la relación laboral, que sigue viva hasta que resulte extinguida por la vía del despido objetivo o colectivo, conforme se establece en los artículos 51 y 52 del ET.

4ª.-*La socialidad es la principal especialidad de esta relación laboral de empleo público.*- Aceptando que el ámbito de lo jurídico-laboral aporta al ámbito jurídico-público una idea más clara de relación⁶⁰, ante la mayor institucionalidad propia del

cambio aquél está totalmente regulado por el bloque jurídico administrativo. Son actos rigurosamente separables, correspondiendo además su enjuiciamiento a dos órdenes jurisdiccionales totalmente diversos (Montoya Melgar, A. “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, op. cit., pp. 13-46, espec. p. 20).

⁵⁸ STS 14 diciembre 2009 [RJ 2010\375].

⁵⁹“(…) un círculo vicioso que el propio EBEP acepta al reconocer la categoría de los interinos indefinidos o ‘personal laboral indefinido no fijo’ (Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas...”, op. cit., p. 50). Vid. también Martín Valverde, A., “Reestructuración laboral en las Administraciones y Entidades Públicas”, Documentación Laboral, 97, 2013, pp. 75-101; Vila Tierno, F., “Personal en la Administración Pública: situaciones de acceso irregular y despido colectivo”, pendiente de publicación en el nº 168 de la Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo; Moreno Brenes, P., “Irregularidades en la selección del personal laboral: algunas formas de reacción jurídica en las AA.PP. y en las sociedades públicas”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 20, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Oct. al 14 Nov. 2006, p. 3597, tomo 3, La Ley.

⁶⁰ Considerando que la relación laboral, como relación contractual perteneciente a un ámbito especial del Derecho Privado, no sólo es de tracto sucesivo (lo que hace resaltar la historia, la evolución, la inercia, la vida de la relación), sino que además se refiere a una prestación de carácter personalísimo.

régimen funcionarial, surge la pregunta sobre qué es lo principal que aporta, de forma simétrica, el marco normativo público a la relación laboral. Es la cuestión sobre lo específico de esta relación laboral de empleo público, que no coincide con la pregunta sobre la existencia de relación laboral especial⁶¹. El hecho de que no existe una declaración legal de relación laboral especial, como exige el artículo 2.1.i) del ET, nos hace constatar que lo más específico y significativo no está en el aspecto institucional-normativo, sino en la propia relación, que necesariamente, como se ha expuesto, por orientarse sobre todo al servicio de los intereses generales de los ciudadanos, queda abierta de forma muy significativa a la socialidad de las relaciones de ciudadanía, situando ahí su criterio de justicia (siempre de forma compatible con el respeto a la relación jurídica bilateral concreta)⁶².

En definitiva, este tipo de consideraciones, que responden al enfoque de gobernanza que la propia ley se ha propuesto seguir, atribuyendo un valor importante a las conductas jurídicas y a las garantías normativas, inspiradas ambas de forma intensa por los principios generales que contextualizan adecuadamente el principio de justicia en la socialidad de las relaciones jurídicas, deben ser tomadas en serio, no sólo a nivel doctrinal, sino también en la interpretación y aplicación jurisdiccional⁶³.

⁶¹ “Aceptándose el apartamiento de la relación laboral común, se propone la creación de una relación laboral especial que, simplificando, una vez más, supondría la suma de una relación laboral ordinaria y ciertos principios constitucionales que de forma incontestable no cabe eludir, principalmente los relativos al acceso al empleo. Este punto de partida introduce cierto desaliento sobre las expectativas que cabe esperar de semejante acercamiento. En efecto, no habrá probablemente un concepto en el Derecho del Trabajo más discutido que el de relación laboral especial” (Cardenal Carro, M., “Un Estatuto para los Empleados Públicos”, op. cit., pp- 101 y 102). Otra opinión: “(...) no queda claro si estamos o no ante una ‘relación laboral especial’ en sentido estricto, aunque, sin duda, desde el punto de vista jurídico-material lo es a todos los efectos. Para que así resultase es necesario un reconocimiento formal de tal carácter –art. 2.1.i) LET-. El Libro Blanco no dejaba duda, pues reconocía este carácter especial, siguiendo la posición mayoritaria. (...) se evidencia que de diversos ámbitos del texto del EBEP se desprende esta voluntad de configurarlo como ‘ley laboral especial’, que recoge las especificidades de la relación de empleo público laboral, sin perjuicio de una extensa remisión a la legislación laboral ‘común’ -ET- y a los convenios colectivos” (Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C., “Gobernanza y políticas...”, op. cit., p. 46).

⁶² Esto significa entender la relación laboral como social, es decir, como abierta.

⁶³ De vez en cuando las advertencias doctrinales son acogidas por los tribunales de forma muy concreta. Sirva como ejemplo la STSJ Asturias de 30-9-2011 [AS 2011, 2515], que en el rechazo a las bolsas de empleo –cuando constituyan condiciones excluyentes o restrictivas-, afirma que “(...) se trata de la contratación laboral de duración determinada en las dependencias municipales utilizando como procedimiento de selección la técnica de las llamadas bolsas de trabajo, sistema que ya de por sí, como ha alertado un sector de la doctrina (Ojeda Avilés y Domínguez y Rodríguez Escanciano), puede entrañar un riesgo para la vigencia de los principios constitucionales mencionados, pues tales principios también se hallan presentes en la contratación laboral de duración definida”.

COMUNICACIONES

**ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO Y
PERSONAS DISCAPACITADAS:
LA COMPROBACIÓN DE LA APTITUD**

María Dolores Rubio de Medina
Doctora en Derecho.
Funcionaria del Cuerpo Superior
Administradores Generales de la
Junta de Andalucía
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

SUMARIO:

- 1. CONCRECIÓN DEL TEMA DE LA COMUNICACIÓN**
- 2. EL ITINERARIO DEL ACCESO DE UNA PERSONA DISCAPACITADA A UNA PLAZA COMO FUNCIONARIO**
- 3. LA DEMOSTRACIÓN DE LA APTITUD: UN PROCESO CONFLICTIVO E INTERMINABLE**
 - 3.1. Declaración previa de la capacidad para desempeñar determinadas funciones, solicitada a instancias de la futura persona opositora.**
 - 3.2. Aptitud para entrar en la categoría de persona discapacitada en los términos establecidos en la normativa en vigor para realizar la oposición por el turno restringido para las personas discapacitadas.**
 - 3.3. Demostración de la aptitud para solicitar determinadas adaptaciones de tiempo y medios para realizar las pruebas de la fase de la oposición.**
 - 3.4. Demostración de la capacidad de una persona discapacitada para ser excluida de la realización de determinadas pruebas.**
 - 3.5. Demostración de determinadas capacidades en el transcurso de la realización de las pruebas opositoras.**
 - 3.6. Demostración de la aptitud profesional una vez superada la fase de la oposición.**
 - 3.7. La acreditación de la aptitud una vez superada la oposición y adjudicada la plaza como funcionario público.**
- 4. CONCLUSIONES**
- 5. BIBLIOGRAFIA**

1. CONCRECIÓN DEL TEMA DE LA COMUNICACIÓN

Por la brevedad del espacio dedicado a las comunicaciones, impuesta por las bases de las Jornadas Universitarias Andaluzas organizadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en este estudio se elude exponer la evolución de la normativa en materia de empleo público de las personas discapacitadas; y se centra en las disposiciones normativas en vigor. Ya dentro de la amplia materia que regula el acceso y promoción interna a través de las ofertas de empleo públicas, se orienta, por la misma razón, al análisis del acceso a la categoría de funcionario público.

La normativa básica estatal sobre la que se centraliza este estudio es la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público –en adelante, EBEP–; el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, que Regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, principalmente. Por su parte, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la normativa objeto de interés es la Ley 6/1985, de 28 noviembre, de Ordenación de la Función Pública, que regula los procedimientos de acceso, de la que destaca, de manera genérica, lo dispuesto en sus arts. 35 a 45; así como el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, que Regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía.

Lo que intenta determinarse es cómo se manifiesta de forma específica, en relación con las personas discapacitadas, la posesión de la capacidad funcional para el desempeño de las tareas para participar en un proceso selectivo a la que genéricamente alude el art. 56.1.b) del EBEP. Esta exigencia, cómo ha observado la doctrina, se «...han de poner siempre en relación con las concretas funciones que han de desarrollarse por un determinado grupo de funcionarios (...) y han de señalarse con carácter objetivo y general, de manera que el candidato discapacitado solo puede ser excluido de un proceso selectivo en función de las condiciones de idoneidad físico-psíquicas demandadas en cada puesto a cubrir y no por cualquier otro sin vinculación funcional con las tareas»¹. La regulación del acceso de las personas discapacitadas a la función pública, se realiza mediante disposiciones que tratan de potenciar el contenido del art. 103.3 de la Constitución Española, que garantiza el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad; para lo que se deberá tener en cuenta que una persona discapacitada será discriminada en su acceso y permanencia en la función pública cuando no se le facilitan los medios necesarios y que fueren razonables en función de su discapacidad para poder realizar la oposición. Por ello, en virtud de la exigencia

¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al art. 48 de la Ley7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV. Comentarios a la Ley7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Editorial Aranzadi, 2009; con cita de las SSTS 18 de febrero de 2008 y 28 de octubre de 2009.

a la igualdad del art. 14 de la Constitución, la Exposición de Motivos del EBEP destaca que su objetivo es lograr la plena aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad², al tiempo que se pretende hacer efectiva la transparencia de los procesos selectivos públicos y fomentar su agilización; finalidad que es plenamente compatible con la introducción de medidas positivas para promover el acceso de las personas con discapacidad a la función pública, intención que reitera en su art. 59, que persigue el objetivo de cubrir, al menos, el 2% de los efectivos totales en cada Administración Pública con personas discapacitadas.

Lograr ese porcentaje de efectivos en la Administración pública conlleva analizar las referencias a la aptitud o la capacidad de las personas discapacitadas, para lo cual; por un lado, se expondrá el itinerario de la oposición; y, por otro, se demostrará que, a lo largo de todo este proceso, nos encontramos ante una regulación conflictiva e interminable para demostrar la aptitud necesaria para alcanzar la categoría de funcionario público. Para ello se parte, básicamente del contenido:

a) Del art. 59 del EBEP³, cuyo contenido es el siguiente: *«1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.*

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad⁴.

2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo

² En los mismos términos los arts. 3 del RD 2271/2004 y 1.2 del Decreto 93/2006.

³ Reproduce en la práctica el art. 2 del RD 2271/2004.

⁴ El art. 59.1 del EBEP impuso una reserva no inferior al 5% de las vacantes que se produzcan en el seno de la Administración para que sean cubiertas con personas discapacitadas, con el objetivo de alcanzar ese 2% de los efectivos totales en cada Administración Pública; posteriormente, la cifra fue modificada por el art. 11.1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; el porcentaje se elevó al 7%.

Por otro lado, la STS de fecha de 5.10.2009, interpretó que el art. 59.1 del EBEP contiene una regulación básica aplicable a las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas con independencia de que en las mismas resulte aplicable el RD 2271/ 2004 por vía de la supletoriedad.

y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.»

b) De su reglamentación de desarrollo, el Capítulo III del RD 2271/2004 (arts. 7 y 8), así como los arts. 8 al 12 del Decreto 93/2006.

2. EL ITINERARIO DEL ACCESO DE UNA PERSONA DISCAPACITADA A UNA PLAZA COMO FUNCIONARIO

El itinerario que se describe en las líneas siguientes es el genérico, ante la imposibilidad de detallar los aspectos relacionados en convocatorias concretas; ahora bien, esto no es óbice para señalar que e los procesos selectivos existe prioridad de las Bases que convocan y regulan el sistema electivo, que como interpreta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2014. parten de la «doctrina a tenor de la cual las Bases de la Convocatoria de un proceso como aquél en el que participó el hoy actor constituyen la Ley del mismo y en tal consideración vinculan tanto a la Administración convocante, como a quienes toman parte en el mismo, Bases que si bien pueden ser impugnadas, necesariamente han de serlo en los casos y en los plazos previstos en el Ordenamiento Jurídico lo que, de no llevarse a cabo como ocurrió en el supuesto que nos ocupa, impide la ulterior impugnación de la resolución que recaiga en el proceso selectivo correspondiente por motivos que en su día pudieron y debieron hacerse valer por medio del oportuno recurso, relativos a posibles defectos de la citada Convocatoria, (en este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en innumerables Sentencias, entre otras, de 19 de Septiembre de 1994 , 20 de Marzo de 1995, 16 de Junio de 1997 y 24 de Marzo de 1998).»

En líneas generales, para acceder a la función pública, una persona discapacitada, a lo largo del proceso opositor, tendrá que:

a) Acreditar su aptitud para ser considerada persona discapacitada. En el EBEP, el RD 2271/2004 y el Decreto 9/2006, califican personas discapacitadas a aquellas que se incluyen en la descripción del art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Esta disposición actualmente no se encuentra en vigor, al haber sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, que concreta en su art. 4⁵ el concepto de persona discapacitada.

⁵ En concreto, se aplicará lo dispuesto en sus apartados 1 y 2 del art. 4:

«1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Este requisito se acredita aportando un certificado de discapacidad emitido por los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2010, indica que «...la capacidad funcional como requisito de admisión a un determinado proceso selectivo se justificará a través de los oportunos certificados o reconocimientos ante la autoridad convocante que decidirá sobre su autenticidad y validez en la fase previa de admisión».

b) Acreditar su capacidad o aptitud para realizar la oposición en condiciones lo más normal que fuere posible, lo que no excluye exigir la adaptación de los tiempos y los medios precisos para poder realizarla, en los términos que se analizarán más adelante.

La persona interesada tendrá que rellenar y presentar dentro de plazo el formulario oficial de participación que cada convocatoria establezca; al que adjuntará la documentación complementaria que proceda (normalmente el certificado de discapacidad; el abono de las tasas del examen, si no se opta por acogerse a la exención de las mismas y la documentación, que en su caso, acredite el derecho a solicitar la adaptación de medios y/o tiempos). En dicho formulario la persona interesada deberá indicar su interés a presentarse a la pruebas por el turno de discapacidad, en el supuesto que pretenda acogerse a este, dado que esta opción no opera de oficio con la mera presentación del certificado de discapacidad, salvo que exista un formulario específico para este colectivo.

La normativa recoge como un derecho específico de las personas que posean una discapacidad igual o superior al 33%, su reconocimiento a solicitar la exención de las tasas de examen para participar como aspirante en las pruebas selectivas de acceso o de promoción a los Cuerpos y Escalas de funcionarios o a las categorías de personal laboral convocadas por la Administración Pública estatal, así como en las pruebas de aptitud que ésta organice como requisito previo para el ejercicio de profesiones reguladas de la Unión Europea, entre otros colectivos, a las personas con discapacidad igual o superior al 33 %; así lo dispone el art. 18.5.a) de la Ley 66/1997, de 30 diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social – en la redacción dada por el art. 14 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social–. Este derecho se reconoce, igualmente, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el art. 6 del Decreto 93/2006, que establece al respecto que *«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de*

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos. »

la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, por la que se aprueban Medidas Fiscales en Materia de Hacienda Pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público, los y las aspirantes que acrediten tener un grado de minusvalía igual o superior al 33%, quedarán exentos, con independencia del turno por el que concurran, del pago de la tasa por derechos de examen.»

El acceso a la función pública podrá realizarse a través de convocatorias ordinarias o específicas reservadas al colectivo de las personas discapacitadas. Podría darse la circunstancia de que una persona discapacitada se presente a unas oposiciones en convocatoria ordinaria, por el turno de reserva, y superado el proceso electivo, se quedase fuera del turno reservado para personas con discapacidad al no existir plazas suficientes para todas las personas discapacitadas que hubieren superado el proceso electivo. En este caso, si su puntuación fuese superior a la de los aspirantes del turno normal, será incluida en el sistema de acceso general; es decir, pasará al turno genérico para obtener plaza –art. 3.2 del RD 2271/2004–. Aunque evidentemente si obtuviere plaza, dentro de los límites legales, se deberá adaptar el puesto de trabajo a sus circunstancias particulares, si fuere preciso, a efectos de que pueda desempeñar el mismo.

c) Una vez superadas las distintas pruebas correspondientes a la oposición a la que se presente, deberá aportar la documentación necesaria en el competente registro de la administración que será la que corresponda a cualquier otro opositor no discapacitado; así como la específica a su situación, que será:

- El certificado de discapacidad, por segunda vez.

- La que acredite su aptitud o compatibilidad para desempeñar las tareas correspondientes al puesto de la oposición que ha aprobado. Conforme a lo establecido en el art. 10.1, in fine, del RD 2271/2004 esta compatibilidad deberá de valorarse teniendo en cuenta las adaptaciones funcionales que se puedan realizar en el puesto de trabajo.

d) Finalmente, en la última fase del proceso, una vez solicitada plaza de entre las que se hubieren ofrecido, tendrá que acreditar su aptitud como discapacitado para se adapte el puesto de trabajo a las peculiaridades personales inherentes a la discapacidad, en el caso de requerir estas. En relación con este punto, también le corresponderá, en su caso, acreditar que son cambios razonables, en el caso que la Administración se niegue a asumir su coste.

3. LA DEMOSTRACIÓN DE LA APTITUD: UN PROCESO CONFLICTIVO E INTERMINABLE

En términos generales, el art. 56.1.b) del EBEP cita entre los requisitos necesarios para participar en los procesos selectivos para ser empleado público, «*Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas*»; en la práctica, esta exigencia, en las personas discapacitadas se traduce en una multitud de acciones de comprobación y demostración de esa capacidad funcional, de las que se opta por señalar alguna de las que se consideran más significativas en las páginas siguientes.

3.1. Declaración previa de la capacidad para desempeñar determinadas funciones, solicitada a instancias de la futura persona opositora.

Recientemente la prensa ha puesto el foco en esta cuestión, ante el impacto social provocado por la petición del letrado don Gabriel Pérez, invidente, que solicitó que se valorara su posible idoneidad para ejercer como juez, antes de empezar a preparar la oposición. Esta garantía a favor de las personas aspirantes discapacitadas es propia de oposiciones que se caracterizan por su largo periodo de preparación y exigencia.

Como ejemplo de este tipo de pruebas, se resalta el art. 8. del Real Decreto 863/2006, por el que se regula el acceso de las personas con discapacidad a las oposiciones al título de Notario y al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como la provisión de plazas a su favor, que establece al respecto que:

«1. Cualquier licenciado en Derecho afectado por cualquier grado de minusvalía, declarada o no legalmente, podrá solicitar de la Dirección General de los Registros y del Notariado, acompañando los certificados médicos oportunos, que se declare su capacidad para desempeñar las funciones de Notario o de Registrador. La Dirección General de los Registros y del Notariado dictará resolución después de recabar los dictámenes previstos en el artículo anterior.

2. La resolución favorable no impedirá que en el momento de la oposición el tribunal solicite el informe regulado en dicho artículo, si hubieran variado las circunstancias o el grado de minusvalía».

Como se observa, esta declaración de capacidad favorable solo mantiene su vigencia mientras no cambien las circunstancias personales o el grado de discapacidad de la persona opositora; pues, necesariamente, la aptitud para poder ejercer sus funciones, deberá mantenerse en el transcurso de todo el proceso opositor.

3.2. Aptitud para entrar en la categoría de persona discapacitada en los términos establecidos en la normativa en vigor para realizar la oposición por el turno restringido para las personas discapacitadas.

Acceder por el turno restringido en las distintas convocatorias de empleo público exige la acreditación de la condición de minusválido a la que se refiere el art. 59.1 del EBEP, lo que se realiza aportando el certificado correspondiente. Al respecto, el art. 9.1 del Decreto 93/2006, establece que «*La condición de persona con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33% se acreditará mediante certificado expedido por los órganos competentes en la materia, de la Junta de Andalucía u otras Administraciones Públicas*»; regulándose, incluso, la posibilidad de aportar el certificado por medios telemáticos⁶.

Por su parte, la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de presentar este certificado; sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada de 4 de marzo de 2013: «Asimismo en el apartado b) de dicho número cuarto de las bases referido a la presentación de solicitudes en papel y pago de tasas mediante personación en entidad colaboradora conforme se especifica en la base 4.7.1.b) que “En el supuesto de participar por el cupo de reserva para personas con discapacidad el concursante deberá adjuntar, además, el certificado acreditativo al que hace referencia el punto a).

Por tanto en orden al requisito relativo a la declaración de incapacidad se exige por las bases la presentación del certificado de incapacidad, no resultando suficiente la mera solicitud del mismo ni el documento posterior que retrotraiga sus efectos al plazo de presentación de solicitudes, lo cual resulta por otro lado lógico a fin de hacer avanzar el proceso de selección, provocándose de otro modo continuos retrocesos en la configuración de los aspirantes y el desarrollo mismo del procedimiento. Por ello no concurriendo el requisito exigido para participar por el turno de discapacitados en cuanto que el recurrente no aporte en tiempo y forma el certificado de discapacidad, resultaba oportuno el requerimiento realizado por la Administración y asimismo improcedente la petición del recurrente en orden a su admisión en el turno de discapacitados por cuanto que la actora no cumplió los requisitos para ello».

Este certificado da derecho, tan solo, a presentarse a la oposición por el turno de discapacidad y a obtener la exención de las tasas para presentarse a las oposiciones, con lo que la persona interesada tendrá que seguir demostrando su aptitud o capacidad paso a paso, a medida que entren en juego las distintas fases del itinerario que deberá seguir para finalizar la oposición.

⁶ Art. 9 del Decreto 93/2006: «... se podrá prever la posibilidad de la sustitución de los certificados a presentar, previo consentimiento de la persona interesada, por transmisión telemática de datos de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía que deban emitir dichos certificados.»

3.3. Demostración de la aptitud para solicitar determinadas adaptaciones de tiempo y medios para realizar las pruebas de la fase de la oposición.

La realización de las oposiciones en condiciones de igualdad con las personas no discapacitadas conlleva que la persona discapacitada tendrá derecho a solicitar las adaptaciones y ajustes razonables de tiempo y medios que precise para realizar la fase de la oposición. Este derecho es una constante de la normativa que regula los procesos electivos; así por ejemplo, se menciona en el art. 8 del RD 2271/2004, el art. 6 del Real Decreto 863/2006, y el art. 8 del Decreto 93/2006⁷.

Estas adaptaciones no operan de oficio, sino que:

a) Deberán ser solicitadas de forma expresa en el formulario de solicitud de la oposición en las personas discapacitadas dónde deberán hacer constar sus necesidades específicas, con la particularidad de que *«los órganos de selección podrán requerir un informe y, en su caso, la colaboración de los órganos técnicos de la Administración laboral, sanitaria o de los órganos competentes del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales»* –apartado 2 del art. 8 del RD 2271/2004–. Es decir, el informe valorará de manera razonable si se incrementa la capacidad de la persona opositora a realizar la oposición al aprobar dichos ajustes frente a las personas no discapacitadas presentes en la oposición. Podrían tratarse de solicitud de tiempo adicional o de medios, que consisten *«en la puesta a disposición del aspirante de los medios materiales y humanos, de las asistencias y apoyos y de las ayudas técnicas y/o tecnologías asistidas que precise para la realización de las pruebas en las que participe, así como en la garantía de la accesibilidad de la información y la comunicación de los procesos y la del recinto o espacio físico donde éstas se desarrollen»*, art. 8.4 del RD 2271/2004.

b) Deberá de probarse su oportunidad, tal como se recoge en el art. 8.5 del RD 2271/2004, que exige que, aportado el correspondiente certificado o información adicional necesario para la adaptación, solo se concederá la solicitud de adaptación cuando la *«discapacidad guarde relación directa con la prueba a realizar»*.

Las discriminaciones a las personas con discapacidad en las pruebas de acceso a la función pública, desgraciadamente, siguen siendo noticia; por ejemplo, la versión digital del diario *El Mundo* del día 12–2–2012, informaba del caso de una persona con un déficit de visión del 87% que solicitó realizar las pruebas de una oposición de forma oral o con un programa informático específico, que fue obligada a realizar el examen de la oposición por escrito, a pesar de haber solicitado la adaptación de medios.

⁷ En el acceso a la carrera judicial, por ejemplo, se ha previsto y regulado de manera más detallada mediante el Acuerdo 2 de abril de 2008, del Pleno del Consejo del Poder Judicial por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

3.4. Demostración de la capacidad de una persona discapacitada para ser excluida de la realización de determinadas pruebas.

Este es el supuesto recogido en el art. 12 del Decreto 93/2006, en el que se regula la reserva de plazas para personas con retraso mental leve o moderado. Del cupo general del 5% del total de plazas vacantes reservadas para personas con discapacidad que tengan reconocida una minusvalía de grado igual o superior al 33%, se podrá reservar un mínimo del 1% para este colectivo.

Lo cierto es que este cupo de reserva se establece como posibilidad, no como una obligación para la Administración Pública. Este colectivo podrá ser eximido de la realización de alguna de las pruebas, o bien se podría modular su contenido, para garantizar su efectivo acceso al empleo público, de manera que, conforme al apartado 3 del citado artículo: *«Los contenidos de las pruebas estarán fundamentalmente dirigidos a comprobar que los y las aspirantes poseen los conocimientos imprescindibles que les permitan el ejercicio de las funciones propias del puesto de trabajo»*. En definitiva, se les exige que demuestren su capacidad para asimilar los conocimientos que se consideren imprescindibles.

3.5. Demostración de determinadas capacidades en el transcurso de la realización de las pruebas opositoras.

En el transcurso de la fase de la oposición, el tribunal podría dudar de la capacidad de la persona que se está examinando, y ello con independencia que hubiere solicitado presentarse por el turno de discapacidad o no. Este supuesto se encuentra regulado, por ejemplo, en el art. 7 RD 863/2006, que establece lo siguiente. *«1. En cualquier caso de discapacidad, aunque no esté legalmente declarada, si se suscitasen dudas al tribunal, durante la realización del primer ejercicio, de la capacidad del opositor para desempeñar las funciones notariales o registrales, el tribunal deberá elevar inmediatamente un informe razonado a la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

2. La Dirección General, tras la audiencia del interesado, los dictámenes que crea oportunos y siempre el del órgano competente en materia de valoración de situaciones de minusvalía y calificación de su grado, dictará resolución motivada, apreciando o no la capacidad del opositor para desarrollar las tareas del Cuerpo al que aspire.»

En todo caso, conviene puntualizar que: a) La comunicación inmediata de las dudas debería realizarse, siempre que fuere posible, una vez concluido el examen, dado que la persona discapacitada tendrá derecho a realizarlo y concluirlo, si fuere posible, para no ser discriminada. b) Si el examen continúa, las reservas que tuviere el examinador no deberían de hacerse publicas ante la persona discriminada para,

por ejemplo, no ponerla nervioso y situarla en desigualdad de condiciones frente a otras personas capacitadas o discapacitadas.

La comprobación de la aptitud a lo largo del proceso opositor ha sido objeto de atención por la doctrina, por ejemplo, por Rodríguez Escanciano que cita el Dictamen de la Comisión Superior de Personal del Ministerio de Administraciones Públicas, núm. 131, 2 de marzo de 1995, que indica que «el aspirante, con independencia del grado de minusvalía y con independencia también de si accede por el cupo de reserva o por el turno libre, debe estar capacitado para el desempeño de dichas funciones, y esta circunstancia puede ser objeto de dictamen por parte del órgano competente, a instancia del Tribunal calificador, en cualquier momento de la realización de las pruebas. Por tanto, el aspirante se podrá presentar a todas aquellas pruebas selectivas en las que la minusvalía que le ha sido reconocida sea compatible con el desempeño de las funciones propias del cuerpo o escala de que se trate».

3.6. Demostración de la aptitud profesional una vez superada la fase de la oposición.

Una vez que se hubiere superado el proceso selectivo, la persona opositora tendrá que solicitar la adjudicación de destino o puesto de trabajo, por un lado; y por otro, de la adaptación del puesto profesional que le corresponda.

a) Respecto a la primera cuestión, las personas discapacitadas admitidas en la convocatoria ordinaria con plazas reservadas a personas con discapacidad, una vez superado el proceso electivo, *«podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán de ser debidamente acreditadas»* –art. 9 del RD 2271/2004–. Esta circunstancia no opera de oficio, sino que requiere solicitud de la persona discapacitada, y dicha alteración se le otorgara cuando exista justificación suficiente para realizarla; ahora bien, la modificación necesaria del orden de la prelación tendrá que ser la mínima; es decir, la que fuere imprescindible para que la persona discapacitada se integre en el puesto solicitado.

Por otro lado tendrá que aportar, en su caso, los certificados de aptitud requeridos por la normativa, al respecto, sirva el contenido del art. 9 del Decreto 93/2006 que establece al respecto: *«2. Las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones y tareas correspondientes a los Cuerpos y, en su caso, Especialidades u opciones o categorías profesionales a las que se aspiran se acreditarán en el momento de la petición de destino mediante certificado, expedido por la Consejería competente en la materia, de la Junta de Andalucía, en el que conste su capacidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes a los mismos.*

3. *La forma de acreditación de las condiciones a las que se refieren los apartados anteriores se establecerá en la convocatoria correspondiente, donde se podrá prever la posibilidad de la sustitución de los certificados a presentar, previo consentimiento de la persona interesada, por transmisión telemática de datos de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía que deban emitir dichos certificados.»*

b) En lo que se refiere a la adaptación de puestos de trabajo, la Administración estará obligada a realizar las modificaciones en el puesto de trabajo necesarias para cubrir las necesidades de las personas con discapacidad –art. 59.2 del EBEP⁸–. La formulación de este principio de manera más específica se realizó –con anterioridad a la aprobación del EBEP– a través del art. 10 del RD 2271/2004, que establece la necesidad de solicitar estas adaptaciones por parte de la persona discapacitada; solicitud que deberá ser acompañada por un informe realizado por el órgano que fuere competente en función de la materia, el cual acreditará la procedencia de la adaptación y la compatibilidad con el desempeño de las funciones que tenga atribuido el puesto solicitado. Concretándose, además que, *«En cualquier caso, la compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo se valorará teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él»*.

3.7. La acreditación de la aptitud una vez superada la oposición y adjudicada la plaza como funcionario público.

Cuando una persona discapacitada ha tomado posesión de su puesto de trabajo en la Administración pública, obteniendo la categoría de funcionario, accede a una situación profesional y personal en la que entra en juego la posibilidad de que pueda formarse y promocionarse a puestos superiores. En esta fase sigue, como es obvio, existiendo el derecho a la no discriminación a la que se refiere, entre otras disposiciones, el art. 14 del EBEP, por ello:

a) El empleado público tiene derecho, en aplicación del contenido del art. 14.g) del EBEP *«A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral»*. Este reconocimiento se encuentra específicamente regulado para los empleados públicos discapacitados, por ejemplo, en el art. 11 del RD 2271/2004, que impone la obligación de realizar las adaptaciones y ajustes que fueren razonables para que las personas discapacitadas puedan realizar los cursos formativos; necesarios tanto para incrementar la puntuación para acceder a puestos no básicos a través de concursos oficiales o en adjudicaciones provisionales en tanto se convoca el concurso oficial; como para optar a la promoción interna entre los distintos cuerpos de la Administración pública, derecho reconocido en el art. 5 del RD 2271/2004.

⁸ Igualmente se recoge en el art. 10 del Real Decreto 863/2006 y el art. 11 del Decreto 93/2006.

b) En el ejercicio de la promoción interna, los empleados públicos tienen derecho, conforme al art. 14.c) del EBEP, *«A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación»*. Lo que se reconoce este artículo son dos cosas distintas, por un lado el derecho a ascender; y por otro, el derecho a presentarse a las oposiciones o pruebas de cuerpos y escalas superiores, si se tuviere la titulación académica necesaria para poder desempeñarlos.

Precisamente la normativa aplicable no es muy justa en la promoción interna de las personas discapacitadas, aunque en términos generales el art. 18.1 del EBEP establece que *«La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto»*. La razón es que la persona discapacitada al presentarse a las oposiciones por promoción interna, empieza desde cero y tiene que volver a demostrar su aptitud o capacidad para ser discapacitado primero; y su capacidad para poder desempeñar las funciones tal como se ha ido exponiendo a lo largo de esta comunicación, después. Se han dado casos en los que la persona que accede a un cuerpo o escala superior por promoción interna debería estar exenta de demostrar su aptitud o capacidad profesional para desempeñar las funciones una vez que asciende a otro grupo superior, siendo aquellos supuestos en que posee en propiedad un puesto de doble adscripción, que puede ser desempeñado por funcionarios pertenecientes a dos cuerpos distintos, por ejemplo A1 y A2, y opta por permanecer en ese mismo puesto de trabajo, en vez de solicitar otra vacante.

4. CONCLUSIONES

Queda un largo camino por recorrer para lograr la integración de las personas discapacitadas en el mercado laboral, en este marco, la Administración Pública, como le corresponde, deberá de ser una pionera, introduciendo mecanismos que impulsen su acceso al empleo en virtud de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Para lograr esto, en materia de acceso a la función pública:

a) Se deberá de limitar al momento imprescindible la aportación de la documentación que una burocracia excesiva requiere presentar varias veces en el transcurso de una oposición, como se ha expuesto. La presentación de un documento relativo a acreditación de la discapacidad en cualquier fase del proceso opositor o de la toma de posesión como funcionario, debería ser servir para la totalidad del proceso. De esta forma, se evitaría la sensación de que, las distintas fases del proceso de una oposición, se centran; en primer lugar, en demostrar la aptitud para ser persona discapacitada; para, en segundo lugar, demostrar que se

poseen unas condiciones físicas, psíquicas y profesionales lo más cercanas posible a la aptitud de una persona que no posee un certificado de discapacidad.

b) Finalmente, se debería regular el proceso de la promoción interna de las personas discapacitadas para evitar que las mismas tengan que pasar por filtros que más que discriminatorios, son humillantes, como supone el hecho de que tengan que acreditar su idoneidad o aptitud para desempeñar puestos que ya vienen desempeñando con total aptitud.

5. BIBLIOGRAFIA

CORDERO GORDILLO, V.: «El acceso al empleo público de las personas con discapacidad», en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público*. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2009, págs. 160 y ss.

FÉRNANDEZ ALLES, J. J.: «La igualdad en la Función Pública», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 635/2004.

FÉRNANDEZ ALLES, J. J. y AGUILAR BOHORQUEZ, F. J.: «El empleo público y su protección jurídica en la última doctrina del Tribunal Constitucional», *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 12/2004, Editorial Aranzadi.

IVARS BAÑULS, J. A. y LLUCH FIGUERES, A.: «La carrera Administrativa en el ámbito de la Función Pública: Promoción Profesional y Promoción Interna», *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm 9/2005, Editorial Aranzadi.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «Comentario al art. 48 de la Ley7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV. *Comentarios a la Ley7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Aranzadi, 2009.

RUBIO DE MEDINA, M. D.: «Las referencias al empleo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su repercusión en la normativa española». *Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. Volumen N. 1, Enero – Marzo de 2013. http://adapt.it/EJCLS/index.php/rlde_adapt/article/view/83

RUBIO DE MEDINA, M. D.: «La utilización de la lengua de signos en el acceso a la función pública y en la atención por parte de los servicios públicos». Versión digital en <http://diariolaley.laley.es/content/Inicio.aspx> (Publicada el día 31-5-2013).

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD DE TRATO EN EL EMPLEO PÚBLICO

José Sánchez Pérez
Profesor Acreditado Contratado Doctor
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad social
Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. LOS DIFERENTES ÁMBITOS JURISPRUDENCIALES EN LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO**
- 2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS: LA EVOLUCIÓN DEL ARGUMENTO DE LA FUERZA MAYOR**
- 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN**
- 4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJCE Y LA PRIORIDAD DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO**
- 5. CONCLUSIONES**

1. LOS DIFERENTES ÁMBITOS JURISPRUDENCIALES EN LA PROTECCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

Se pueden identificar tres ámbitos jurisprudenciales desde los que se ha afrontado el análisis del principio de igualdad de trato aplicado en el empleo público. Concretamente nos referimos a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Desde su particular perspectiva estos ámbitos jurisprudenciales complementan el ordenamiento jurídico sobre el empleo público, cada una en su ámbito competencial.

El derecho de igualdad, y su necesario complemento, el derecho a la no discriminación, ocupa una posición referente en el Capítulo II de la Constitución Española de 1978 junto al derecho a la tutela judicial efectiva. Es así que el artículo 14 prescribe que *«los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*, en tanto que en relación específica al empleo público, el artículo 23.2 subraya que los ciudadanos *«tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes»*.

No obstante, la jurisprudencia ha distinguido la igualdad del artículo 14 CE que se aplica a todo el personal de las Administraciones Públicas, incluido el personal laboral, en tanto que cuando se trata de funcionarios el precepto, más específico, de aplicación es el que se aborda desde la perspectiva del artículo 23.2 CE¹.

2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS: LA EVOLUCIÓN DEL ARGUMENTO DE LA FUERZA MAYOR

Una de las cuestiones más sensibles a la materialización del principio de igualdad de trato a que hacemos referencia tiene que ver con la defensa de la protección al embarazo en el entorno del acceso a la función pública. A este respecto es de especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de marzo de 2014 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Recurso 4371/2012). Se trata de una sentencia pionera que en concreto focaliza su atención en el acceso a la función pública de la mujer embarazada.

Se puede apreciar como el Tribunal Supremo acoge los derechos constitucionales de aplicación. En el supuesto debatido el tribunal calificador de la oposición rechaza la solicitud llevada a cabo por la opositora, la cual, en previsión

¹ Fernández Alles, J.J., Aguilar Bohórquez, J.A.: "El empleo público y su protección jurídica en la última doctrina del Tribunal Constitucional", *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 12/2004, pág. 1 y 2.

de que su inminente parto o ingreso hospitalario se produjera en el día que tenía que acudir al examen en que consistía la primera fase de la oposición (un día 30 de noviembre) en que había sido admitida, y en ciudad diferente a la que vivía, le solicitó previamente ser examinada a título individual en su domicilio o en el hospital en que pudiera encontrarse. El tribunal calificador denegó tal solicitud argumentando que *«el lugar fijado para la celebración de la oposición era León y que la base 7.6 de la convocatoria establecía que el llamamiento era único»*. Tal interpretación se considera contraria al derecho de los ciudadanos al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) que se proyecta sobre la maternidad.

Una vez solicitada la variación individual del día de realización del ejercicio, el parto finalmente se produjo el día anterior a la realización del examen, lo cual impidió materialmente que la opositora pudiera desplazarse hasta León y realizar la prueba para la que estaba convocada.

El Tribunal Supremo hace mención de forma referente, entre otra doctrina, a la sentencia del mismo Tribunal, de fecha 27 de abril de 2009. En la misma se recoge un supuesto asimilable en el cual una mujer que acababa de dar a luz solicitó el aplazamiento de la segunda prueba de la convocatoria al tribunal por no encontrarse en condiciones físicas que le permitieran efectuarla.

En esa ocasión, el máximo tribunal entendió que en pruebas que se prolongan a lo largo del tiempo no resulta disfuncional atender, cuando sea posible sin extender el proceso más allá de lo previsto, solicitudes que se encuentren justificadas, sin que ello afecte a la seguridad jurídica ni atente contra las condiciones de igualdad entre los participantes. El pronunciamiento dio lugar a la retroacción del proceso selectivo que había promovido la Generalitat de Catalunya al momento anterior a la celebración de la segunda prueba, para que el Tribunal procediera a su señalamiento y convocatoria de la opositora, al objeto de que pudiera realizar la prueba.

La sentencia, de 14 de marzo de 2014, supone sin duda un paso hacia adelante respecto de los precedentes existentes que no van más allá de la acomodación de fechas respecto de los plazos inicialmente previstos. En esta ocasión la fundamentación jurídica no es otra que los propios derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional: el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.

Como aprecia el Tribunal, la situación planteada adquiere matices propios del derecho constitucional de igualdad y exige una acción positiva por parte de los poderes públicos. Aprecia el Tribunal que no se trata de una situación de

enfermedad, dado que ni el embarazo ni el parto lo son, ni tampoco es equiparable a una intervención quirúrgica urgente en el sentido que se le da a esta expresión –ni siquiera cuando se recurre a la acción de la cesárea-. Se concreta de forma específica que: *«dar a luz no parece, en fin, una causa de fuerza mayor (como es sobradamente predicado en la jurisprudencia del orden social, concepto que ahora se trae a sede contencioso-administrativa), ya que es el punto final de un proceso natural cuyo único extremo indeterminado es el momento concreto que se produce si bien se sitúa dentro de un período de tiempo delimitado».*

Se está, por tanto, ante el análisis jurídico de un supuesto de hecho muy específico como es el de la mujer que prevé la coincidencia de su parto con las fechas previstas para la celebración de una prueba selectiva de acceso a la función pública, circunstancia que sólo puede darse respecto de la mujer.

A tenor de la circunstancia expuesta, el artículo 23.2 de la CE, junto a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) proyecta una serie de derechos que obtienen también tutela y desarrollo a través de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (art. 8), las previsions del artículo 61.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, así como la propia doctrina del Tribunal Constitucional.

A juicio del Tribunal, lo que procedía era hacer una interpretación de las bases conforme a la Constitución o, si se prefiere de otro modo, a la igualdad. Es así que la base 6.5 de las de la convocatoria permitía al tribunal buscar la forma de acoger la petición de la recurrente o de establecer cualquier otra –refiriéndose incluso la opción del aplazamiento del ejercicio para evitar el perjuicio que sufrió-, sin que pueda servir de disculpa las dificultades materiales para atender la petición de la actora en la instancia o la existencia de trato preferente a su favor.

La repercusión del fallo contenido en esta sentencia es sumamente relevante, si bien es limitada en la medida en que se aplica a un supuesto de hecho muy concreto que no es aplicable a cualquier mujer embarazada sino tan solo a la que está a punto de dar a luz. Habría que examinar en consecuencia si existen otros momentos o situaciones en que se produjera una imposibilidad o limitación significativa derivada de la situación de embarazo para plantear la posibilidad de que se despliegue la infracción del derecho a la igualdad.

En cualquier caso, el planteamiento asumido por la doctrina jurisprudencial de que una mujer embarazada puede verse limitada en sus derechos por razón de su situación física y que no reconocer este estado puede suponer una lesión de su derecho a la no discriminación por razón de su sexo, puede resultar aprovechado para otros supuestos en que exista una situación de embarazo y éste se muestre como

un claro obstáculo para acceder a las pruebas propias de un proceso de selección pública. Éste podría ser el caso en que una mujer embarazada, que no lo está en el momento de la publicación de la convocatoria, se ve obligada por prescripción médica a guardar reposo durante su embarazo, incluido el día del examen, al ser éste de alto riesgo. También podría ser el caso, y es algo frente a lo que se debería ofrecer una adecuada respuesta jurídica, de una mujer que debe enfrentarse a un examen de resistencia física y en el momento de su realización está en un avanzado estado de gestación avanzado o impeditivo.

3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC Y EL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN

El Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de que el tratamiento desigual tiene un límite que actúa sólo cuando la desigualdad se encuentra desprovista de una justificación objetiva y razonable (STC 256/2004, de 22 de diciembre). Es así que no toda desigualdad de trato supone infracción del art. 14 CE².

Añade el Alto Tribunal que la diferenciación de trato ha de resultar lícita desde el punto de vista constitucional siempre y cuando el fin que se persiga sea lícito y las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas a dicho fin, superando el juicio de proporcionalidad en sede constitucional (SSTC 256/2004, 117/1998, 200/2001).

Es múltiple la doctrina del Tribunal Constitucional que aborda la igualdad en la función pública desde diferentes perspectivas. A modo de ejemplo la STC 37/2004, de 11 de marzo se refiere a la edad como factor de eventual discriminación o la STC 86/2004, de 10 de marzo, se refiere a la valoración de méritos.

La STC 37/2004 viene referida al establecimiento de una edad límite aplicable a los aspirantes así como a cualquier otra condición personal. A este respecto se resuelve que cuando se fijen límites que supongan para quienes los hayan rebasado la imposibilidad de acceder a los puestos convocados, para que la condición impuesta sea constitucionalmente admisible se impone a los poderes públicos que deciden la medida diferenciadora la carga de ofrecer los argumentos justificadores de su razonabilidad constitucional. No sería admisible constitucionalmente, de otro lado, que las normas de acceso a la función pública local vinieran a incorporar un requisito relacionado con la edad desconectado de los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE).

² Quintanilla Navarro, R.Y.: “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. num.50/200814/2008

La sentencia aludida viene a subrayar la dificultad de establecer criterios discriminatorios ya que «*el carácter general de la norma impide su comparación con otra, lo que impide enjuiciar su constitucionalidad desde la óptica de la discriminación*». De ello se deduce la imposibilidad de establecer el término de comparación que excluya la discriminación toda vez que se han de tener en cuenta en cada caso concreto los supuestos de hecho de los funcionarios afectados y de sus puestos de trabajo.

En este contexto ha alcanzado una trascendental relevancia el principio de motivación y razonabilidad distinguiendo a tales efectos la doctrina entre discriminación positiva y discriminación inversa.

La discriminación positiva consiste en aprobar un trato de favor a un determinado grupo que a priori no perjudica a nadie, determinando una situación de igualdad en la línea de salida. La discriminación inversa ha tenido una concreta acogida por la doctrina constitucional dado que ha permitido que exista esta situación para los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE) en tres ámbitos diferenciados: a) El acceso a la Universidad Pública; b) El acceso a la función pública y c) El acceso al ámbito privado³.

Otro punto particularmente polémico es el que tiene que ver con la consolidación del empleo público por concurso. En este caso (STC 107/2003, de 2 de junio) el debate confronta la vía adoptada con los principios de mérito y capacidad. Se concreta en el acceso a la función pública en atención al tiempo prolongado en que se han desempeñado satisfactoriamente las tareas encomendadas. Desde esta perspectiva se considera que la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación con la finalidad de consolidar un empleo temporal. De esta forma pese a que establece una desigualdad (el acceso a la función pública en función del mérito acreditado y no a través de la oposición libre) ésta viene impuesta en atención a un interés que se considera público y legítimo, sin excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública.

Así, se viene a considerar proporcional y racional la ponderación de los servicios previos realizados en la situación en que la «*relevancia cuantitativa*» no pueda considerarse que va más allá del «*límite de lo tolerable*» (SSTC 195/1994, de 20 de junio; 11/1996, de 29 de enero; y 83/2000, de 27 de marzo).

El derecho a la igualdad en el acceso a la función pública (art. 23.2 CE) requiere, como en cualquier otro supuesto, la aportación de un término idóneo de comparación de manera que se considera infringido cuando el resultado favorece

³ Fernández Alles, J.J., Aguilar Bohórquez, J.A.: “El empleo público y su protección jurídica...”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi* 12/2004 *Ibidem*, cit., pág. 5.

indebidamente a un determinado opositor. En este supuesto se expresa la STC 73/1998 cuando toma en consideración que *«para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores»*.

Las discriminaciones indirectas ocupan otro lugar destacado entre los criterios doctrinales relativos a la igualdad, dado que la forma habitual de incurrir en el comportamiento prohibido por la proscripción de la desigualdad no es la discriminación directa que se sabe directamente ilegítima cuando comporta un tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo.

En este caso, la discriminación indirecta se traduce en aquel comportamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que deriva, por las diferentes condiciones de hecho que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un sexo determinado (SSTC 145/1991, de 1 de julio, 147/1995, de 16 de octubre y 198/1996 de 3 de diciembre).

Ejemplo de la discriminación indirecta descrita es la que comporta la situación de la trabajadora interina que solicita la excedencia para el cuidado de hijos, derecho que a priori solo está reconocido a las relaciones de carácter permanente. En este caso la fundamentación que se otorga a la diferencia de trato comporta el reconocimiento del derecho a quien disfrute de una vinculación con la Administración de forma estable en tanto que se puede negar a quien por motivos de urgencia y necesidad ocupen de forma provisional una plaza hasta en tanto no sea cubierta por funcionarios de carrera. Sin embargo esta justificación del trato diferenciado decae, tal y como se expone en la fundamentación jurídica de la STC 203/2000 y 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 funcional 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»*. Se trata, como puede apreciarse, de considerar que no existe justificación objetiva y razonable para entender, desde la perspectiva del artículo 14 CE, que un trabajador funcionario interino que lleva ocupando su plaza durante un periodo superior a 5 años, merece un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera.

Se plantea así un análisis que lejos de incluir automatismos ha de tener en cuenta la trascendencia constitucional del derecho discutido de acuerdo con los intereses y valores que se encuentran en juego.

Incide la STC 240/1999 en que la denegación a las mujeres de la excedencia para el cuidado de los hijos menores cuando ocupan la posición de funcionarios interinos, se traduce en una discriminación de género que se perpetúa pues a día de hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias.

4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJCE Y LA PRIORIDAD DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL DERECHO INTERNO

El punto de partida en materia comunitaria en las políticas de igualdad pone su acento en la incorporación de la mujer al empleo público en una situación de paridad con el varón. A este respecto es referente la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que refiere al acceso al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo, que viene a recoger en su artículo 2, apartados 1 y 4: *«1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. [...]»*.

«4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1».

Más adelante, como norma que complementa las iniciativas descritas, el artículo 141, apartados 1 y 4 del Tratado de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de Enero de 1999) establece que: *«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. [...]»* y *«4. Con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales»*

Se puede apreciar, a la vista de la norma transcrita, una actuación decidida por parte de las instancias de la Unión Europea de desarrollar el principio de igualdad en el acceso al empleo público. En el contexto europeo, con una actuación seguramente más incisiva que en nuestro país, se han producido supuestos de discriminación positiva cuya aplicación se ha dispuesto para intentar superar la situación de desigualdad histórica de la mujer⁴.

Un ejemplo descriptivo y delimitador del alcance de las políticas de igualdad viene definido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 6 de julio de 2000. En ella se plantea un supuesto que aplica un Reglamento sueco de 1995 que permite la discriminación positiva. El supuesto de hecho describe el procedimiento de cobertura de una plaza vacante en la Universidad de Goteborg como profesor de Ciencias de la Hidrosfera. En esa convocatoria el Tribunal calificador efectuó dos calificaciones una relativa a la capacitación científica de los candidatos en que el Sr. Anderson obtuvo cinco votos por tres de la Sra. Destouni, y una segunda votación en aplicación del referido reglamento sueco por el que el Sr. Anderson obtuvo dos votos frente a seis de la Sra. Destouni. Posteriormente tras la renuncia de la Sra. Destouni el Tribunal calificador rehusó volver a realizar las calificaciones, constatando únicamente que las diferencias entre el candidato masculino y el femenino (Sras. Abrahamsson y Fogelqvist) eran considerables a favor del primero. Finalmente el Rector de la Universidad decidió nombrar a la Sra. Fogelqvist considerando que las diferencias entre los respectivos méritos no alcanzaban un valor tan considerable para dejar inaplicado el criterio de la discriminación positiva.

A la hora de la resolución del supuesto planteado el TJCE plantea en primer lugar que el proceso ha de ser transparente, de tal manera que se puedan excluir las apreciaciones arbitrarias acerca de la capacitación de los candidatos. De otro lado se plantea que no cabe la aplicación de automatismos que impliquen la concesión de una preferencia al candidato de sexo infrarrepresentado (término eufemístico utilizado para referirse al sexo femenino). Finalmente tras confrontar la normativa nacional (el citado Reglamento) con el artículo 141.4 del Tratado el Tribunal concluye que el establecimiento de normativas destinadas a garantizar la plena igualdad de sexos autoriza a los Estados a compensar desventajas que surjan en las carreras profesionales pero no autoriza un método de selección cuyo objeto —como es el caso examinado— resulta desproporcionado respecto de la finalidad prevista.

Los preceptos aludidos de la Directiva 2006/54 que entran en juego en la resolución del supuesto debatido contemplan: el artículo 2, apartado 2, letra c), de la misma Directiva dispone que: «*A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: [...] c) el trato menos favorable a una mujer en*

⁴ Pulido Quevedo, M.: “Discriminación positiva de la mujer en el acceso al empleo público: las enseñanzas del Derecho Comunitario Europeo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9/2000, pág. 2.

relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE [del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia]», mientras que el artículo 14 de la Directiva 2006/54 expresa que: «1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con: [...] c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado»

En último término el artículo 15 de dicha Directiva, relativo a la reintegración tras el permiso de maternidad, establece que: *«La mujer en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el período de permiso, a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia».*

Una muestra del Derecho comunitario en el ámbito del acceso al empleo y las condiciones de trabajo en situación de igualdad entre hombres y mujeres viene determinada por el denominado caso Kleis que dio lugar a la sentencia, de 18 de noviembre de 2010, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objeto de debate se centra en la normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de personas más jóvenes justifica el que una empresa pública despidiera a sus trabajadores que han adquirido derecho a la pensión de jubilación, teniendo en consideración que ese derecho lo adquieren las trabajadoras a una edad inferior en cinco años a la edad en que lo hacen los trabajadores.

Se plantea la interpretación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. El precepto cuya aplicación se cuestiona es el artículo 3, apartado 1, letra c), de dicha Directiva, según el cual *«la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución de conformidad con lo establecido en la Directiva 75/117/CEE»* del Consejo, de 10 de febrero de 1975. Esta última Directiva viene referida a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de sexo masculino y femenino.

La Sra. Kleist impugnó su despido ante el Tribunal Regional de Innsbruck entendiendo que la normativa controvertida (ley nacional) constituye una discriminación por razón de sexo en la medida en que permite al empresario jubilar a una trabajadora cuando alcanza la edad que le confiere la edad de jubilación (60 años), considerando que el derecho a pensión se adquiere en momentos diferentes en función de que el trabajador sea hombre o mujer.

El organismo austriaco de pensiones de jubilación justifica la diferencia de trato invocando el objetivo de la promoción del empleo de los más jóvenes, lo que no constituye por tanto discriminación ilícita. El Tribunal Supremo austriaco (Oberster Gerichtshof) por su parte plantea como cuestión prejudicial si la Directiva debe interpretarse en el marco de un sistema de Derecho Laboral que supedita la protección general de los trabajadores frente al despido a la dependencia social (económica) que éstos tengan de su puesto de trabajo; es decir, si resulta de aplicación una vez que el trabajador ha accedido a la protección que deriva del derecho a la percepción de una pensión de jubilación.

El Tribunal de Justicia establece que en consideración a la importancia fundamental del principio de igualdad de trato la excepción a la prohibición de discriminación por razón de sexo debe interpretarse de modo restrictivo, de modo que en el caso concreto, esa diferencia de trato no se puede justificar por el objetivo de la promoción del empleo de los más jóvenes, concluyéndose que la misma constituye una discriminación directa por razón de sexo.

En conclusión el Tribunal declaró que debe interpretarse la Directiva 76/207 (art. 3.1.c) en el sentido de que constituye una discriminación por razón de sexo prohibido por dicha Directiva una normativa nacional que, con el fin de promover el acceso al empleo de los más jóvenes, permite a un empresario despedir a los trabajadores que han adquirido el derecho a pensión de jubilación, partiendo de que las mujeres adquieren ese derecho a una edad inferior en cinco años de edad en que lo hacen los hombres.

Es tema de debate la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en un supuesto en que se da de baja a una mujer en permiso de maternidad de una formación profesional que forma parte esencial de su puesto de trabajo y que es obligatoria para poder optar a un nombramiento definitivo como funcionario.

Otro reciente supuesto de alcance del Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene constituido por el denominado caso Napoli, sentencia de 6 de marzo de 2014. En este caso se suscita la interpretación de los artículos 2, apartado 2, letra c), 14, apartado 2, y 15 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Más concretamente se ha de precisar que la Sra. Napoli aprobó el concurso-oposición de subcomisario del cuerpo ordinario de la policía penitenciaria siendo admitida para participar en el curso de formación que debía comenzar unas semanas después. Tal curso de formación profesional forma parte esencial del puesto de trabajo y es obligatorio para optar a un nombramiento definitivo como funcionario, así como para mejorar las condiciones de trabajo. Sin embargo, la Amministrazione penitenziaria le comunicó que, en virtud de la legislación nacional (artículo 10, apartado 2, del Decreto Legislativo nº 146/2000) sería dada de baja y se le dejaría de abonar la retribución. El motivo de la inasistencia al curso de formación vino determinado por la situación de maternidad de la trabajadora del que derivó un permiso obligatorio de tres meses de duración.

El objetivo que pretende la norma que se dice infringida persigue que cada subcomisario en prácticas siga una formación profesional adecuada y completa antes de que se le atribuyan funciones institucionales, quedando frustrada la finalidad perseguida no sólo por las ausencias facultativas, sino también y de la misma manera, por las ausencias obligatorias. A nivel nacional se da por zanjada la cuestión garantizando el derecho a participar en la siguiente formación que se lleve a cabo cuya fecha de realización resulta incierta.

Sin embargo a la luz de la normativa comunitaria se atiende la petición realizada por la trabajadora teniendo en cuenta varios argumentos esgrimidos. De entrada, en el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54 se concretan los ámbitos en que no cabe discriminación, prohibiéndose las discriminaciones directas e indirectas en las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación en el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, en la formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional.

Seguidamente en el artículo 15 se establece que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no resulten menos favorables. Tal y como se aprecia la Sra. Napoli mantiene una relación laboral en tanto que los cursos en que fue dada de baja debido a su ausencia por el permiso obligatorio de maternidad se imparten en el marco de esa relación laboral y tienen como objetivo prepararla para un examen que, de ser aprobado, le permitiría acceder a un nivel jerárquico superior. Resulta patente por tanto que la baja causada en el curso de formación profesional como consecuencia del permiso de maternidad ha influido negativamente sobre las condiciones de trabajo, habiendo perdido una

oportunidad de beneficiarse, al igual que sus compañeros, de una mejora de esas condiciones laborales constatándose en consecuencia el trato menos favorable que el precepto comunitario proscribire.

Cabe concluir por tanto que, constatado que el artículo 15 de la Directiva de referencia dispone en términos claros, precisos e incondicionados que la mujer en permiso de maternidad tiene derecho, una vez finalizado el permiso de maternidad, a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia, queda en evidencia que corresponde al juez nacional en el marco de su competencia aplicar el Derecho de la Unión Europea, quedando obligado a garantizar la plena eficacia de sus normas, dejando inaplicadas, si procede cualesquiera disposiciones que resulten contrarias de la legislación nacional aunque sean posteriores y sin esperar a la derogación previa de éstas.

5. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar son varios los ámbitos de manifestación del derecho de igualdad de trato en el empleo público.

Tradicionalmente en la jurisdicción común, expresada a través de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, ha sido frecuente el recurso a la fuerza mayor como argumento central de las demandas articuladas en relación a la igualdad de trato en el ámbito del empleo público. Sin embargo la pionera sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2014 ha supuesto una opción decidida que ha permitido la entrada en juego de los preceptos constitucionales (artículo 23.2 de la CE, junto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE), dejando abierta la posibilidad de que se produzca una interpretación más flexible que la que se deduce del incumplimiento de la igualdad de trato en supuestos de coincidencia entre el parto y la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso al empleo público.

Desde una perspectiva más incisiva, el Tribunal Constitucional pone su énfasis en la relevancia del principio de motivación y razonabilidad distinguiendo a tales efectos la doctrina entre discriminación positiva y discriminación inversa. Recordamos que la discriminación positiva consiste en aprobar un trato de favor a un determinado grupo que a priori no perjudica a nadie, determinando una situación de igualdad en la línea de salida, mientras que la discriminación inversa ha permitido que exista esta situación para los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales (art. 49 CE) distintos ámbitos diferenciados entre los que se encuentra el acceso a la función pública. También se incide en la discriminación indirecta y su casuística limitando sus efectos y consecuencias.

En último término, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se muestra como la más evolucionada habiendo dado entrada al desarrollo concreto de precepto como el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 76/207/CEE, según el cual *«la aplicación del principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con [...] las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido y de retribución»*. Ello comporta que una normativa nacional no puede incumplir el espíritu que refleja la norma de modo que el juez a la hora de la aplicación del derecho debe hacer prevalecer el principio de igualdad de trato, huyendo de toda discriminación directa o indirecta a que se pueda dar lugar. También, al respecto de la discriminación positiva se considera que el establecimiento de normativas destinadas a garantizar la plena igualdad de sexos autoriza a los Estados a compensar desventajas que surjan en las carreras profesionales pero no autoriza un método de selección cuyo objeto pueda resultar desproporcionado respecto de la finalidad prevista.

EL RÉGIMEN GENERAL DE EMPLEO PÚBLICO Y SU VULNERACIÓN EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

José Manuel Fouz Uguet
*Profesor asociado a tiempo parcial
del Departamento de Derecho del Trabajo
Universidad de Cádiz
Funcionario de carrera del Cuerpo Superior
de Administradores Generales
Junta de Andalucía*

SUMARIO:

- 1. EL RÉGIMEN GENERAL DE EMPLEO PÚBLICO**
- 2. LA RELACIÓN LABORAL DE EMPLEO PÚBLICO**
- 3. LA VULNERACIÓN DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE EMPLEO PÚBLICO**
 - 1.1. El personal laboral fijo o temporal al servicio de las Administraciones Públicas**
 - 1.2. El personal laboral indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas**
 - 1.3. El personal de las Agencias Públicas Empresariales de la Junta de Andalucía**
- 4. CONCLUSIONES**
- 5. BIBLIOGRAFÍA**

1. EL RÉGIMEN GENERAL DE EMPLEO PÚBLICO

La Constitución de 1978 no implica quiebra alguna de la tradicional convivencia entre personal funcionario y laboral en el seno de las Administraciones Públicas, al contemplar por separado un estatuto de los trabajadores (art. 35.2) y otro de los funcionarios públicos (art. 103.3).

Los escasos preceptos constitucionales en materia de Función Pública hacen referencia a la regulación por ley de un estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3), al respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (arts. 14, 23.2 y 103.3), así como al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, residenciando en el primero de ellos la competencia para la aprobación de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18º) y en las Comunidades Autónomas la posibilidad de desarrollarlas.

A partir de ese parco marco constitucional, la Ley 30/84, de 30 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aborda la delicada cuestión del reparto de puestos de trabajo entre personal funcionario y laboral dentro de las AAPP. En su versión inicial, el art. 15.1 (cuya aplicación se circunscribe a la Administración del Estado, al no tener carácter básico), no establecía preferencia alguna a favor del régimen funcional de empleo público, sino que dejaba en manos del Ministerio de la Presidencia la determinación de qué puestos quedaban reservados a funcionarios públicos en atención a la naturaleza de su contenido.

En términos similares se pronunciaba originariamente el art. 12 de la Ley 6/85, de 26 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía; aunque al menos tomaba la precaución de adscribir expresamente a funcionarios *“los puestos de trabajo que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso-administrativa”*.

Semejante neutralidad legal en cuanto al régimen de cobertura de los puestos de trabajo en la Administración General del Estado fue uno de los motivos de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 30/84. Al resolverlo, la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de julio, no deja lugar a dudas sobre la cuestión que nos ocupa, precisando que el régimen general de empleo público en España es el funcional: *“habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”*. Por consiguiente, a partir de dicha sentencia el

desempeño de puestos de trabajo por personal laboral en las Administraciones Públicas habrá de constituir una excepción a la regla general y circunscribirse a casos concretos y justificados.

Si elocuente era la sentencia, más si cabe resulta la nueva redacción dada al art. 15.1 por la Ley 23/1988, de 28 de julio: “*c) Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos. Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral: los puestos de (...)*”. A este nítido reparto de puestos de trabajo entre el personal funcionario y laboral del art. 15 habría que añadir, además, el proceso de funcionarización diseñado por la nueva disposición transitoria 15ª de la Ley 30/84 para el personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la Ley, se hallare prestando servicios en la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en puestos reservados a funcionarios; sin perjuicio de la posibilidad de permanecer en el desempeño de los mismos sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional.

En paralelo a lo ocurrido con la Ley 30/84 en el ámbito de la Administración General del Estado, también se reajusta convenientemente la redacción del art. 12 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía: “*Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos, serán desempeñados por funcionarios públicos. Podrán exceptuarse de la regla anterior y adscribirse a personal laboral en la correspondiente relación de puestos de trabajo: los puestos de (...)*”.

Aquella primera sentencia del Tribunal Constitucional va a ser reiterada por otras posteriores, como la STC 235/2000, de 5 de octubre, y la STC 37/2002, de 14 de febrero. Y en la misma dirección se ha pronunciado también el Tribunal Supremo en sentencias como las de 9 de julio de 2012 y 13 de mayo de 2009, señalando a propósito de la limitación de puestos que, por ajustarse a las características indicadas por el art. 15.1.c) de la Ley 30/84, pueden ser cubiertos por personal laboral: “*la literalidad de ese precepto legal claramente señala que, por lo que hace a los puestos de trabajo de la Administración, la regla general es el estatuto funcional y lo excepcional el régimen laboral; y esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran*”.

Con todo, hasta la entrada en vigor del EBEP no existía un precepto legal que sentara, con carácter básico, la preferencia del régimen estatutario de empleo

público para todas las Administraciones Públicas y en todas las áreas de actuación de las mismas.

La ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, no se aparta un ápice de sus antecedentes, como demuestran diversos pasajes de su exposición de motivos *“Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial(...)”, “(...) por imperativo constitucional no puede ser éste (la contratación de personal conforme a la legislación laboral) el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público (...)”*.

Antes al contrario, esta preferencia del régimen estatutario de empleo público se refuerza incluso con una reserva de funciones al personal funcionario en el artículo 9.2 del EBEP: *“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*.

Ahora bien, ello no significa que tales funciones sean las únicas reservadas a los funcionarios públicos. Muy al contrario, se trata simplemente de una reserva básica que habrá de completarse –respetando siempre el régimen estatutario de empleo público- con lo que establezcan para cada Administración Pública las respectivas Leyes de Función Pública del Estado y de las CCAA, según dispone el art. 11. 2 del EBEP: *“Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2”* (QUESADA LUMBRERAS y BOLTAINA BOSCH). Y prueba de ello es que en las Leyes de Función Pública de CCAA aprobadas tras el EBEP sigue respetándose el régimen general funcionarial de empleo público en una línea similar a la del art. 15.1.c) de la Ley 30/84, de 30 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que no ha sido derogado por el EBEP y constituye hasta la fecha la legislación de desarrollo sobre la materia en el ámbito de la Administración General del Estado.

En definitiva, la preferencia del régimen funcionarial de empleo público en detrimento del laboral, era y sigue siendo concluyente, no sólo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, sino también en la legislación básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos, en la legislación estatal de desarrollo e incluso en la legislación de función pública de las Comunidades Autónomas.

2. LA RELACIÓN LABORAL DE EMPLEO PÚBLICO

Una cosa es que el personal laboral constituya una excepción al régimen general estatutario de empleo público y otra bien distinta que la normativa administrativa de Función Pública resulte ajena a los trabajadores con contrato laboral de las AAPP.

Como señala el profesor CRUZ VILLALÓN, *“ciertos principios constitucionales, aparentemente específicos del funcionariado, resultan igualmente aplicables al personal laboral al servicio de las AAPP, por cuanto que su fundamento reside en las peculiaridades del sujeto que actúa como empleador y no en la naturaleza de la relación jurídica del empleado. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos conforme a estrictos criterios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) o con el pío. de igualdad en la aplicación de la ley, así como la prohibición de todo tipo de tratamiento discriminatorio (art. 14 CE)”*.

A nivel infraconstitucional, tampoco resulta desconocida la aplicación de cierta normativa de Función Pública al personal laboral, pudiendo citarse al respecto no sólo algunos preceptos de la Ley 30/84 (artículos 13, 14, 15, 18 y 19, entre otros), sino otras muchas normas, como por ejemplo la ley 53/1984, de 26 de noviembre, de Incompatibilidades del personal al servicio del sector público.

Sin embargo, la Ley 7/2007, de 12 de abril, da un paso de gigante en esta dirección, al aprobar un estatuto básico para el conjunto de los empleados públicos y no sólo para el personal funcionario. Como dirá su exposición de motivos: *“el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado”*.

En cuanto a la parte dispositiva de la norma, son varios los preceptos en los que se aborda –con unas u otras palabras– la aplicación del EBEP al personal laboral: *“Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”* (art. 1.1); *“Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes AAPP (...)”* (art. 2.1); *“El personal laboral al servicio de las AAAPP 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”* (art. 7). Y como corolario de todo lo anterior, en la disposición final primera se recoge la habilitación competencial en que se sustenta el dictado de aquellos preceptos del EBEP aplicables al personal laboral: *“Las disposiciones de este Estatuto se dictan al amparo del art. 149.1.18ª de la Constitución; constituyendo aquellas bases del régimen estatutario de los funcionarios; al amparo del art. 149.1.7ª de la Constitución, por lo que se refiere a la legislación*

laboral; y al amparo del art. 149.1.13ª de la Constitución, bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

Dentro del EBEP, la aproximación entre la regulación del personal funcionario y laboral llega al extremo de que algunas partes del mismo resultan aplicables indistintamente a ambas clases de empleados públicos. Sería el caso, por ejemplo, de los Capítulos I (“*Derechos de los empleados públicos*”) y VI (“*Deberes de los empleados públicos. Código de conducta*”) del Título III; o de ciertos aspectos relacionados con el acceso al empleo público, como puedan ser los principios rectores (art. 55), los requisitos generales (art. 56), los órganos de selección (art. 60) o los sistemas selectivos (art. 61).

Pero ni la propia existencia de un estatuto básico común para funcionarios y laborales, ni la regulación más o menos indiferenciada –e incluso idéntica– de ciertas materias, suponen vulneración alguna del régimen general funcional de empleo público. Muy al contrario, lo único que evidencian es el acierto del legislador al aproximar las regulaciones de ambos colectivos allí donde resulta aconsejable, evitando diferenciaciones de difícil justificación en materias tales como vacaciones o permisos.

Puestos a decir, más cabría hablar de una cierta “funcionarización” del personal laboral, pues lo que viene a hacer el EBEP no es sino exceptuar o matizar la aplicación de la legislación laboral ordinaria al personal con contrato laboral al servicio de las Administraciones Públicas, diferenciándolo así de los trabajadores del sector privado. Surge así una especie de relación laboral de carácter especial, que algunos han dado en llamar relación laboral de empleo público (PÉREZ SIBÓN).

Cuestión distinta de la anterior es que en algunos aspectos concretos la anterior normativa de funcionarios haya experimentado una serie de modificaciones que –justo es reconocerlo– la aproximan a la normativa laboral (caso por ejemplo de la negociación colectiva o de la creación de dos nuevos supuestos en los que poder recurrir al nombramiento de funcionarios interinos). Pero tampoco esto debe interpretarse como una vulneración del régimen general funcional de empleo público, toda vez que el empleado público mantiene inalterado su vínculo con la Administración (sigue siendo funcionario) y sus condiciones de empleo no pasan a regirse por la legislación laboral. Se trata simplemente una actualización y adaptación de la normativa administrativa de funcionarios a las nuevas exigencias, aprovechando para ello la regulación que la legislación laboral viene haciendo ya de determinadas materias.

3. LA VULNERACIÓN DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE EMPLEO PÚBLICO

3.1 El personal laboral fijo o temporal al servicio de las Administraciones Públicas

Aún siendo indubitada la preferencia del régimen funcionarial de empleo público en detrimento del laboral, lo cierto y verdad es que la contratación de trabajadores se ha ido convirtiendo, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual en buena parte de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, al menos desde la entrada en vigor del EBEP, han dejado de existir razones -legales o siquiera reales-, que permitan justificar una importancia numérica del personal laboral, fijo o temporal, al servicio de las Administraciones Públicas.

De una parte y a diferencia de la regulación anterior, el art. 9.2 EBEP fija ya con carácter básico un mínimo común denominador sobre las funciones reservadas inexcusablemente al personal funcionario en cualquier Administración Pública, a las que habrá que añadir después, a través de las respectivas leyes de Función Pública (art. 11.2 EBEP), bastantes otras más a fin de garantizar que el personal laboral constituya la excepción y no la regla general en las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (art. 74 EBEP). De hecho, así es como se ha venido haciendo en las Leyes de Función Pública aprobadas por diferentes CCAA tras la entrada en vigor del EBEP (Baleares, Galicia, Asturias, Valencia y Castilla-La Mancha).

En segundo lugar, porque la incorporación de dos nuevos supuestos para el nombramiento de funcionarios interinos en el art. 10.1 del EBEP (*“la ejecución de programas de carácter temporal”* y *“el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses”*), responde precisamente al objetivo de *“reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos (laborales) por obra o servicio y por circunstancias de la producción”*, según se reconoce explícitamente en las Instrucciones del MAP para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Todo ello con el añadido de las enormes posibilidades que ofrece el nuevo apdo. 6 incorporado al art. 10 del EBEP a través de la ley 15/2014, de 26 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa: *“El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en*

las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas”.

Por último y para dar solución a lo acontecido hasta entonces, la disposición transitoria 2ª del EBEP regula, a modo de una segunda amnistía, un proceso de funcionarización del personal laboral fijo bastante similar al previsto en su día en la disposición transitoria 15ª de la Ley 30/84, aunque ahora aplicable a todas las Administraciones Públicas, al tener carácter básico: *“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha (...) podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.*

La constitucionalidad de los procesos de funcionarización ya se cuestionó en su momento, pero habida cuenta de las similitudes existentes entre las regulaciones del EBEP y de la Ley 30/84, así como de las razones que han llevado a articular este segundo proceso de funcionarización, no parece que haya obstáculo para aplicar a la disposición transitoria segunda del EBEP la doctrina sentada anteriormente sobre la cuestión, tanto por el Tribunal Supremo (*“la finalidad de estos procesos es adecuar el personal laboral a la naturaleza funcional del puesto a que sirven, sin olvidar que ese personal laboral tenía absoluta estabilidad en el empleo”*, STS, Sala 3ª, de 20-06-96), como por el Tribunal Constitucional, el cual reconoció su constitucionalidad *“por tratarse de situaciones excepcionales y transitorias, objetivas y razonables que, por tanto, no vulneran el derecho a la igualdad en el acceso a la Función Pública”* (STC de 14-02-91, 19-10-92, 20-07-94, 19-09-94 y 29-01-96).

3.2 El personal laboral indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas

El trabajador indefinido no fijo (TINF, en adelante) es una figura creada por el Tribunal Supremo a partir de las sentencias de 30 de septiembre y 7 de octubre de 1996, y que se consolida en el año 1998 con otras dos sentencias, de 20 y 21 de enero.

En breve síntesis, supone el reconocimiento de la relación laboral indefinida de quien ha sido contratado irregularmente, pero sin que el trabajador consolide la condición de fijo de plantilla, teniendo la Administración Pública la obligación de proceder a la cobertura definitiva del puesto a través de los procedimientos ordinarios. De ahí que también se la conozca como “relación temporalmente indefinida” (STS 20/05/2012).

Con esta figura se pretende compatibilizar la aplicación de la normativa laboral en materia de contratación y el obligado respeto a la normativa administrativa de acceso y selección de empleados públicos (que se rige por los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad). Desde este sólo punto de vista la solución parece satisfactoria, como lo prueba no sólo su consolidación en la propia doctrina del Tribunal Supremo, sino también su admisión por el Tribunal Constitucional (Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009) e incluso su reconocimiento legal más o menos explícito (art. 8.2.c) EBEP y disposición adicional 15ª ET).

Lo que no resultan en cambio tan acertados son otra serie de aspectos de su regulación (entre los que se cuenta el respeto al régimen general de empleo público), como ponen de manifiesto los continuos vaivenes de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En comparación con el carácter normalizado de las relaciones laborales fijas o temporales en las AAPP, las relaciones indefinidas no fijas son relaciones laborales anómalas, no sólo en su origen, sino también en su desarrollo y en su extinción.

Lo primero que llama poderosamente la atención es la diversidad de causas que pueden dar pie al reconocimiento de una relación laboral de este tipo, hasta el punto de convertirse en un auténtico cajón de sastre frente a todo tipo de incumplimientos de la normativa laboral de contratación por parte de las AAPP (arts. 8.1, 15.1.a), 15.2, 15.3, 15.5, 43.4, 49.1.c) ET).

Por otro lado, las más de las veces las tareas desarrolladas por este tipo de trabajadores no se corresponden con puestos de trabajo ya previstos anteriormente en la RPT para personal laboral fijo, o ni tan siquiera con tareas permitidas al personal laboral.

No menos anómala resulta esta figura durante el transcurso de la relación laboral. De una parte, su estatus jurídico es significativamente peor que el del personal laboral fijo (negación de derecho de promoción, negación de excedencias, etc.); pero también es verdad que permite al afectado permanecer un tiempo prolongado en la plaza, con la consiguiente desigualdad frente a otros ciudadanos que desean acceder a la Función Pública e incluso frente a los trabajadores temporales de

la propia Administración, que verán extinguida su relación laboral en un plazo infinitamente más breve pese a haber alcanzado su puesto de trabajo a través de los procedimientos reglamentarios. En todo caso, con la simple permanencia del TINF en la prestación de servicios se estaría vulnerando el régimen general funcional de empleo público en todos aquellos casos (que son la mayoría) en que las tareas desempeñadas sean propias de funcionarios.

El remedio previsto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo -y ahora también en parte por la disposición adicional 15ª del ET- para regularizar la situación es la cobertura definitiva del puesto por los procedimientos reglamentarios.

A mi modo de ver, la extinción de las relaciones laborales indefinidas no fijas dista mucho de ser tan compleja como pudiera parecer a la vista de algunas resoluciones judiciales, y pasa simplemente por aplicar la solución prevista en la citada disposición adicional 15ª, aunque eso sí, en sus justos términos y sin subterfugios legales.

Atendiendo a su duración, el contrato que nos ocupa es un contrato a término, porque si la cobertura de la vacante es obligación de la Administración es claro que el término ha de producirse, aunque sea incierto (VALVERDE ASENCIO). Por otro lado, resulta perfectamente asimilable al contrato temporal de interinidad por vacante, como lo prueba el hecho de que el trabajador en cuestión pueda participar en la cobertura de la plaza que venía desempeñando y no en otra, y que sea precisamente él quien tenga que cesar en caso de no resultar adjudicatario de la misma. Tan es así, que hasta el propio Tribunal Supremo llega a reconocerlo en alguna de sus sentencias: *“el estatuto del trabajador indefinido no fija se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales (...)”*, *“la relación de este (el TINF) está vinculada exclusivamente al puesto que ocupa (...)”* (STS 03/05/2006).

Bien clara resulta la disp. adic 15ª ET: *“(...) el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*. Pero importa mucho destacar, eso sí, que *“el puesto de trabajo de que se trate debe cubrirse por los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”*, bien entendido que tal normativa no será -al menos en una primera fase- la normativa laboral, sino la legislación de Función Pública que establezca el reparto de puestos entre personal funcionario y laboral en cada AAPP, así como la respectiva relación de puestos de trabajo (RPT).

A partir de ahí, si el puesto desempeñado por un TINF es de los previstos en la legislación de Función Pública para personal laboral, habrá que ofertarlo (previa modificación en su caso de la RPT) para su cobertura definitiva por personal laboral fijo, pudiendo tomar parte en el proceso selectivo dicho trabajador, que de resultar adjudicatario permanecería en el desempeño del mismo, aunque ahora como personal laboral fijo. Por contra, si las tareas que desempeñadas fuesen propias de funcionarios (nuevamente según la legislación de Función Pública), ningún sentido ni justificación tendría ofertar el puesto como de personal laboral fijo, sino que habrá que cubrirlo con personal funcionario (tras la pertinente modificación de la RPT) a través de los procedimientos ordinarios, aunque en este caso sin posibilidad de participación del TINF, puesto que el proceso de funcionarización previsto en la disposición transitoria segunda del EBEP sólo alcanza al personal laboral fijo. En este sentido, conviene recordar que la Jurisdicción Social puede examinar la validez de una modificación de la RPT, pero eso sí, como cuestión prejudicial dentro del proceso de despido (STS 28/10/2013), pues en caso no serlo habrá que reclamar contra la RPT ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (STS 27/02/2012).

Tanto en un caso (puesto de laboral) como en otro (puesto de funcionario) se pondría fin igualmente a la relación laboral indefinida por cobertura de vacante y no por amortización de plaza, toda vez que el puesto que venía ocupando el TINF va a seguir desempeñándose tras la conclusión del proceso selectivo, bien por él mismo bien por otro trabajador o funcionario.

En cuanto a la indemnización a abonar al TINF en caso de ver extinguido su vínculo contractual por no resultar adjudicatario del puesto tras su cobertura definitiva, la regla a aplicar debiera ser la misma que en la interinidad por vacante. No obstante, podría también pensarse en el abono de algún tipo de indemnización (no prevista desde luego legalmente), en atención al carácter indefinido de aquella relación laboral; de hecho, así lo ha entendido ya el Tribunal Supremo en sentencia de 25/11/2013, reconociendo a aquellos trabajadores *“la misma indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicios pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, y a la jurisprudencia que la interpreta (STJUE 4/julio/06, Asunto Adeneler; 7/septiembre/06, Asunto Marrossu y Sardino; 7/septiembre/06, Asunto Vassallo; y 23/abril/06, Asunto Angelidaki), y por la que se reitera el llamado principio de “efectividad” en orden a la contratación laboral”*.

Distinto del anterior sería el caso de que la Administración pretendiese en un momento determinado amortizar un puesto de trabajo (que podría ser el ocupado por el trabajador indefinido no fijo u otro distinto) o varios puestos a la vez, alegando razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Y es que en ninguno de estos supuestos la causa de la extinción de la relación laboral (fija, temporal o

indefinida) sería la cobertura de la vacante por los procedimientos ordinarios de selección sino que, en función de las circunstancias concurrentes, estaríamos en realidad ante un despido por causas objetivas o ante un despido colectivo (arts. 52.1.c) y 51 ET, respectivamente), por lo que habrá que abonar al trabajador la indemnización pertinente, al no existir razón alguna para dejar de hacerlo si la plaza amortizada viene siendo desempeñada por un TINF en lugar de por personal laboral fijo o temporal. En todo caso, es algo que se encuentra ya previsto en la disposición adicional 20ª del ET, que únicamente prioriza al personal laboral fijo frente al resto (temporales e indefinidos no fijos) a efectos de permanencia, como ha terminado por reconocer el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 2014, rectificando la doctrina anterior de la Sala sentada en sentencia de 22 /07/2013.

No desconocemos que el Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de pronunciarse favorablemente sobre la conformidad de la actual doctrina del Tribunal Supremo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público en los Autos 122/09, 124/09 y 135/09, pero conviene precisar que fue exclusivamente eso -y no el respeto al régimen general de empleo público- lo que se le planteó por el Juzgado de lo Social nº 34 de Madrid en las tres cuestiones de constitucionalidad, por lo que el Tribunal no pudo entrar a valorar esta segunda cuestión. Con todo y con ello, resulta bastante significativa la afirmación que también hace el TC en los citados Autos: *“al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas constitucionales y de que la actual doctrina represente o no en casos como el que se enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento”*.

Teniendo en cuenta todo lo razonado anteriormente, así como el margen de maniobra que permite la escasa legislación existente sobre la cuestión (art. 8.2.c) del EBEP y disposiciones adicionales 15ª y 20ª del ET), parece pues posible y aconsejable una modificación de la doctrina jurisprudencial en la línea planteada, sin que ello signifique desconocer ni alterar la figura del trabajador indefinido no fijo.

Todo ello sin perjuicio de exigir responsabilidades de otro tipo a la Administración Pública e incluso a las personas concretas que hayan propiciado este tipo de situaciones.

3.3 El personal de las Agencias Públicas Empresariales de la Junta de Andalucía

Las posibles vulneraciones del régimen general funcional de empleo público que acabamos de analizar se tornan en una laboralización en toda regla en el caso de las entidades instrumentales de la Junta de Andalucía (sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz, así como entidades jurídico-públicas).

Centrándonos exclusivamente en estas últimas, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, procede a un auténtico vaciado de competencias de la Administración General de la Junta de Andalucía mediante la creación de una suerte de Administración “Paralela” integrada por tres tipos de agencias: Agencias Administrativas (AA), Agencias de Régimen Especial (ARE) y Agencias Públicas Empresariales (APE), que revisten a su vez dos modalidades.

Dentro de este proceso general de agencialización pública, el verdadero caballo de batalla no es otro que las APEs del art. 68.1.b). Veamos brevemente por qué.

- A este tipo de Agencias (que no por casualidad son la inmensa mayoría) se les asigna “*la ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías*”, esto es, la gestión ordinaria de la Administración de la Junta de Andalucía. Hasta tal punto es así, que en la disp. adic. 4ª de la Ley 1/2001 se prevé expresamente la supresión de centros directivos de Consejerías como consecuencia de la reordenación de sector público andaluz.
- Como entidades jurídico-públicas que son, estas APEs del art. 68.1.b) pueden ejercitar potestades administrativas, salvo la potestad expropiatoria. Y tampoco existe problema para recibir delegaciones de competencias ni encomiendas de gestión de la Junta de Andalucía (arts. 55, 101.2 y 105.3 Ley 9/2007, de 27 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía).
- En un claro propósito de huir del régimen funcional, estas APEs sólo cuentan con personal laboral (art. 70.1 Ley 9/2007), lo que les impediría ejercitar potestades administrativas, que por definición quedan reservadas a funcionarios (disp. adic. 6ª Ley 1/2011) (SEVERIANO FERNÁNDEZ). Para salvar esta situación, en lugar de dotarlas de sus propios funcionarios -como sería lo lógico-, la ley establece que las funciones que deban corresponder exclusivamente a personal funcionario podrá llevarlas a cabo, bajo la dirección funcional de la APE, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o a la Agencia Administrativa a la que esté adscrita (art. 69.3 Ley 9/2007). Esta dependencia funcional se traduce, en realidad, en que el funcionario va a desempeñar sus funciones en la Agencia, con sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de los órganos directivos de la misma.
- Al contar solamente con personal laboral, el funcionario que lo desee podrá integrarse voluntariamente en una APE, pero siempre como personal laboral. En cuanto al personal laboral procedente de la Administración General de la Junta de Andalucía, podrá también integrarse voluntariamente, pasando a regirse por un nuevo Convenio Colectivo. En cambio, el personal laboral procedente de entidades suprimidas se integrará automáticamente en la nueva

Agencia resultante mediante la técnica de la sucesión de empresas del ET, pese a no haber superado un proceso selectivo como el del personal funcionario o laboral de la Administración Gral. de la Junta de Andalucía (disp. adic. 4ª Ley 1/2011). Por tanto, se convierten en una herramienta de contratación de personal para la Administración de la Junta de Andalucía, al margen de los procedimientos reglados de función pública (FERRADAN CARAMÉS).

En definitiva, se hurtan a la Administración General de la Junta de Andalucía competencias reservadas a personal funcionario para ponerlas en manos de unas Agencias que sólo cuentan con personal laboral, por lo que éstas últimas deben recurrir a su vez a funcionarios de la propia Administración General para llevarlas a cabo. Semejante dislate jurídico sólo puede responder a un único objetivo: huir del Derecho Administrativo y quebrar el régimen general funcional de empleo público. De ahí las masivas movilizaciones del personal funcionario y laboral de la Junta de Andalucía.

4. CONCLUSIONES

A modo de resumen de todo lo expuesto, podría traerse a colación lo que se dice en la sentencia de 08/03/2004, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia: “(...) *con carácter general interpretativo ha de tenerse en cuenta que el interés general y la previsión constitucional sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la Función Pública (arts. 14 y 23 CE), han determinado que el ET y sus normas de desarrollo no sean los únicos preceptos aplicables a la contratación laboral de las personas públicas y que muchas otras leyes establezcan determinadas limitaciones sustantivas y de procedimiento que vienen a establecer un auténtico régimen especial de contratación cuando el empleador es una AP; y estas disposiciones sitúan a las AAPP en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades en las contrataciones o en la asignación de funciones no pueden dar lugar a consecuencias que vulneren las reglas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo y la reserva funcional, de manera que ante la eventual existencia de una concurrencia conflictiva entre las normas laborales y las específicas que regulan la contratación de las AAPP, deben prevalecer estas últimas, en atención a su carácter de normas especiales (STS 29/05/00, 08/02/00, 20/10/99 y 20/01/98)”.*

5. BIBLIOGRAFÍA

AAVV. “Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. Editorial Thomson Aranzadi, edición 2008.

BOLTAINA BOSCH, Xavier. “La diversidad de regímenes jurídicos de los empleados públicos. Especial referencia al personal laboral”. Ejemplar multicopiado.

PÉREZ SIBÓN, M^a del Carmen. “El personal laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público. Régimen jurídico y lagunas”. Ejemplar multicopiado.

VALVERDE ASECIO, Antonio José. “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la Función Pública. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2006”. Temas Laborales n^o 86, año 2006.

LLUCH CORELL, Francisco. “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”. Revista de Jurisprudencia n^o 1, año 2013.

ROMERO BURILLO, Ana María. “Los efectos de la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas: El trabajador indefinido no fijo de plantilla y su régimen extintivo”. Ejemplar multicopiado.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. Temas Laborales n^o 117, año 2012.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “La reordenación del sector público andaluz. Reflexiones para el debate”. Revista Andaluza de Administración Pública n^o 80, año 2011.

FERRADANS CARAMÉS, Carmen. “La reordenación del sector público tras la crisis: Algunos efectos jurídico-laborales”. Revista Española de Derecho del Trabajo n^o 155, año 2012.

QUEDASA LUBRERAS, Javier. “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica n^o 315, año 2011.

RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel; FERNÁNDEZ DEPUECH, Lucía. “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario (Parte I)”. Revista General de Derecho Administrativo, enero 2013.

VALENTÍN RUIZ, Francisco; LÓPEZ HURTADO, Mariana. “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”. Ejemplar multicopiado.

**“LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS
LABORALES DE TRABAJADORES
INDEFINIDOS NO FIJOS EN LAS
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ANTE EL
CONTEXTO ECONÓMICO ACTUAL”**

Manuela Durán Bernardino

*Becaria de investigación (fpu) del
departamento de derecho del trabajo
y de la seguridad social
universidad de granada*

Presentada a la 2ª ponencia:

“Contratación y Acceso al Empleo Público”.

D. Antonio Márquez Prieto

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. PROCEDIMIENTO Y CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS.**
- 3. EL IMPACTO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA LEY 3/2012 EN LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS. DIVERSIDAD EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.**
- 4. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. A PROPÓSITO DE LA STS DE 24 DE JUNIO DE 2014.**

1. INTRODUCCIÓN

La figura del trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración pública es de creación jurisprudencial y surge para dar respuesta a la situación en la que quedaban los trabajadores que habían sido objeto de una contratación temporal en fraude de ley por parte de la Administración. El punto decisivo de esta construcción lo encontramos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998¹, donde se precisa la distinción entre los trabajadores indefinidos no fijos y los fijos de plantilla. Mientras el trabajador indefinido no fijo es aquel que ha accedido al puesto de trabajo como consecuencia de la comisión por la Administración de una irregularidad de carácter sustancial en la contratación temporal y por ello podrá ser removido en el momento en que se cubra su plaza por procedimiento legal y bajo principios constitucionales²; el trabajador fijo de plantilla ha accedido a un puesto de trabajo previa la superación de los procedimientos selectivos formales de concurso-oposición y, por tanto, con pleno respeto y observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de legalidad administrativa establecidos en el art. 55.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público³ (en adelante, EBEP). Por lo tanto, el punto clave que los diferencia reside en la ocupación provisional de la plaza por el trabajador indefinido en tanto no sea cubierta por el procedimiento reglamentario, dado que la condición de fijeza está reservada a los trabajadores que hubiesen superado un proceso de selección (art. 23 CE).

Esta precisión supuso la introducción de la figura del trabajador indefinido en la administración pública, con particularidades propias que la distinguen del trabajador fijo de plantilla y del trabajador con contrato temporal válidamente formalizado⁴. Fue reconocida por el legislador e incorporada al EBEP como personal laboral (art. 8 EBEP), estableciendo que en función de la duración del contrato, éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal (art. 11 EBEP).

A pesar de la importancia del respaldo legislativo expreso a la figura del trabajador indefinido, el EBEP tan sólo se limita a constatar su existencia, sin dotarla de una regulación específica. Ninguno de sus preceptos hace referencia a la extinción del contrato de estos trabajadores, remitiéndose el voto particular a lo establecido en la legislación laboral y, en concreto a las causas de extinción del art. 49 ET⁵.

¹ Reud. 317/1997 -EDJ 1998/1305- y 315/1997 -EDJ 1998/1306

² El Tribunal Constitucional en Auto 124/2009, salva la 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 constitucionales y legales exigibles no respondiendo a los principios de mérito y capacidad.

³ BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007.

⁴ LLUCH CORELL, F.J.: “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013” Revista de Jurisprudencia, N.º 1, 2013, pág. 3.

⁵ LÓPEZ LLUC, Mª. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas

En el centro del debate se encuentra la extinción del contrato indefinido *por amortización de la plaza*, discutiéndose su procedimiento de extinción y la posible indemnización.

Esta materia ha sido objeto de numerosos litigios judiciales que se han resuelto con pronunciamientos contradictorios dilatados hasta nuestros días. En la actualidad, el tema adquiere especial relevancia ante un contexto económico inestable que incide con especial agudeza en el sector público, provocando la adopción de medidas de reajuste de plantilla y de cierre de servicios públicos ante la necesidad de recortar gastos.

Es aquí donde se centra la comunicación que aquí se introduce, cuyo objetivo es estudiar el procedimiento de extinción de los contratos laborales de trabajadores indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas por amortización, ante el contexto económico actual. A tal fin, se analiza la normativa y la doctrina científica y jurisprudencia más reciente en la materia a fin de determinar si es cuestión resuelta el procedimiento a seguir para la extinción de contratos de trabajo de los trabajadores indefinidos no fijos y las causas que lo justifican.

2. PROCEDIMIENTO Y CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS

Una vez más tuvo que ser el Tribunal Supremo quien se adentrara en examinar la naturaleza jurídica de los trabajadores indefinidos, en esta ocasión, para determinar la fórmula legal de extinguir el contrato de trabajo indefinido y las causas que justifican el cese de la relación contractual.

En la Sentencia de 27 mayo 2002⁶, se llega a la conclusión de que la ocupación definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato, causa que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del artículo 49.1 ET (causas consignadas válidamente en el contrato), y lo hace, equiparando la posición de los trabajadores al servicio de la Administración cuyo contrato fue declarado indefinido no fijo por sentencia firme, a la de los trabajadores que cubren una plaza con contrato de interinidad por vacante en cuanto al momento de la extinción.

en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, Revista de Derecho Social, N.º 64, 2013, pág. 185.

⁶ Rcd. 2591/2001 (EDJ 2002/32114). Previamente, STS de 20 de enero de 1998, Rcd. 317/1997.

Esta doctrina, a pesar de las críticas por equiparar la contratación temporal realizada conforme a derecho (interino por vacante) y la llevada a cabo en fraude de ley (indefinido-no fijo), se ha mantenido durante muchos años⁷, considerando que la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupa el trabajador indefinido, supone una causa válida de extinción de su contrato⁸.

Cuestión distinta y mucho más conflictiva se plantea en el caso de que la extinción del contrato del indefinido se produzca por la amortización de la plaza que ocupa, a sabiendas de que a diferencia de lo que ocurre con el trabajador interino -cuyo contrato se puede extinguir por el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura se llegue a producir y por amortización de la plaza-, para que se extinga el contrato del trabajador indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad (art. 23 CE). Esta cuestión ha tardado en ser abordada con precisión por el Tribunal Supremo que sólo se pronunció sobre ella en el auto de 7 octubre de 2010⁹, que si bien no entra a conocer en profundidad la cuestión planteada, razona que “...la Administración puede extinguir el contrato de un indefinido no fijo por la simple amortización de la plaza ocupada como si de una interinidad por vacante se tratara, sin necesidad de acudir al despido objetivo del art. 52.c) ET”¹⁰.

Por lo tanto, se mantienen los mismos argumentos que en la sentencia de 27 de mayo de 2002 y ello, a pesar de que ni los supuestos son idénticos ni los debates judiciales de los que traen causas coinciden. Como se ha señalado, en la sentencia que se reitera se trataba de determinar “cuál es la causa de extinción del contrato de trabajo, de las enumeradas en el art. 49 ET, en la que debe encuadrarse el cese de una relación contractual entablada con una trabajadora y una entidad pública, que ha sido declarada jurisdiccionalmente contrato indefinido, cuando *la plaza desempeñada por el cesado ha sido cubierta en proceso selectivo convocado por la Administración Pública y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados*”. En cambio, en el auto de 2010 al igual que en otras sentencias posteriores¹¹, la causa del cese invocada es la *amortización de la plaza* al margen de las previsiones legales *ex art. 52.e) ET*¹².

⁷ SSTS de 29 enero 2009 -Rcud. 326/2008)- (EDJ 2009/15236), 16 septiembre 2009 -Rcud. 2570/2008- (EDJ 2009/245796) y 26 abril 2010 -Rcud. 2290/2009- (EDJ 2010/84369).

⁸ LLUCH CORELL, F.J.: “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013” op. cit., pág. 4.

⁹ Rcud. 4480/2009 (EDJ 2010/244449).

¹⁰ En la misma línea de la doctrina establecida en las SSTS de 27 mayo 2002 (EDJ 2002/32114) y 26 junio 2003.

¹¹ STS de 22 de julio de 2013, entre otras.

¹² Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 que se separa de la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo, al no considerar aplicable lo dispuesto en la sentencia de mayo de 2002 a un supuesto de amortización de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo.

Teniendo en cuenta esta diferencia de supuestos, existe una doctrina minoritaria que se aparta de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 para resolver el litigio planteado. Diferentes Tribunales Superiores de Justicia han entendido que “si el cese del trabajador indefinido se produce por amortización de la plaza, la Administración debe acudir al despido objetivo -o en su caso al colectivo- previsto en los arts. 51 a 53 ET”¹³ por equiparación con el trabajador por tiempo indefinido de una empresa privada¹⁴. De este modo, se garantizaría tanto la obligación de acreditar la concurrencia de los requisitos que legalmente posibilitan la adopción de la medida (garantía de la causa lícita), como la procedencia de la correspondiente indemnización (garantía indemnizatoria)¹⁵. Y es que la extinción del contrato por amortización de la plaza es una causa legal de extinción que tiene su propio régimen jurídico en los arts. 51 y 52 ET que son los aplicables a los trabajadores por tiempo indefinido (en tanto personal laboral), sin que el art. 23 de la Constitución imponga una solución contraria¹⁶.

La posición de estos Tribunales Superiores de Justicia se ha visto reforzada con la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores introducida por la Disp. Adic. 2ª RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹⁷, posteriormente reformada por la Ley 3/2012, de 6

¹³ SSTSJ Castilla y León, con sede en Valladolid, de 14 enero 2009, Madrid de 19 octubre 2012 -Rs. 3742/2012 (EDJ 2012/267514), y Aragón de 21 noviembre 2012 -Rs. 609/2012 (EDJ 2012/339743).

¹⁴ En la STSJ de Aragón de 21 noviembre 2012 -Rs. 609/2012- (EDJ 2012/339743), se argumenta que “Cuando una empresa privada vulnera la normativa sobre contratos laborales temporales, el trabajador pasa a prestar servicios por tiempo indefinido. Si el empleador pretende extinguir unilateralmente la relación laboral, deberá concurrir una conducta imputable al trabajador (despido disciplinario) o debida a las circunstancias de la empresa (despido objetivo y colectivo) que permita el despido. En caso de que sea una Administración pública la que vulnera la misma normativa sobre contratos temporales, el trabajador pasa a tener una relación laboral de duración indefinida. Pero el empleador público debe iniciar un procedimiento administrativo para la cobertura de su plaza mediante los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Al cubrirse reglamentariamente su plaza, se extingue su contrato indefinido pero no fijo, evitando que adquiera la condición de trabajador fijo de las Administraciones públicas sin cumplir los citados principios constitucionales. Pero si previamente a su cobertura concurren causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican la extinción de la relación laboral, la Administración pública no puede ampararse en la condición de trabajador indefinido no fijo para eludir la aplicación del despido objetivo o colectivo porque se trata de un trabajador cuyo régimen jurídico es idéntico al de los trabajadores fijos, con la única salvedad de que ocupa la plaza provisoriamente hasta que se cubra definitivamente conforme a las exigencias constitucionales. La naturaleza del contrato de trabajo indefinido no fijo es la de un contrato de duración indefinida sujeto a un término resolutorio consistente en la cobertura reglamentaria de la plaza. Por eso el trabajador indefinido no fijo de una Administración pública, al igual que el trabajador indefinido de una empresa privada, solo puede ser despedido por concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción mediante el despido objetivo o colectivo, con la correspondiente indemnización extintiva”.

¹⁵ STSJ de Madrid, de 25 de febrero de 2012, con base en la doctrina que contiene la STS de 31 de mayo de 2004 -Rcud. 3882/2003-.

¹⁶ En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Castilla y León en sentencia de 14 de enero de 2009 y a posteriori el Voto particular que formula Jordi AGUSTÍ JULIA, al que se adhieren otros magistrados, en la STS de 22 de julio de 2013.

¹⁷ BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹⁸, en la que se regula la “Aplicación del despido por causas económicas, técnica, organizativas o de producción en el Sector Público”, lo que ha provocando un replanteamiento de la cuestión expuesta en los términos que a continuación se analizan.

Sin embargo, como se comprobará, el Tribunal Supremo ha tardado en dar continuidad a esta doctrina. Estableciendo la identificación entre los contratos indefinidos no fijos y los interinos por vacante, reiteradamente ha validado la extinción de dichos contratos sin indemnización compensatoria alguna¹⁹.

* * *

Antes de proceder al análisis de los pronunciamientos más reciente y trascendentes en la materia que nos ocupa, es preciso realizar una reflexión acerca de la conexión entre la causa de extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos-no fijos y el contexto actual de crisis económica y financiera generalizada.

Como se conoce, las causas más comunes de extinción de esta relación contractual son dos:

- a. Cobertura reglamentaria de la plaza, mediante convocatoria pública para garantizar su cobertura en términos de igualdad, mérito y publicidad por todos los ciudadanos.
- b. Amortización de la plaza.

Ahora bien, en la actual coyuntura por la que atraviesa el empleo público, donde las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen manteniendo la “congelación” de la Ofertas de Empleo Público durante sucesivos ejercicios (con alguna precisión para 2015), difícilmente se podrán cubrir las plazas por convocatoria pública, lo que conlleva el incremento de amortizaciones de plaza en el sector público con el objeto de cumplir con las medidas de ajuste presupuestario²⁰. Además, a consecuencia de la complicada situación de las administraciones y los recortes en los servicios públicos, los despidos a empleados

¹⁸ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

¹⁹ Esta ausencia de indemnización ha sido criticada al considerar que el abono de la indemnización no afectaría a la garantía al acceso al empleo público y con su abono se repararían los perjuicios sufridos por el trabajador como consecuencia del uso abusivo de sucesivos contratos de duración determinada, apreciándose así una discriminación al trabajador indefinido no fijo respecto al trabajador fijo. Véase, LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, op.cit., pág. 189.

²⁰ Véase, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: Reformas laborales y administraciones públicas, Lex Nova, Valladolid, 2013, passim.

indefinidos no fijos sin indemnización están aumentando y adquiriendo carácter de naturalidad, al ser ésta la manera más económica de reducir los costes de personal.

3. EL IMPACTO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DE LA LEY 3/2012 EN LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS. DIVERSIDAD EN LOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Las circunstancias económicas y financieras por las que atraviesa España están incidiendo con especial agudeza en el sector público español, provocando la adopción de medidas de reajuste de plantilla y de cierre de servicios públicos ante la necesidad de recortar gastos. Concretamente, fue en el segundo trimestre de 2012 cuando se adoptaron un conjunto de medidas urgentes en materia de personal del sector público con la finalidad de asegurar el cumplimiento del objetivo de déficit público para los años 2012, 2013 y 2014. A consecuencia de ello, multitud de trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas están viendo extinguido su contrato de trabajo, especialmente el personal laboral indefinido no fijo, previa comunicación de cese por amortización de la plaza sin derecho a indemnización alguna.

Como era de esperar, en el ajuste de la plantilla de empleados públicos -tanto anterior como posterior a las reformas de 2012-, se opta claramente por las amortizaciones de plazas en lugar de optar por las extinciones objetivas indemnizadas. Esto ha provocado numerosos litigios judiciales que han derivado en pronunciamientos muy diversos. Con la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, parecía que todas las dudas sobre la aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas de los arts. 51 y 52 ET iban a quedar despejadas, sin embargo, no ha sido así²¹.

Por lo que aquí interesa, en la Disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, se regula la “aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público”. En su primer párrafo se establece que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, se efectuará conforme a lo dispuesto en los arts. 51 y 52.c) ET. El segundo párrafo aclara las causas que justifican estos despidos y el tercer y último párrafo de esta disposición atribuye *prioridad de permanencia al personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de*

²¹ Véase el análisis jurisprudencia realizado por LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, op.cit., págs.178 y ss.

acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto.

En base a lo expuesto, puede entenderse que todo el personal laboral al servicio de la administración pública, es decir, fijos, indefinidos y temporales, pueden verse afectados por un despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. No obstante, los trabajadores fijos tendrán prioridad de permanencia respecto a los trabajadores temporales e indefinidos-no fijos. En consecuencia, si el cese del trabajador indefinido o la amortización de su puesto se produce por las causas referenciadas, se deberá realizar por el procedimiento regulado en los arts. 51 a 53 ET²², siendo los primeros afectados por el despido objetivo o colectivo, precisamente, los trabajadores indefinidos no fijos²³.

Tras las reformas emprendidas y ante la diversidad de pronunciamientos doctrinales sobre este particular, se replanteó la discusión y el Tribunal Supremo se vio obligado a Unificar doctrina (STS de 22 de julio de 2013)²⁴, fijando la doctrina jurisprudencial que debía considerarse, por el momento, como la acertada y la que debía seguirse por el resto de órganos jurisdiccionales en casos análogos. La sentencia creó gran expectación al ser el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo tras las reformas laborales introducidas por la Ley 3/2012.

Esta doctrina consolida la innecesariedad de despido objetivo o colectivo para amortizar plazas indefinidas no fijas y con ello zanja el derecho de estos trabajadores a solicitar una indemnización *ex art.* 51 y 52 ET al considerar que la amortización de la plaza es suficiente para producir el cese²⁵, entendiendo como causa de extinción la sometida al régimen del art. 49.1.b) ET²⁶. Con ello se reafirma y reitera la doctrina mayoritaria marcada por la sentencia de 27 de mayo de 2002, equiparando la posición de los trabajadores indefinidos a la de los interinos por vacantes²⁷, a pesar de que, como se ha analizado, aborda un supuesto sustancialmente distinto: mientras que en la sentencia de 2002 el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la extinción de contrato por *cobertura de la*

²² En el mismo sentido, LLUCH CORELL, F.J.: “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013” *op. cit.*, pág. 6.

²³ LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, *op.cit.*, pág.193.

²⁴ *Rcud.* 1380/2012.

²⁵ En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la Sentencia posterior de 14 y 15 de octubre de 2013 (R.º 3287/2012 y 383/2013, respectivamente). Véase, IGLESIAS CABERO, M.: “Administración pública: amortización de puestos de trabajo. No es necesario acudir a los arts. 51 y 52 del ET. Indemnización”, *Actualidad Laboral*, N.º 4, 2014, pág. 1. (Recurso electrónico).

²⁶ LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, *op.cit.*, págs.179-183.

²⁷ Se aparta de la doctrina que se venía emitiendo el Auto del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2008 - *Rec.* 4580/2006-, al no considerar aplicable lo dispuesto en la sentencia de mayo de 2002 a un supuesto de amortización de plaza.

plaza, en la sentencia de 2013 se pronuncia, por primera vez, sobre la extinción del contrato indefinido por *amortización de la plaza* en la Administración.

Pese a la unificación de doctrina, no se cierra la discusión al contener un importante Voto Particular que discrepa claramente de la continuidad de dicha doctrina, manteniendo el criterio contrario²⁸.

El Voto Particular, adaptándose a la evolución legislativa y a la realidad social del tiempo en que se dicta la sentencia (cumpliendo así con el mandato del art. 3.1 del Código Civil)²⁹, establece que “si una Administración Pública considera innecesarias las plazas por motivos legamente amparados en los artículos 49.1.1) y 51 o 52 ET, - normalmente motivos más organizativos que económicos y fundados en el principio de eficacia que debe inspirar su funcionamiento (artículos 103.1 CE)- podrá proceder, lícitamente (si existe justa causa para ello debidamente acreditada) a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos de los trabajadores que las ocupan”. El Voto Particular finaliza su perfecta argumentación estableciendo que dichos artículos son aplicables al personal laboral de la Administraciones Públicas, dado que la aplicación de la causa objetivamente procedente “deviene una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público. Medida ésta que logra combinar la preservación de los procesos de selección en el empleo público y la reparación económica al trabajador indefinido no fijo, cuando se le extingue su contrato de trabajo por causas objetivos, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE”³⁰.

En base a lo expuesto, cabe entender que considera de aplicación lo dispuesto en los arts. 51 y 52 al personal laboral de las Administraciones Públicas, rechazando la equiparación entre trabajadores indefinidos no fijos e interinos por vacante³¹.

²⁸ Véase el análisis jurisprudencia realizado por LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, op.cit., págs.184-191.

²⁹ GARCÍA PAREDES, M^a.L.: “Administraciones públicas. Trabajadores indefinidos no fijos: equiparación a interinos por vacante en su salida del vínculo laboral”, Actualidad Laboral, N.º 1, 2014, págs. 64-66.

³⁰ Esta fundamentación jurídica ha sido utilizada tanto con anterioridad como con posterioridad a la reforma de 2012. A modo ejemplificativo, cabe citar SSTSJ de Castilla-León de 12 de enero de 2009 (Rec. 1742/2008 y 1820/2008), de 14 de enero de 2009 (Rec. 1741/2008), de 4 de febrero de 2009 (Rec. 1821/2008), de 23 de julio de 2013 (Rec. 1085/2013); STSJ Madrid de 14 de diciembre de 2012 (Rec. 4533/2012), de 11 de febrero de 2013 (Rec. 127/2013), de 8 de marzo de 2013 (Rec6443/2012); la del TSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2012 (Rec. 629/2012); la SSTSJ de Cataluña de 14 de abril de 2013 (Rec 6669/2012); la SSTSJ de Baleares de 9 y 29 de abril de 2013 (Rec 689/2012 y 13/2013); o STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2013 (Rec. 1814/2013).

³¹ LÓPEZ LLUC, M^a. I.: “La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, op.cit., págs. 177 y 184.

Como se analiza en el siguiente epígrafe, el criterio del voto particular, contrario a la doctrina jurisprudencial mayoritaria, ha prosperado siendo referente para un cambio jurisprudencial. El Tribunal Supremo recientemente ha cambiado su teoría dando un giro completo en sus pronunciamientos originarios perpetuados a lo largo de los años.

La doctrina jurisprudencial más reciente sobre la materia que nos ocupa considera que la amortización de la plaza no es suficiente para que la Administración Pública pueda extinguir el contrato de un trabajador indefinido no fijo, sino que tiene que recurrir o bien al artículo 52 c) o al artículo 51 ET.

4. REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. A PROPÓSITO DE LA STS DE 24 DE JUNIO DE 2014

Tras las reformas laborales operadas en 2012, el Tribunal Supremo se pronunció sobre las extinciones contractuales de trabajadores con contrato indefinido por amortización de la plaza o del puesto de trabajo consolidando la innecesariedad de despido objetivo para amortizar plazas indefinidas no fijas, dando así continuidad a la doctrina mayoritaria. De ahí la importancia que adquiere la reciente sentencia dictada en Sala General por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 24 de junio de 2014³², que rectificando la doctrina tradicional, resuelve que la extinción de los contratos indefinidos no fijos no puede justificarse en la amortización de plazas vacantes, sino que debe realizarse conforme al procedimiento establecido en el art. 51 ET por ser contratos sujetos a término y venir así impuesto por la DA 20ª ET.

Por la representación de la Federación de Trabajadores de la Enseñanza de UGT de la Universidad Politécnica de Madrid y por la Federación Regional de Enseñanza de CCOO de Madrid, se planteó demanda de despido colectivo contra la Universidad Politécnica de Madrid, por la que se suplica la declaración de nulidad de las extinciones de contrato efectuadas y, en consecuencia, la readmisión inmediata de los trabajadores afectados con el pago de los salarios dejados de percibir; o subsidiariamente la declaración de la improcedencia de los despidos con la consecuencia de la readmisión o la indemnización que corresponda.

De dicha demanda conoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestima la demanda al entender que la amortización de los puestos de trabajo acordada por la R.P.T. era justa causa para la extinción de los contratos, sin necesidad de acudir a los procedimientos de los arts. 51 y 52 ET, ni para acordar la extinción de los contratos, ni para, previamente, acordar la amortización de puestos de trabajo concretos.

³² Rcu. 217/20013.

Dicha desestimación es causa de los recursos interpuestos por las partes demandantes, sobre los que conoce la Sala de lo social del Tribunal Supremo. El alto Tribunal rectifica la doctrina tradicional de esta Sala, por la cual, los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administración Pública se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso de cobertura ordinario, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada al operar directamente sobre el contrato la causa extintiva, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción individual o colectiva por causas objetivas previsto en los arts. 51 y 52-c) ET. El Supremo da un giro interpretativo al entender que «esta doctrina debe rectificarse tras la entrada en vigor de la DA 20ª ET, norma que ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, en relación al personal laboral de la administración pública, a quien debe aplicarse a partir de ahora lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c) ET en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos individuales por causas objetivas».

Resulta indudable la aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores indefinidos no fijos ya que la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido colectivo conforme al penúltimo párrafo del art. 51 ET, sin embargo, mayor dificultad se plantea respecto al cómputo de los contratos de interinidad por vacante que se resuelvan por la amortización de la plaza ocupada. En este sentido, el Alto Tribunal entiende que la exclusión del cómputo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales (penúltimo párrafo del art. 51 ET) sólo se refiere a los contratos que finalizan por “expiración del tiempo convenido” no a aquellos que finalizan antes de que llegue su término, como es el caso de amortización de vacantes ocupadas interinamente.

La rectificación de la anterior doctrina obedece a la entrada en vigor de la DA 20ª ET que aplica al personal laboral de las Administraciones públicas lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c), lo que permite afirmar su aplicación no sólo al personal fijo (con prioridad de permanencia) sino también al personal indefinido no fijo y al temporal.

Concluye el Alto Tribunal que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los arts. 51 y 52 c) ET, ello incluso, cuando se haya aprobado una nueva relación de puestos de trabajo. En base a lo expuesto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 24 de junio de 2014, anula en buena lógica las decisiones extintivas impugnadas, rectificándose con ello la doctrina sentada en las sentencias de la Sala que han sido citadas en este trabajo.

Esta rectificación de criterio debe elogiarse al aportar seguridad jurídica tanto a empleadores como a los trabajadores sujetos a este especial vínculo jurídico con la Administración Pública, siendo deseable la continuidad de esta doctrina por la que se concede una doble garantía jurídica, la demostración de la causa extintiva y el derecho a indemnización por el perjuicio causado.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
LAS POSIBLES CONSECUENCIAS
EXTINTIVAS EN CASO DE ACCESO
IRREGULAR A LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

Francisco Vila Tierno
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Málaga
Magistrado suplente TSJA

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. EL PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTEXTUALIZACIÓN Y FORMA DE ACCESO. LA YA TRADICIONAL DISTINCIÓN ENTRE FIJO E INDEFINIDO Y NO FIJO**
 - 2.1. Empleo Público. Especial referencia a los entes locales**
 - 2.2. Los principios constitucionales que rigen el proceso. La regulación normativa: un antes y un después del EBEP.**
- 3. UNA BREVE REFERENCIA AL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE AMORTIZACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO DEL INDEFINIDO NO FIJO**

1. INTRODUCCIÓN

De manera habitual y ya tradicional, se repite de manera sistemática la utilización irregular de la contratación laboral en la Administración Pública. En este ámbito, cobra especial relevancia -por una usual relajación de los requisitos legales y un número más elevado de incumplimientos- el acceso al empleo público en los entes locales¹. No obstante, esta es una realidad que se extiende al conjunto de las administraciones.

Lo determinante es, en este punto, fijar los parámetros constitucionales y legales de ingreso en el referido empleo público, esto es, concretar como nuestro ordenamiento condiciona tal ingreso. A estos efectos, como es sabido, juegan como elementos de referencia los principios de igualdad, mérito y capacidad (así como publicidad). Principios que deben reflejarse en todo procedimiento de acceso. La ausencia de los mismos (de cualquiera de ellos, sea cuál sea la irregularidad que se cometa²) se traduce, necesariamente, en la constatación de unas consecuencias jurídicas que tratan de equilibrar el interés público con los derechos de los trabajadores y, así, nos conducen a la elaboración jurisprudencial, ya clásica, del trabajador indefinido no fijo de la Administración.

La importancia, en cualquier caso, del proceso irregular, no se limita a esa declaración del carácter indefinido de los contratos celebrados (no fijos), sino también a las consecuencias que tales circunstancias tienen sobre en supuestos de amortización de plazas. En este sentido, resulta esencial observar como la doctrina del TS ha variado sustancialmente en esta materia cambiando criterios precedentes ciertamente discutibles.

Y al análisis de todo ello se destinan las siguientes líneas.

¹ Para un análisis completo de la materia vid. VILA TIERNO, F. "PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: SITUACIONES DE ACCESO IRREGULAR Y DESPIDO COLECTIVO", Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, Thomson Reuters Civitas Aranzadi, núm. 168. Vid. tb. ALEGRE NUENO, M. La contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Locales: ¿«agencias de colocación de los afines»? Revista Doctrinal Aranzadi Social paraf. 48/2010 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. BIB\2010\2182 que expresamente se refieren a la STSJA/Sevilla núm. 801/2010 de 9 marzo [AS 2010\1678]: "este es un caso que se reitera hasta la saciedad, ayer fueron los Ayuntamientos de Gibralfé (STSJA Sevilla nº 1048/08 de 17 de marzo), Camas etc... y hoy Bollulllos del Condado, en los que los Ayuntamientos se han convertido en agencias de colocación de los afines, con grave deterioro de lo público al que parece que a nadie le importa".

² Mediante la utilización de una contratación temporal acausal o por la ausencia de un procedimiento de selección adecuado, esencialmente. Vid. VILA TIERNO, F. op. cit.

2. EL PERSONAL LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTEXTUALIZACIÓN Y FORMA DE ACCESO. LA YA TRADICIONAL DISTINCIÓN ENTRE FIJO E INDEFINIDO Y NO FIJO

2.1. Empleo Público. Especial referencia a los entes locales

De manera muy breve, resulta necesario hacer un repaso por las relaciones de prestación de servicios que se integran en el marco de las Administraciones Públicas. No para reiterar lo ya sobradamente conocido, sino para contextualizar el plano desde el que partimos. Aunque para ello se deba seguir una relación eminentemente descriptiva.

En este sentido, si nos restringimos, en un primer momento al personal al servicio de las entidades locales -por ser éstas las que quizás acrediten un mayor número de casos de fraude en la contratación-, podremos decir que se integra por los siguientes colectivos por:

- a) Funcionarios de carrera
- b) Contratados en régimen de derecho laboral y
- c) Personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial (art. 89 LBRL)³.

De un modo más general, no limitándonos al plano local, el EBEP, en su art. 8 establece de manera expresa que “Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual”.

Tanto en uno como en otro precepto se alude, en un punto concreto, al personal laboral. Nótese, sin embargo, como en la disposición normativa que afecta al conjunto de las administraciones (EBEP) y que es de fecha posterior (2007, frente a la anterior que es de 1985), se delimita de un modo más amplio quienes son

³ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

los sujetos de aquella relación. Se habla, concretamente de contratados fijos, por tiempo indefinidos o temporales.

Esta categorización, propia del citado EBEP, no coincide con otras normas dirigidas al ámbito de lo local, y que también son anteriores en el tiempo. Y es que tanto en el art. 177 del TRRL⁴, como en la Disp. Asdic. 2.ª del RD 896/1991 (Reglamento de ingreso del personal al servicio de la Administración Local), se establece como modalidades de personal laboral:

- a) Fijo de plantilla (jornada completa, parcial o discontinua);
- b) Interino (para puesto de trabajo vacante);
- c) Temporal (duración determinada, formativos, obra o servicio);

d) Otros supuestos, como posibilidad de estar sujeto a relaciones laborales contractuales de carácter especial (Alta Dirección en organismos autónomos, órganos especiales de gestión de servicios económicos, SPEE, internos en establecimientos penitenciarios, etc.)⁵

La correspondencia, como se aprecia, no es absoluta, teniendo especial trascendencia la diferencia que se observa respecto de la contratación estable, pues mientras que en la regulación específica para el ámbito local ha venido apareciendo una única referencia genérica (fijo en plantilla), para el EBEP hay un doble referente: el fijo y el indefinido no fijo.

Expresamente, se reitera esta distinción en el art. 11 EBEP que establece hasta tres afirmaciones distintas:

a) En primer lugar, que es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas;

b) En segundo término, que según la duración del contrato, este podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

⁴ 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.

⁵ PRIETO BENÍTEZ, A. Problemática práctica de la contratación laboral en los Ayuntamientos. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados N° 5, Quincena 15 - 29 Mar. 2008, Ref.º 898/2008, pág. 898.

c) Y, por último, que la normativa que en esta materia desarrolle el EBEP, establecerá los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral. Ello respetando el hecho de que los puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad o de potestades solo pueden ser provistos mediante funcionarios públicos (art. 9.2 EBEP)⁶.

En síntesis, atendiendo a una simple aplicación de los principios generales del Derecho, se deducen, de la normativa señalada⁷, dos consecuencias esenciales: por una parte que son susceptibles de utilización en el ámbito de lo público cualquier modalidad de contratación laboral y; por otra parte, que en este marco, y sólo en éste, aparece una subcategoría con unos perfiles propios que responde al mantenimiento del propio interés público: el trabajador indefinido no fijo. Una figura cuya elaboración, a los efectos que ahora se analizan, es de cuño jurisprudencial –asentado en SSTs 20 [RJ 1998, 1000] y 21 de enero 1998 [RJ 1998, 1138]- que ya se ha convertido en un clásico y que ahora tiene su respaldo legal en los citados preceptos del EBEP⁸.

En cualquier caso, es importante tener presente, por un lado, que su utilización en este trabajo es instrumental, puesto que lo determinante es la situación en la que quedan los trabajadores así considerados en los actuales procesos de despido y; por otro lado, que para describir esta fórmula se debe tomar un camino *di andata e ritorno*, pues no es posible entenderla si previamente no se ha explicado con detenimiento el acceso al empleo público, sea regular o irregular.

En cualquier caso, es la propia clasificación anterior distinguiendo empleo estable y empleo temporal -y dentro del primero dos posibilidades,- la que integra los supuestos de irregularidad.

2.2. Los principios constitucionales que rigen el proceso. La regulación normativa: un antes y un después del EBEP.

Atendiendo a lo expresado en las líneas precedentes, los organismos públicos pueden, en el ejercicio de las potestades que les son propias y para el desarrollo de

⁶ Vid. QUINTANS GARCÍA, J. La contratación laboral en las administraciones públicas, QDL 24. Octubre de 2010, pág. 84.

⁷ D'ANJOU ANDRÉS, G. El personal laboral indefinido en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 22, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Nov. al 14 Dic. 2010, Ref. 3230/2010, pág. 3230, tomo 3, Editorial LA LEY, LA LEY 14380/2010: “así [...] lo entiende el Ministerio de Administraciones Públicas en coordinación con la Dirección General de Cooperación Local, que en sus «Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local» en su apartado 1.1 no establece nada nuevo al decir que el EBEP (LA LEY 3631/2007) se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda al personal laboral, que preste servicios en la administración de las distintas entidades locales reguladas en el art. 3 de la LRBRLE”.

⁸ No obstante, también se señala la conveniencia de la introducción de esta figura como enmienda parlamentaria en la tramitación del EBEP para responder a necesidades concretas de un colectivo.

las funciones que tienen encomendadas, concertar contratos de carácter laboral pero siguiendo el procedimiento establecido en el marco de las normas administrativas.

Un razonamiento de índole constitucional predetermina esta ordenación y que no es otro que la relación entre los arts. 103, 23.2 y 14 CE. En este sentido, la Constitución Española establece en su art. 103.3 que la ley regulará el acceso a la función pública (incluyéndose aquí la prestación mediante una relación laboral) de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. Acceso que el TC ha entendido unido al derecho fundamental regulado en el art. 23.2 CE de todos los ciudadanos a acceder a las funciones públicas con los requisitos determinados en la ley⁹ (como concreción del principio de Igualdad del art. 14 CE en el sentido de garantía del acceso en igualdad de condiciones al empleo público.). El debate, se produce, no obstante, en relación al hecho de si cuando se habla de acceso a la función pública o a los cargos y funciones públicas, se incluye el personal laboral, lo que finalmente se acepta desde un plano extensivo e integrador¹⁰.

De ahí se deriva que cualquier incumplimiento de los principios constitucionales relacionados con el acceso al empleo público, atentaría contra un derecho fundamental y podía dar lugar a la nulidad del acto en todos sus extremos, por lo que en ningún caso se podría reconocer, en situaciones de este tipo la fijez de la relación laboral.

No supone ello, sin embargo, el desconocimiento de la ordenación laboral, puesto que la Administración, en su calidad de empleador, tiene que someterse a las normas que conforman el Orden Social¹¹. Si bien, como se ha manifestado de manera reiterada por doctrina y jurisprudencia, con las matizaciones precisas dado el interés público que debe regir la actuación de la Administración¹².

⁹ DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Contrato de trabajo. Trabajadores al servicio de las administraciones públicas. Tirant on line.

¹⁰ Vid. D'ANJOU ANDRÉS, G. op. cit.

¹¹ "El régimen jurídico aplicable a estas relaciones contractuales es el establecido en las normas de Derecho laboral (art. 177 TRRL) y además por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del Estatuto que así lo dispongan (art. 7 EBEP). Por tanto, el Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las Administraciones de las entidades locales (art. 2). Pero el Derecho administrativo participa del régimen jurídico que atañe al personal laboral, pues su actividad laboral se realiza en un ámbito público, y esta normativa, concretada además de lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el art. 89 (carácter general) y en el art. 91.2 (carácter particular) de la LBR., y en cuanto a las funciones a desempeñar en el art. 175.3" PRIETO BENÍTEZ, A. op. cit., págs. 898 y ss.

¹² "Las especialidades de la relación laboral de empleo público se justifican por la necesidad de observar los principios de orden constitucional de organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, para que éstas puedan cumplir satisfactoriamente con el interés general". GÓMEZ CABALLERO, P. Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas, Relaciones Laborales, N° 23-24, Sección Doctrina, Diciembre 2008, Año XXIV, pág. 593, tomo 2, Editorial LA LEY, LA LEY 41271/2008. En el mismo sentido: DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M. op. cit.

El mandato constitucional, bajo la disciplina del respeto al reiterado interés público, nos presenta un marco normativo relativo al procedimiento de selección aplicable al régimen local que establece fundamentalmente dos elementos:

- La selección de personal a través de la propia institución por los cauces legales.
- La celebración de los procesos al amparo de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad¹³.

A estos efectos, el EBEP, delimitando de manera general para el conjunto de las Administraciones la forma de acceso al empleo público, dispone también los principios rectores del proceso. En este sentido, se garantiza que “Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto y en el resto del ordenamiento jurídico” (art. 55)¹⁴. Se hace, por tanto, expresa la obligatoriedad de hacer presentes en los procedimientos de selección dichos principios junto a: “a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases. b) Transparencia. c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección. d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección. e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar. f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección”¹⁵.

Siendo éste el marco de regulación actual, cualquier procedimiento que se desarrolle para la selección de personal laboral en la Administración debería someterse a tales parámetros, so pena de verse afectado con las consecuencias que, en virtud de la propia ley, pueden derivarse. No obstante, las propias circunstancias de cada caso concreto, la casuística, por tanto, puede situarnos ante

¹³ Expresamente se dispone lo siguiente:

- “El personal laboral será seleccionado por la propia Corporación ateniéndose, en todo caso, a lo dispuesto en el artículo 91 y con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos” (art. 103 LRRL).

- “1. Las Corporaciones locales formularán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. 2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad” (Artículo 91 LRRL).

¹⁴ Vid. Para estudio sobre principios constitucionales que afectan al procedimiento de acceso: RAMOS MORAGUES, F. “El acceso al empleo público del personal laboral de las Administraciones Públicas” en “El personal laboral de las Administraciones Públicas”, Editorial LA LEY, Madrid, Abril 2011.

¹⁵ Además, en su art. 61.7 dispone 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. Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”.

un fenómeno relativamente frecuente en el marco del empleo local -ámbito en el que tradicionalmente se ha producido un mayor relajamiento de los controles en los supuestos de contratación laboral-. Concretamente, nos referimos a los supuestos de acceso a las entidades públicas antes de la entrada en vigor del EBEP, teniendo además presente que cuanto más nos remontamos en el tiempo, menos sistemática era la fiscalización de aquellos procesos¹⁶.

En este sentido, podría afirmarse que no resulta exigible el cumplimiento de unos requisitos si al momento de la contratación éstos no fueran de aplicación por la ausencia de una norma vigente -o así se hubiera interpretado por la jurisprudencia- en términos similares. A partir de tal afirmación se derivan dos hipótesis: que la normativa fuera parca o diferente de la actual, o bien que existiera una ordenación determinada en la misma línea que la vigente.

De acuerdo a la primera de las posibilidades, se tienen que tener presentes dos elementos sustanciales. En primer lugar, tomar como referente el patrón constitucional y éste es lo suficientemente explícito para excluir cualquier arbitrariedad en la selección del empleo público. En segundo lugar, que el propio mandato constitucional llama al legislador a la ordenación normativa del proceso, esto es, que si nos remontamos a un momento anterior a la publicación del EBEP, debe considerarse la normativa que, en dicho momento, regulaba aquél. En ese caso, lo que habría que apreciar es si se constata la ausencia de un requisito esencial en el desarrollo de un proceso selectivo para el acceso al empleo público.

Podía decirse, por tanto, que en estos supuestos lo que se plantearían son las consecuencias sobre una relación laboral viva que se rige por el ordenamiento vigente. Esto es, se cuestionan las consecuencias sobre el contrato de trabajo que viene precedido de un incumplimiento de las normas administrativas. Lo determinante de ello es que no se juzga aquí la validez o no del acto administrativo de acuerdo con la norma actual, sino en atención a la regulación coetánea al momento de su desarrollo -o si el incumplimiento tuvo tal trascendencia que no supera el filtro de la constitucionalidad-. Si se concluye que existió tal defecto, lo que es

¹⁶ QUINTANS GARCÍA, J. "La contratación laboral..." op. cit., pág. 76: "centrándonos en el tema que nos ocupa, el acceso al empleo público, especialmente del personal laboral, el Informe de la Comisión para la preparación del EBEP realizó un diagnóstico general de la situación, señalando que en muchos procedimientos de selección los principios constitucionales se respetan con rigor e implícitamente se acepta que las normas legales y reglamentarias son las adecuadas. Pero también se afirma que en otros muchos casos, que no son precisamente excepcionales, no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los candidatos. Se hace especial hincapié en que ha aumentado el porcentaje del personal laboral así como la tasa de temporalidad, ya que la selección de interinos y contratados laborales así como de personal temporal es mucho menos rigurosa que la del personal estrictamente funcionarial. Además, a juicio del Informe, se procura por medios más ventajosos el posterior salto a la obtención de la condición de personal funcionarial o contratado laboral fijo, todo ello con grave afectación de los principios de igualdad, mérito y capacidad. En muchas ocasiones hasta se persiguen estos objetivos con el apoyo de los sindicatos. Para el Informe se está poniendo seriamente en cuestión el sistema constitucional de garantías en relación con el acceso al empleo público".

preciso concluir en el momento presente, es su repercusión sobre la prestación de servicios que sigue viva y, para ello, la Administración, como empleador, debe, simplemente, aceptar la aplicación del ordenamiento laboral y la interpretación de los órganos del Orden Social (y así resolver de acuerdo tanto a EBEP como ET).

Así, si la ausencia de aquel elemento esencial afecta a los parámetros constitucionales, la revisión de tal hecho en un momento posterior a la entrada en vigor del EBEP debería ajustarse a la solución que de acuerdo al mismo pudiera determinarse. Por una parte, porque no se ha dispuesto norma transitoria sobre el particular pero, por otra parte, porque la jurisprudencia ya había resuelto el problema antes de la aprobación de aquella norma –mediante la utilización de la figura del indefinido no fijo-. Esta, lo único que trae consigo es dar una cobertura legal más adecuada a lo que ya habían solucionado los Tribunales -cuestión distinta es si cabe la subsanación por el mero transcurso del tiempo-.

La segunda hipótesis a la que se aludía era la posible existencia de una regulación que, en términos generales, fuera un precedente fiel de lo que actualmente establece el EBEP. Es decir, si el problema resultara inexistente porque la norma anterior da cabida a soluciones análogas a las que pudieran derivarse con la legislación ahora vigente. Y, basta con reiterar lo afirmado en el párrafo precedente: la modificación legal más significativa fue la de adaptar la norma a una realidad que ya habían interpretado los órganos judiciales con las disposiciones normativas precedentes. Más aún, las directrices que asume el legislador al redactar dicha norma son las establecidas en la doctrina judicial al amparo de la normativa anterior, entre otras, las disposiciones de régimen local, o la Ley 30/1984 que regulaba de manera general el acceso al empleo público.

En este sentido, el art. 19 de la referida Ley 30/1984 disponía que “Las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garantizan en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas”¹⁷.

¹⁷ A ello se le debe sumar lo previsto en el art. 18.4 LMRFP que insiste diciendo que “las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público.” Lo que debemos poner en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo en los que se reflejan los puestos dotados presupuestariamente. Por último, el art. 15.1.f LMRFP dice que la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones. Este requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contrato de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos corres-

Además, dependiendo del momento de celebración del proceso selectivo, resultaría de aplicación el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, publicado por RD 2223/1984 y sustituido después por el RD 364/1995 (aplicable de manera supletoria para todas las Administraciones). Lo determinante era la reiteración de los principios que rigen el proceso. En el primero, venía a establecerse que “Todos los procedimientos de selección y acceso de personal, funcionario o laboral, se realizarán mediante convocatoria pública y a través de los sistemas de concurso, oposición o concurso-oposición libres, en los que se garanticen, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Requisitos que se repiten del mismo modo en el Tít. I del RD 364/1995¹⁸ (art. 4, sistemas selectivos de funcionarios, por remisión del art. 29, en relación al personal laboral)¹⁹.

Puede apreciarse, por tanto, que no difiere de la regulación actual en lo sustancial por lo que las interpretaciones de la doctrina judicial no se apartan de las actuales al respecto.

Todo ello va a permitir la aplicación de las resoluciones judiciales que, en muchos casos, se remontan a los años 90, en relación a las consecuencias sobre la relación laboral de un proceso irregular. En particular en relación a la diferenciación entre fijo e indefinido no fijo y su justificación, así como lo relativo a los principios rectores del proceso de selección y su forma. Elementos que hoy se recogen de manera pacífica en el propio EBEP.

De esta forma, ya tenemos el punto de partida o llegada perfectamente definido: aquel trabajador de la Administración Pública que accedió de manera irregular, tendrá la condición de indefinido no fijo.

pondientes a personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. En ese caso, la selección hay que hacerla de acuerdo a la Oferta de Empleo y que ésta se constituye con los puestos dotados presupuestariamente que figuren en las Relaciones de Puestos de Trabajo. En el ámbito local resulta también aplicable el art. 91 LBRL: “1. Las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. 2. La selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso- oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.

¹⁸ Vid. concretamente, arts. 28 a 35.

¹⁹ Además de la creación de la plaza en la RPT y la inclusión en la OPE anual, si bien, ha sido una constante no encontrar la referida RPT en el ámbito de la administración local, relajándose este procedimiento en la propia normativa cuando la contratación era temporal. Vid. DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR, M. op. cit.

3. UNA BREVE REFERENCIA AL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE AMORTIZACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO DEL INDEFINIDO NO FIJO

Si como consecuencia de lo que se ha visto en epígrafes precedentes el trabajador se mantiene en su puesto, dicha permanencia se extenderá en el tiempo pero no adquirirá firmeza y, en atención a ello, las dudas que se han suscitado en la doctrina se refieren, fundamentalmente, a la fórmula extintiva que deba utilizarse. O dicho de otro modo, si cabe la extinción por alguna otra vía al margen del despido colectivo u objetivo²⁰. Y ello al margen de los problemas que podían derivarse de la acreditación del acceso irregular, de la consiguiente necesidad de la Administración de nueva convocatoria y de las limitaciones en la tasa de reposición.

Volviendo, no obstante, sobre la posible extinción del contrato, se plantean dos posibles opciones: la extinción vinculada a que se convoque regularmente la cobertura de la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, o la decisión de proceder a su amortización.

Si atendemos a la primera de las dos hipótesis, debemos distinguir, además, si existe un pronunciamiento judicial que declare la nulidad del acto administrativo (el proceso ha sido irregular) o si no existe tal resolución judicial. Para el primer supuesto la jurisprudencia ha entendido que “la anulación judicial de un concurso para contratación de trabajadores justifica en principio la extinción de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases; 2) “para llevar a cabo esta extinción contractual, debida a causas a las que el trabajador es totalmente ajeno y que son consecuencia de un defectuoso proceder inicial de su empleador, deberá acudir éste a alguno de los procedimientos legalmente previstos en el art. 49 ET “ (STS 10-3-1999, rec. 2138/98 (RJ 1999, 2124) , y otras posteriores); 3) “el impedimento de la prestación de trabajo por acto de autoridad o *factum principis* (definido habitualmente como orden de la autoridad gubernativa pero que cabe ampliar por analogía a la resolución de la autoridad judicial) es equiparable a la fuerza mayor” (ibidem); 4) “esta equiparación supone que el empresario laboral, que debe cumplir la orden o resolución correspondiente ... ha de utilizar para el cumplimiento de la misma o bien la vía del art. 51 ET, cuando se superan los umbrales numéricos del párrafo 1 de dicho precepto legal, o bien la vía del art. 52 c) ET , cuando se trata de extinciones contractuales por debajo de dichos límites” (STS de 28 abril 2009 [RJ\2009\2627]). En síntesis, que debe utilizarse un despido objetivo o colectivo.

²⁰ MARÍN ALONSO, I. El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público. Relaciones Laborales, Nº 8, Sección Doctrina, Quincena del 23 Abr. al 8 May. 2009, Año XXV, tomo 1, Editorial LA LEY, LA LEY 11693/2009, pág. 417.

Sin embargo, cuando no existe la declaración judicial previa, nos encontramos ante una relación que está sometida a una condición resolutoria implícita regulada al amparo del art. 49.1 b) ET (STS 27 de mayo de 2002 [RJ 2002, 9893])²¹ y, por tanto, se elude la vía indemnizada de los arts. 51 ó 52 ET²². De este modo, se facilitaba una fórmula de abaratamiento y absolutamente libre para el cese de trabajadores.

En cualquier caso, la flexibilidad no era absoluta, en tanto que estaba vinculada a la convocatoria regular de la plaza cubierta por el trabajador indefinido no fijo. Ello enlaza con la segunda de las hipótesis planteadas: la posible amortización de la plaza.

En este sentido, es absolutamente relevante la STS 22 de julio de 2013 [RJ 2013, 7657]²³ que entiende que si se produce tal hecho ya no es aquella provisión y desaparece la justificación para esta modalidad contractual (como si fuese un contrato de interinidad en un juego constante de analogías y diferencias). Expresamente viene a señalar que “estamos claramente en el caso del art. 1117 del Código Civil (“la condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que (...) fuera ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar”) y en el art. 49.1.b) del ET (cumplimiento de la condición a que ha quedado sometido el contrato ope legis)”. Pero con el objeto de reducir el perjuicio para el trabajador les reconoce la indemnización prevista en el apartado c) del mismo art. 49.1 ET mediante una aplicación analógica.

De lo anterior puede concluirse que la cobertura reglamentaria de la plaza quizás admitiera el debate de la aplicación indicada del art. 49.1 b) ET, pero en ningún caso la amortización de la plaza, que nunca debe admitir esa misma solución. La convocatoria siguiendo los trámites formales adecuados y cumpliendo los principios constitucionales podía actuar o interpretarse como condición resolutoria (aunque sea discutible), pero no produciéndose tal hecho no concurre el motivo que ponía fin al contrato.

²¹ Reiterado en SSTs de 22 de febrero de 2007, 14 diciembre 2009 o 10 marzo de 2010, entre otras.

²² Ello, no obstante, tuvo un importante rechazo doctrinal: MORÓN PRIETO, R. La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimiento y efectos, Revista de Derecho Social núm. 14/2001, pág. 195; LAHERA FORTEZA, J. La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (comentario a la STS 27 de mayo de 2002), Relaciones Laborales, Tomo II, 2002, pág. 679; MARÍN ALONSO, I., op. cit. pág. 417; MOLERO MARAÑÓN, ML. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002. La creación jurisprudencial de una paradoja: el contrato temporalmente indefinido, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Justel, 2003, En cualquier caso, dicho criterio ha sido reiterado, v.gr: 26 de junio de 2003 [RJ 2005, 4259] o STS 21 de julio de 2008 [RJ 2008, 6611].

²³ Amortizada por otras posteriores como la STS 15 de octubre de 2013 [RJ 2013, 7999] y la STS 27 de noviembre de 2013 [RJ 2013, 8063] y reiterada de manera constante: SSTs de 14 abril 2014 [RJ 2014, 2621], de 11 febrero 2014 [RJ 2014, 913], de 21 enero 2014 [RJ 2014, 530], de 13 enero 2014 [RJ 2014, 1262], de 16 diciembre 2013 [JUR 2014, 45215], de 4 diciembre 2013 [RJ 2014, 1222], de 25 noviembre 2013 [RJ 2013, 8063], de 23 octubre 2013 [RJ 2014, 321], de 23 octubre 2013 [RJ 2014, 2766], de 14 octubre 2013 [RJ 2013, 8000].

En este caso hablamos de amortización y dicho concepto, aunque ya ha desaparecido de la regulación legal del despido objetivo o colectivo, sigue estrechamente vinculado a él y utilizado en las resoluciones judiciales. Por tanto, en cualquier situación de amortización debe seguirse tal vía, más aún cuando desde la reforma laboral de 2012 se permite expresamente la utilización de los despidos por causas económicas (colectivos) en las administraciones públicas. Ello ha sido entendido así por la STS 08/07/2014 (Rec. 2693/2013) que ha supuesto un cambio de criterio absoluto respecto de la doctrina anterior. La misma, que se apoya de inicio en la STS 24 junio 2014 (rec. 217/2013), que distingue entre la cobertura de la plaza que viene ocupando un trabajador con contrato de interinidad por vacante y la posible amortización de la plaza. En este último caso, entiende que la amortización de la plaza en los contratos de interinidad por vacante, supone una extinción *ante tempus* con un consiguiente perjuicio que debe ser indemnizado y, para ello, nuestra legislación dispone la aplicación de los arts. 51, 52 y 56 ET. Criterio que extiende al supuesto del trabajador indefinido no fijo pues parece adecuado aplicar una misma solución hipótesis similares: la amortización de una plaza “provisionalmente” cubierta. A lo que debe añadirse que el art. 49.1 b) no da cabida a cualquier supuesto de extinción (la inclusión de causas desde el punto de vista civilista debe matizarse en el ámbito social), por lo que si un supuesto de hecho se sitúa en la esfera de otra causa de extinción contractual expresamente regulada en nuestra normativa laboral, no puede ser reconducido a aquél, más aún cuando ello sea en perjuicio del trabajador²⁴.

Puede apuntarse como conclusión más relevante de todo lo anterior, que el acceso irregular al empleo público determina unas consecuencias y una posible extinción del contrato del convertido en trabajador indefinido no fijo, pero no que no puede consistir en otorgar una carta blanca en manos de la Administración para prescindir de su personal sin acudir a los mecanismos ordinarios establecidos para ello. Y, a tal efecto, la STS de 22 de julio de 2014 ha resultado esencial en la fijación de la doctrina al respecto.

²⁴ Vid. en VILA TIERNO, F. op. cit. Expresamente la sentencia señala que “De cuando antecede deriva la consecuencia de que los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos en modo alguno están sujetos a una condición resolutoria tácita más allá de la constituida por la provisión del puesto desempeñado con arreglo a los procedimientos pertinentes, garantizando los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. [] El artículo 49.1.b) ET permite que el contrato de trabajo incorpore “causas” que actúen al modo de las condiciones resolutorias, pero ello no significa que toda la construcción civilista sobre esa figura sea directamente trasladable al ámbito laboral, sino que deben realizarse muy serias adaptaciones. Por cuanto aquí interesa, ha de resaltarse la imposibilidad de reconducir a esta categoría de extinciones los hechos que posean un encaje más claro en otras aperturas del artículo 49.1 ET... Tales consideraciones son, mutatis mutandis, trasladables a casos como el ahora resuelto y deben impedir que una causa autónoma de extinción se reconduzca de modo impropio a otra diversa, máxime cuando ello contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo (indirectamente acogido por el art. 35.1 CE) y a minorar los derechos de los trabajadores afectados. [] En suma: si un contrato de trabajo (fijo, temporal, indefinido no fijo) ve cercenada su continuidad porque la empresa pone en juego causas de tipo organizativo, técnico o productivo, tanto razones de estricta Dogmática contractual (el papel que el artículo 49.1.b ET puede desempeñar) cuanto el tenor de las actuales normas (DA 20ª ET; preceptos concordantes del RD 1483/2012) y nuestra más reciente doctrina (STS 24 junio 2014) conducen a la misma conclusión. La decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo”.

EL ÁMBITO FUNCIONAL DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DEL ALTO DIRECTIVO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Alicia Villalba Sánchez
*Investigadora del Departamento de
Derecho Mercantil y del Trabajo*
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN:

La contratación de personal laboral para el ejercicio de funciones directivas en el ámbito de las Administraciones Públicas plantea controversias relativas a la calificación de la relación jurídica así como a la salvaguardia de los intereses generales cuya consecución inspira su funcionamiento. La respuesta a la primera de las cuestiones exige determinar los presupuestos que caracterizan al personal directivo al servicio de las Administraciones Públicas y el régimen jurídico aplicable. La segunda, requiere considerar el riesgo inherente a la prestación de servicios a tiempo parcial por parte del personal directivo al servicio de dichas Administraciones. En concreto, se plantea la dudosa objetividad de un directivo que compatibilice su servicio con otras actividades económicas desarrolladas por cuenta propia o ajena.

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. EL PERSONAL DIRECTIVO EN EL ESTATUBO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.**
 - 2.1. Criterio funcional.**
 - 2.2. Criterio formal: la remisión legal.**
 - 2.3. El retorno del criterio funcional en la contratación del personal directivo por parte de las Administraciones Públicas.**
- 3. RIESGOS DERIVADOS LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL DEL ALTO DIRECTIVO.**
- 4. CONCLUSIÓN.**
- 5. BIBLIOGRAFÍA.**

1. INTRODUCCIÓN.

En virtud del denominado proceso de “huída del Derecho Administrativo”¹ las Administraciones Públicas han acudido a la legislación laboral para llevar a cabo la contratación de su personal al margen de las rigideces sustantivas y procedimentales propias del Derecho público. No ha quedado al margen de esta tendencia la provisión de cargos directivos, siendo regulada por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), norma que permite expresamente su contratación laboral, supuesto en el cual somete su régimen jurídico a la relación laboral de carácter especial de alta dirección².

El objeto del presente trabajo estriba en el análisis de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios para una Administración Pública bajo la denominación de contrato de alta dirección, en particular cuando las funciones encomendadas revisten un perfil meramente técnico o administrativo. Acto seguido, se expondrán las principales consecuencias derivadas de la calificación jurídica de la relación laboral cuando ésta se vincula a una Administración Pública, haciendo especial hincapié sobre los efectos adversos derivados de la aplicación de un régimen heterónomo flexible cual es el del alto directivo cuando éste es reclutado por una persona jurídica de Derecho público cuya actividad debe estar presidida por la objetividad en el servicio de los intereses generales (art. 103 CE).

2. EL PERSONAL DIRECTIVO EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

El art. 13 EBEP aporta una definición tautológica del personal directivo al servicio de las Administraciones Públicas, considerando como tal “el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración”. Por consiguiente, es menester acudir a la noción proporcionada por el RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, completada por su posterior desarrollo jurisprudencial.

¹ Vid. BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 78, 1993, págs. 63 y ss y RIVERO LAMAS, J., “El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 6-7, 1995, pág. 106.

² Por lo demás, se limita a dejar clara la salvaguardia de los principios de mérito y capacidad en lo atinente a su designación, que se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, así como a la evaluación de su actividad, que se hará “con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados” (art. 13 EBEP).

2.1 Criterio funcional.

El citado reglamento acoge un doble criterio funcional en orden a determinar su ámbito de aplicación. El primero describe en positivo las funciones directivas como aquéllas consistentes en el ejercicio de “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa” y “relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. El segundo, de cariz negativo, excluye de su ámbito el mero ejercicio del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad siempre que dicha actividad comporte únicamente la realización de cometidos inherentes a tal cargo³.

Sentada la exclusión de los consejeros y administradores sociales del Derecho laboral común [art. 1.3.c) ET] y especial (art. 1 RD 1382/1985), procede delimitar las concretas funciones que distinguen al alto directivo del cuadro sometido al Derecho laboral común. Ante la parquedad de la norma, la jurisprudencia ha dotado de contenido sus rasgos característicos, desglosando, en primer lugar, el tipo de funciones a desempeñar para, acto seguido, concretar la forma en la que las mismas deben ser desarrolladas.

En atención a la clase de funciones desempeñadas, la jurisprudencia ha considerado al alto cargo como un “alter ego” del empresario, determinándose su ubicación dentro del ámbito de la relación laboral especial en atención a la naturaleza de las funciones prestadas⁴. Queda descartado desde un primer momento el criterio esencialmente literal, de conformidad con el cual basta con que la empresa emplee en su organigrama una denominación tradicionalmente asociada a las funciones directivas para aplicar la regulación especial. Debe atenderse pues a las funciones efectivamente atribuidas, las cuales han de recaer sobre esferas típicamente directivas de la empresa y referidas al devenir de sus objetivos generales⁵.

La referencia a los objetivos generales de la actividad empresarial implica que los poderes atribuidos al alto cargo han de afectar a “áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa”, referidos “normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales”⁶ sin restringirse a actividades concretas o parciales.

³ Cfr. art. 1.3.c) ET.

⁴ Vid. STS de 3 octubre 2000 (RJ 8290), f. d. 2º.

⁵ Vid. STS de 3 octubre 2000, cit., f. d. 2º.

⁶ Vid. SSTS de 3 octubre 2000, cit., f. d. 2º y de 30 enero 1990 (RJ 233), f. d. 1º

La evolución de un sistema de organización empresarial piramidal, en el cual el alto directivo se ubicaba en el vértice de la estructura de poder, a otro horizontal, basado en el principio de especialización, ha provocado la sustitución del criterio jerárquico, que atendía a la ubicación del alto directivo en el vértice de la pirámide de poder empresarial⁷, por otro material, basado en la intensidad o importancia del poder ejercitado en un ámbito concreto de la empresa. De esta guisa, en empresas de estructura compleja⁸ y especializada⁹, los poderes a ejercitar por el alto directivo deben incluirse en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas¹⁰ aunque éstas afecten a un sector concreto de su actividad, siempre que no exista sometimiento a otros órganos intermedios y en su ámbito decisorio se hallen implicados de algún modo los objetivos generales de la empresa¹¹. En suma, no es preciso que el alto directivo se ubique en la cúspide de la clásica estructura piramidal, bastando la asunción de decisiones clave en ámbitos específicos¹².

Adviértase que la jurisprudencia reciente retoma la interpretación clásica del requisito de generalidad en los objetivos, descartando calificar como alto directivo aquél que sólo toma decisiones estratégicas correspondientes a una unidad productiva concreta dentro de la empresa¹³. No obstante, dicho criterio hermenéutico debe entenderse aplicable únicamente a los cargos cuyas funciones se ciñen a la dirección y administración de un centro cuya actividad no reviste especialización alguna dentro de la empresa¹⁴.

Lo expuesto deja fuera del ámbito de aplicación de la relación laboral de carácter especial del personal directivo aquellos cargos que lleven asociado el desempeño de funciones estrictamente técnicas, o de aquellas materialmente decisorias cuyo espacio de influencia sea meramente parcial.

Si el primer parámetro definitorio de la actividad del alto directivo atendía a la clase de funciones desempeñadas, el segundo repara en cómo han de ser desarrolladas dichas funciones. A tal efecto, se exige que el directivo actúe con autonomía y plena responsabilidad, es decir, con un margen de independencia¹⁵ sólo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y

⁷ Incluso a la extensión territorial o funcional de los poderes ejercitados (Cfr. STS de 12 septiembre 1990 [RJ 6998], f. d. 3º).

⁸ Vid. VALLS, A. y SERRANO, R., Manual del personal de alta dirección, Aranzadi (Cizur Menor, 2012), pág. 33.

⁹ Vid. STS de 30 enero 1990, cit., f. d. 1º.

¹⁰ Vid. STS de 6 marzo 1990 (RJ 1767), f. d. 2º.

¹¹ Ibid., f. d. 1º.

¹² Vid. VALLS, A. y SERRANO, R., Manual del personal de alta dirección, cit., pág. 36.

¹³ Vid. STS de 22 abril 1997 (RJ 3492), f. d. 3º.

¹⁴ Como es el caso de la simple dirección de un centro hotelero (Cfr. STS de 22 abril 1997 [RJ 3492], f. d. 3º) o de la administración de un centro sanitario (Vid. STS de 11 junio 1990 [RJ 5050], f. d. 5º).

¹⁵ Dicha independencia no ha de ser confundida con exclusividad, sino como simple correlato del poder concedido, que tampoco ha de ser necesariamente exclusivo (vid. SSTS de 13 noviembre 1991 [RJ 8219], f. d. 6º y de 31 marzo 1987 [RJ 1763], f. d. 4º).

administración de la entidad. Por consiguiente, no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser considerada como alto directivo, quedando al margen de dicha calificación los mandos intermedios que reciban instrucciones de otros órganos delegados de la dirección de la empresa¹⁶.

De lo afirmado se deduce el desvanecimiento de la subordinación característica de la relación laboral común¹⁷, pues, de constatarse la sumisión a las órdenes y direcciones de un mando superior, la relación jurídica sería la de un directivo sometido al régimen laboral común.

Aplicados los parámetros jurisprudenciales expuestos al ámbito personal al servicio de las Administraciones Públicas, se reserva la condición de alto directivo a aquellos cargos cuyas funciones: a) conlleven el desempeño de facultades decisorias de carácter estratégico que, si bien pueden ser especializadas, comprometen en su ejecución los objetivos generales del organismo en cuestión; y b) sean ejercidas con total autonomía e independencia de órganos intermedios, asumiendo la plena responsabilidad con respecto a sus consecuencias.

2.2 Criterio formal: la remisión legal.

Frente al clásico criterio funcional, existe otra corriente jurisprudencial que acoge otro de corte estrictamente formal, de acuerdo con el cual se considera relación laboral especial toda aquella que sea calificada como tal por una norma de rango legal. Esta interpretación encuentra su apoyo en el tenor literal del art. 2.1 ET, cuando extiende el concepto de relación laboral especial a “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley (sic.)”.

Esta posición abre la puerta a la creación legal ilimitada de relaciones laborales de carácter especial, así como al encuadramiento *ope legis* de un tipo concreto de prestación de servicios en el marco de una relación laboral de carácter especial preexistente con fundamento en una simple remisión legal¹⁸. Su fundamento jurídico reside en el principio de jerarquía normativa, de conformidad con el cual una norma con rango de ley podrá determinar la naturaleza especial de una

¹⁶ Autonomía que debe diferenciarse de la propia del ejercicio de ciertas actividades cuyo desarrollo responde a la *lex artis* del oficio y no tanto a las órdenes y directrices empresariales (Cfr. STS de 13 de marzo [RJ 2065], f. d. único). Vid. SSTS de 12 septiembre 1990 (RJ 6998), f. d. 3º y de 3 octubre 2000 (RJ 8290), f. d. 2º. Cfr. VALLS, A. y SERRANO, R., Manual del personal de alta dirección, cit., pág. 32.

¹⁷ Vid. VALLS, A. y SERRANO, R., Manual... cit., pág. 32.

¹⁸ Vid. STS de 2 abril 2001 (RJ 4124), f. d. 3º, cuando se trata de la dirección de un hospital. toda vez que las facultades inherentes a la titularidad jurídica de la empresa corresponden a la entidad gestora, y requisitos de plena autonomía y responsabilidad se ven fuertemente debilitados. No obstante, se admite que la propia disposición legal otorgue la condición de relación laboral especial a la de los directivos de centros hospitalarios de la Seguridad Social, “sin que esta conclusión pueda entenderse desvirtuada por el hecho de que ese otorgamiento se efectúe mediante el sistema de remitirse a los mandatos del RD 1382/1985”

relación laboral sin que el ámbito de aplicación diseñado por una norma de rango reglamentario, como es el RD 1382/1985, pueda servir como límite al legislador¹⁹.

La presente interpretación cobra relevancia en el ámbito del personal directivo al servicio de las Administraciones Públicas, habida cuenta de la referencia llevada a cabo por el art. 13 EBEP al ámbito de la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección con respecto a la regulación del vínculo que media entre la Administración Pública y su personal directivo, sin que se tenga en cuenta, prima facie, el contenido funcional inherente al cargo.

Así se sostiene en el supuesto enjuiciado por la STS de 2 abril 2001²⁰, donde se concluye que la Disp. Final 6ª de la Ley 31/1991 de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1992, cuyo tenor literal indicaba que la provisión de los órganos de dirección de los centros, servicios y establecimientos pertenecientes al antiguo Instituto Nacional de la Salud, se efectuaría de conformidad con el régimen laboral especial de alta dirección, reconducía inequívocamente al ámbito de dicha relación laboral especial su regulación, con independencia del contenido material de la relación jurídica concreta²¹.

Se refuerza dicho razonamiento aduciendo la imposibilidad de delegar poderes inherentes a los órganos administrativos superiores, circunstancia que exige debilitar el requisito definitorio del personal de alta dirección so pena de excluir del ámbito de las Administraciones Públicas dicha relación laboral de carácter especial, vaciando de contenido la remisión legal²².

En consecuencia, por mor de esta remisión legal se constata una ampliación contra natura del ámbito de la relación laboral especial del alto directivo, toda vez que en los órganos de dirección de los hospitales y demás centros sanitarios no ostentan poderes inherentes a la titularidad jurídica “de la empresa”, los cuales corresponden a las entidades gestoras del Estado o de las Comunidades Autónomas, como la propia sentencia admite²³.

Este discutible criterio se halla reflejado en la doctrina jurisprudencial, dando buena muestra del mismo la STSJ Castilla León (Valladolid), de 25 enero 2012²⁴ cuando procede a calificar la relación jurídica del Director de Servicios

¹⁹ Cfr. STSJ País Vasco de 5 octubre 2010 (JUR 415796), f. d. 4º.

²⁰ RJ 4124, f. d. 3º.

²¹ Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J. “Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral”, AS, nº 24, 2002, pág. 198.

²² Cfr. STSJ Islas Baleares de 25 febrero 2004 (AS 1599), f. d. 4º y STSJ Extremadura de 30 julio 2002 (AS 2837), entre otras.

²³ Ibid.

²⁴ AS 499, f. d. único.

Informáticos de la Universidad de Salamanca, cuyas funciones consistían en la planificación y coordinación de los aspectos técnicos, económicos y administrativos de las diversas unidades informáticas de la Universidad de Salamanca, así como en la representación del Servicio Informático de dicha Universidad, contrayendo gastos y autorizando pagos relativos a equipos, productos o servicios informáticos. Aunque las funciones desempeñadas ponían de manifiesto un perfil más técnico que decisorio, circunscribiéndose a unos fines que no cabía calificar de estratégicos, la Sala acogió un criterio formalista de acuerdo con el cual la remisión realizada por el art. 2.1.a) del EBEP a la relación laboral personal de alta dirección cuando el contratado lo sea en régimen laboral suponía la sumisión automática a dicho régimen²⁵, aun cuando no concurrieran en el contratado los presupuestos definitorios del personal directivo²⁶.

Llevando a cabo una cabriola en el hilo argumental, la citada sentencia añade que las funciones enumeradas se encuadran dentro de los objetivos generales de la Universidad, en tanto, de conformidad con el art. 1 del Reglamento regulador del Servicio en cuestión, “su finalidad reside en el apoyo a la docencia, la investigación y la administración de la Universidad”, actividades integrantes “del núcleo esencial de la función universitaria”. Se obvia así tanto el carácter técnico de dichas funciones, como el hecho de que se trate de una mera actividad instrumental que en modo alguno incide en la orientación de la política trazada por el Rectorado en dichos ámbitos.

Aunque el nudo gordiano de la fundamentación jurídica resida en la remisión legal, la relevancia de esta razón añadida al argumento formal acogido por el TS reside en el establecimiento de una válvula que permite eludir la rigidez del anterior criterio cuando la denominación empleada no se corresponde con las funciones atribuidas al “directivo”. De esta guisa, siempre y cuando no logre acreditarse el ejercicio de funciones decisorias de índole estratégica que afecten a los objetivos generales de la institución, la calificación otorgada por la Administración Pública debe ser revisada.

2.3 El retorno del criterio funcional en la contratación del personal directivo por parte de las Administraciones Públicas.

Como exponente de este criterio mixto, de conformidad con el cual el órgano jurisdiccional debe acatar la remisión legal al régimen propio de la relación laboral especial de alta dirección (art. 13 EBEP) únicamente en tanto concurren los presupuestos materiales característicos de la misma en la prestación de servicios enjuiciada, cabe citar el reciente pronunciamiento del TSJ Castilla y León (Valladolid), de 4 junio 2013²⁷.

²⁵ Ibid.

²⁶ Vid. STSJ Madrid de 21 diciembre 2012 (AS 2012\386), f. d. 3º.

²⁷ JUR 217270, f. d. único.

Ante el órgano jurisdiccional se planteó el litigio referido a la calificación del vínculo existente entre la Universidad de Valladolid y el Secretario de su Consejo Social. Dejando a un margen la remisión legal realizada por el EBEP, la Sala rechazó la calificación de la relación laboral como especial, toda vez que las funciones desempeñadas por el recurrido eran las inherentes al cargo de Secretario de cualquier órgano colegiado, sin que quepa constatar la asignación de poderes propios de un alto directivo. En concreto, las funciones relatadas en los hechos probados se constriñen a aquéllas relativas a la fe pública²⁸, la custodia y llevanza de registros, la preparación del orden del día de las reuniones y la ordenación de la actividad administrativa. Se constata que las tareas enumeradas no entrañan en modo alguno el ejercicio de poderes decisorio propios de los órganos de gobierno de la Universidad, ni tampoco están referidas a los objetivos generales de la institución, habida cuenta de su carácter instrumental.

Esta nueva interpretación supone el retorno del criterio material que atiende a las funciones efectivamente desempeñadas por el trabajador en la delimitación del ámbito aplicativo del RD 1382/1985. De acuerdo con ella, no basta con que una Administración pública denomine “personal directivo” a cierto prestador de servicios para que, de manera automática, resulte de aplicación la normativa reguladora del personal de alta dirección. Por el contrario, será preciso constatar los presupuestos materiales característicos del personal directivo para que, en caso de haber sido objeto de contratación en régimen laboral por parte de la Administración, se halle sometido a la normativa especial del alto directivo.

Aunque éste no sea el criterio adoptado por la citada sentencia del TS, se comparte la inversión del razonamiento jurídico llevado a cabo por la doctrina jurisprudencial, toda vez que abandona la interpretación estrictamente literal del art. 13 EBEP dando paso a una lectura finalista de sus términos. El motivo reside en que una desmedida ampliación *ex lege* del ámbito subjetivo del régimen laboral especial del personal directivo puede irrogar graves perjuicios al ser aplicado a un trabajador que por sus características personales y por las funciones que efectivamente desempeña debería hallarse incluido en el régimen común.

El superior poder de negociación que ostenta al alto directivo presupone su capacidad para alcanzar un acuerdo favorable a sus intereses. En consecuencia, se reduce el nivel de intervención heterónoma en aspectos tales como la duración del contrato, cuya determinación se deja en manos de las partes (art. 5 RD 1382/1985); la concreción de la jornada y el horario de trabajo (art. 7 RD 1382/1985)²⁹ y de su régimen extintivo, el cual admite el desistimiento del empresario (art. 11 RD 1382/1985) así como el pacto de un período de prueba de duración superior al

²⁸ Por muy cuestionable que resulte su atribución al personal contratado en régimen laboral.

²⁹ Cfr. PRADAS MONTILLA, R., “La relación laboral especial del personal de alta dirección”, ACARL, diciembre, 1985, pág. 108.

común (art. 5 RD 1382/1985). Por añadidura, el propio RD 1382/1985 designa el Derecho Civil o Mercantil como normativa supletoria para lo no regulado por el instrumento reglamentario o las partes en el contrato, en lugar del régimen laboral común previsto en el ET.

Cuando se aplica dicho régimen jurídico a un trabajador que carece del poder de negociación del alto directivo éste queda expuesto al riesgo de imposición de unas condiciones desfavorables por parte del empleador. En consecuencia, si la interpretación extensiva del ámbito aplicativo del RD 1382/1985 era criticable en cuanto a la técnica jurídica, también lo son sus consecuencias, que generan un curioso tipo de alto directivo con un régimen laboral precario.

3. RIESGOS DERIVADOS LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL DEL ALTO DIRECTIVO.

Uno de los indicadores de la incipiente precariedad en la contratación de los denominados “altos directivos” estriba en su contratación a tiempo parcial³⁰. Dentro del amplio margen concedido la autonomía individual en la determinación del contenido de esta relación jurídica conviene reseñar la plena libertad a la hora de acordar la jornada de trabajo (art. 7), siempre y cuando la prestación a cargo del empleado no exceda notoriamente de la que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente. Por consiguiente, nada impide la contratación de un alto directivo a tiempo parcial, si bien dicha práctica es susceptible de irrogar resultados adversos tanto al trabajador como a la propia empresa.

Más sutiles son las consecuencias mediatas que puede generar dicha contratación a tiempo parcial, que pueden obrar en perjuicio, bien del empresario, bien del trabajador. El factor que inclina la balanza en detrimento de una u otra parte del contrato reside en la configuración del deber de exclusividad del alto directivo. La confianza que subyace a la relación laboral especial de alta dirección provoca que en la misma se presuma la plena dedicación del directivo a la empresa. Para enervar dicha presunción es necesaria la existencia de un pacto expreso que autorice al alto directivo a compaginar sus servicios con el desarrollo de otra actividad por cuenta propia o ajena. En caso de no quedar acreditado dicho acuerdo, cabe deducir la autorización tácita del empresario cuando el directivo mantenga una vinculación pública con otra entidad, siempre que dicha posibilidad no se haya excluido en los pliegos contractuales (art. 8.1 RD 1382/1985)³¹.

³⁰ Como se deduce el supuesto enjuiciado en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 junio 2013, cit., f. d. único.

³¹ Cfr. STS de 8 mayo 1984 (RJ 2980), cdo. 2º. No existe pues una prohibición absoluta del pluriempleo o pluriactividad, pero sí la subordinación de su licitud al consentimiento expreso o tácito del empresario (vid. BORRAJO DACRUZ, E., “El personal de alta dirección en la empresa”, REDT, nº 22, 1985, pág. 170).

La alteración de la regla aplicable al trabajador común, el cual goza de plena libertad de trabajo a no ser que se haya pactado su plena dedicación (art. 21.3 ET)³² obedece a dos razones fundamentales. Por una parte, se pretende garantizar la plena dedicación del alto directivo a la consecución de los fines de la empresa³³. Por otra parte, esta cautela responde a la necesidad de preservar los intereses empresariales de una eventual conducta desleal del alto directivo que pretenda prevalerse de la información recabada en el ejercicio de su actividad en su propio beneficio o en el de un tercero. Sobre añadir que la intensificación de relación de confianza³⁴ así como del principio de *bona fides* llamado a presidir el vínculo del alto directivo con la empresa³⁵, ponen en entredicho la conveniencia de autorizar la prestación de servicios para más de un empleador, habiendo sido considerada, con acierto, un grave riesgo a asumir por parte del empresario.

Cuando el empleador es una persona física o jurídica de Derecho privado, dicho riesgo se concreta en el recurso a las fuentes informativas manejadas por el alto directivo a fin de aprovecharse de las técnicas organizativas o productivas o de datos referidos a la clientela³⁶ en su propio beneficio o en el de un tercero. En suma, se incrementa el riesgo de incursión en un supuesto típico de competencia desleal (art. 21 ET). No obstante, cuando el alto directivo pluriempleado presta servicios para una Administración Pública queda en entredicho la salvaguardia de bienes jurídicos de rango superior, como la objetividad del ente público en el servicio a los intereses generales (art. 103.1 CE). Piénsese, v. gr. en un alto directivo de cualquier Administración Pública contratado a tiempo parcial al que se haya autorizado a prestar servicios a una empresa que pueda ostentar algún interés, directo o indirecto, que entre en conflicto con los de dicho organismo.

El grave riesgo que dicha hipótesis pone de manifiesto aconseja prohibir expresamente el desarrollo de cualesquiera funciones al directivo al servicio de una Administración Pública, sea por cuenta propia o ajena. La consecuencia mediata que arroja esta solución no es otra que una excesiva limitación de la libertad de trabajo en virtud de un contrato que proporciona una escasa carga laboral y una cuantía salarial reducida en proporción. La solución contraria, consistente en permitir al alto directivo el desarrollo de otras funciones por cuenta propia o ajena pone en tela de juicio la independencia con la que ha de dirigir el organismo público - recuérdese que el directivo no es sino el “alter ego” o cerebro del ente en cuestión - cuando se presente un conflicto de intereses entre ambos empleadores.

³² Siempre a cambio de una contraprestación económica adecuada, pudiendo el trabajador rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación (art. 21.3 ET).

³³ Cfr. SSTs de 30 mayo 1984 (RJ 3095), cdo. 1º y de 21 enero 1991 (RJ 65), f. d. 2º.

³⁴ Vid. BORRAJO DACRUZ, E., “El personal de alta dirección en la empresa”, cit., pág. 172.

³⁵ Como denota la previsión de un derecho de desistimiento que autoriza a desistir del vínculo laboral ante la quiebra del mismo (art. 11 RD 1382/1985). Vid. VALLS, A. y SERRANO R., Manual... cit., pág. 32.

³⁶ Cfr. IGLESIAS CABERO, M., Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto), Civitas (Madrid, 1991), pág. 108.

Bien es cierto que el riesgo comentado se reduce ostensiblemente cuando las funciones desempeñadas por el aparente “alto directivo” no trascienden el mero desempeño de labores técnicas o administrativas, como sucede en el caso enjuiciado por la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 4 junio 2013³⁷. No obstante, la falta de concurrencia de los presupuestos funcionales descritos impide hablar con propiedad de alto directivo. Se trata de una relación laboral común encubierta bajo la máscara de una relación laboral de carácter especial que deja a su titular indefenso ante el riesgo de imposición de unas condiciones desfavorables por parte del empleador. En tales casos no existe conflicto de intereses dado que la dirección del organismo no se halla comprometida.

4. CONCLUSIÓN.

La suscripción de contratos de alta dirección por parte de las Administraciones Públicas al amparo de la remisión realizada por el art. 13 EBEP para la cobertura de puestos de trabajo de contenido preponderantemente técnico o administrativo se revela como una práctica digna de censura, toda vez que incrementa el riesgo de imposición de condiciones laborales desventajosas para el trabajador, al tiempo que genera graves conflictos de intereses que ponen en duda la imparcialidad de las Administraciones Públicas en la consecución de los fines de interés general que les son propios. Para evitarlo se propone, en primer lugar, la restricción de dicha calificación a las relaciones laborales en las que efectivamente concurren los presupuestos funcionales característicos del alto directivo (art. 1.2 RD 1381/1985). En segundo lugar, se recomienda restringir la prestación de servicios por cuenta propia o ajena por parte del personal directivo al servicio de las Administraciones Públicas, para evitar que su labor pueda verse afectada por intereses particulares que en modo alguno deben primar sobre el servicio al ciudadano.

5. BIBLIOGRAFÍA.

BORRAJO DACRUZ, E., “El personal de alta dirección en la empresa”, *REDT*, nº 22, 1985.

BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 78, 1993.

IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)*, Civitas (Madrid, 1991).

³⁷ Cit., f. d. único.

LUJÁN ALCARAZ, J. “Aproximación jurisprudencial al concepto de alto cargo laboral”, *AS*, nº 24, 2002.

PRADAS MONTILLA, R., “La relación laboral especial del personal de alta dirección”, *ACARL*, diciembre, 1985.

RIVERO LAMAS, J., “El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 6-7, 1995.

VALLS, A. y SERRANO, R., *Manual del personal de alta dirección*, Aranzadi (Cizur Menor, 2012).

**LA EFICACIA EN EL FOMENTO DE
LA INVESTIGACIÓN DEL CONTRATO
PREDOCTORAL Y LAS AYUDAS A
LA FORMACIÓN DE DOCTORES Y
PROFESORADO UNIVERSITARIO**

Lara Nogueira Ferreiro Doctoranda.
Becaria FPU del Ministerio de Educación
Departamento de Derecho del Trabajo de la
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. EL FOMENTO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA POR LA VÍA CONTRATO PREDOCTORAL.**
- 3. LAS CONVOCATORIAS DE AYUDAS A LA FORMACIÓN DE DOCTORES Y PROFESORADO UNIVERSITARIO: ASPECTOS QUE APOYAN O LIMITAN LA CAPTACIÓN DE BUENOS CIENTÍFICOS Y LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**
- 4. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN.

La Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación (LCTI), nace con el claro objetivo, reflejado en su Título preliminar, de fomentar la investigación científica y técnica, el desarrollo experimental y la innovación “como elementos sobre los que ha de asentarse el desarrollo económico sostenible y el bienestar social”¹. Con ella, nuestro país se suma a una de las prioridades políticas de la Unión Europea en los últimos años que apuesta por el aumento del gasto en este sector, cuyo auge impulsa la mejora y competitividad de los países miembros².

El preámbulo de la LCTI considera que la generación de conocimiento en todos los ámbitos, su difusión y su aplicación para la obtención de un beneficio social o económico son actividades esenciales para el progreso de nuestra sociedad. De este modo, la inversión en investigación es una de las claves para que el país se recupere de la crisis en la que está inmerso. Desde un pensamiento lógico, los puestos de trabajo se generan por la creación de empresas, y nacen porque pueden dar respuesta a las necesidades de potenciales clientes ofreciéndoles un producto o servicio diferenciado creado gracias a la investigación. La dedicación de nuestros recursos en I+D+i es la vía adecuada para que se pueda competir con países emergentes, o los ya consolidados, mediante productos, procesos o servicios que solo nosotros podamos brindar.

El estímulo de la actividad investigadora se puede dirigir hacia dos puntos: el primero, los organismos que desarrollan una actividad innovadora y, el segundo, los medios humanos que permiten llevar a cabo esta clase de tareas. En ambos aspectos incide una de las principales novedades de la norma, la regulación de tres modelos contractuales creados exclusivamente para aumentar las contrataciones laborales en este campo haciendo más atractiva la carrera profesional de los oficios relacionados con la investigación. El fin último es captar y retener a los mejores científicos que sitúen a España la cabeza del sector. Los contratos establecidos son el predoctoral, el de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI) y el de investigador distinguido³.

¹ Art. 1 LCTI.

² Este objetivo se ha plasmado en la estrategia Europa 2020, cuyo texto completo se encuentra disponible en la página http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm.

³ Arts. 21, 22 y 23 LCTI, respectivamente. A todas estas modalidades contractuales le son aplicables las disposiciones contenidas en la citada Ley y sus normas de desarrollo. Para aquello que no venga reflejado en estas, se aplica lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) y en sus normas de desarrollo. A su vez, en función de la entidad en que se preste servicios, también puede ser de aplicación la Ley 7/2007, de 12 abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y la Ley Orgánica 6/2001, de 21 diciembre de Universidades (LOU).

Este estudio se centra en el contrato predoctoral, la primera etapa formal de la carrera investigadora, mediante el cual se accede, como personal investigador en etapa de formación, a los diferentes organismos que realicen actividades de investigación y desarrollo tecnológico. De este modo, se tienen en cuenta tanto la regulación jurídica establecida en la LCTI como lo dispuesto por las convocatorias estatales de ayudas para la formación de profesorado universitario para el año 2013⁴ y, las ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores de los años 2013 y 2014⁵, por ser estas las vías tradicionales de inclusión de los titulados superiores en I+D+i. Con ello, se pretende dilucidar si en la práctica se cumple con el espíritu de la citada norma o si, por el contrario, existen todavía aspectos que obstaculizan que excelentes científicos elijan la investigación como inicio de su carrera profesional.

2. EL FOMENTO DE LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA POR LA VÍA CONTRATO PREDOCTORAL.

Durante mucho tiempo, la figura del investigador en etapa formativa ha estado desprovista de regulación jurídica, siendo potestad de las Universidades, u otros organismos de investigación en las que estos se integraban, la fijación de sus condiciones de acceso y prestación de servicios. Habitualmente, el vínculo se concebía bajo la apariencia de beca, negando la existencia de relación laboral por parte de las instituciones otorgantes. Esta etapa se caracterizaba por un alto grado de precariedad puesto que sus integrantes carecían de la mínima protección social. Con los años, en atención a las exigencias del colectivo, se emprendió un proceso de dignificación y laboralización del que informan dos normas: 1) el Real Decreto 1326/2003, de 24 octubre, por el que se establecía el Estatuto del becario de investigación, que confirmaba la naturaleza jurídica de beca para todo el periodo; y 2), el Real Decreto 63/2006, de 27 enero, que promulgaba el Estatuto del personal investigador en formación (EPIF) adoptando un modelo mixto de beca durante los dos primeros años de la carrera y de contrato en prácticas los dos siguientes.

⁴ Vid. Resolución de 18 noviembre 2013, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan diversas ayudas para la formación de profesorado universitario de los subprogramas de Formación y de Movilidad dentro del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 en I+D+i (BOE n. 279, de 21 noviembre 2013, pp. 92894 a 92940).

⁵ Desarrolladas en Resolución de 9 agosto 2013, de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se aprueba la convocatoria, correspondiente al año 2013, de diversas actuaciones contempladas en el Subprograma Estatal de Formación y en el Subprograma Estatal de Movilidad, del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (BOE n. 194, de 14 agosto 2013, pp. 59783 a 59815) y Resolución de 4 septiembre 2014, de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se aprueba la convocatoria, correspondiente al año 2014, de las ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores contemplada en el Subprograma Estatal de Formación del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016 (BOE n. 218, de 8 septiembre 2014, pp. 69989 a 70010).

Durante el tiempo de beca, ambas normativas contemplaban la asimilación de este grupo a los trabajadores por cuenta ajena, quedando así protegidos en la mayoría de contingencias posibles⁶, y mejorando la situación de la que disfrutaban hasta entonces.

Pero las pretensiones de los investigadores en formación no se alcanzan hasta que se promulga la LCTI, por la cual se obliga a la contratación laboral de este colectivo⁷. Con ello, se suprime uno de los principales motivos que obstaculizaban la captación de talentos, como es el escaso reconocimiento de su labor científica en la primera etapa de la carrera investigadora. Asimismo, este cambio reafirma la noción de que primar la finalidad formativa para justificar un periodo de beca no es correcto, de acuerdo con las indicaciones reflejadas en la Carta Europea del investigador y el Código de conducta para la contratación de investigadores de 11 de marzo de 2005⁸. Cabe tener en cuenta que la elaboración de una tesis (medio por el cual se obtiene el título de Doctor) no es un trabajo menor, sino que se trata, desde su comienzo, de una profunda investigación del tema elegido. Por otra parte, es cierto que para algunos de los que emprenden este camino se trata de un primer contacto con el sector de la investigación,

⁶ Se trata, en todo caso, de una inclusión parcial. Ciertos beneficios, como puede ser la prestación por desempleo, no van a ser nunca de aplicación a los becarios de investigación, siendo necesaria la firma de un contrato de trabajo para que se entiendan protegidos por esta contingencia. Al respecto, véanse entre otras, las obras de AGUILERA IZQUIERDO, R., “El Estatuto del becario de investigación”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n. 121, 2004; GARCÍA NINET, J.I., “Sobre el presunto Estatuto del becario de investigación”, *Tribuna Social*, n. 155, 2003, pp. 5-10; GARCÍA VALVERDE, M., “Naturaleza de la relación que une al “supuesto becario” con la universidad”, *Aranzadi Social*, n. 12, 2005; HIERRO HIERRO, F. J., “Acerca de la protección social dispensada al becario de investigación por el RD 1326/2003, de 24 de octubre”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 22, 2004 y LUJÁN ALCARAZ, J., “A propósito del “Estatuto del becario de investigación”, *Aranzadi Social*, n. 1, 2004, pp. 23-34. No obstante, el Real Decreto 1493/2011, de 24 octubre, por el que se regulan los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, en desarrollo de lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, y el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, han previsto la posibilidad de que aquellos que hayan participado en programas de formación, sin haber recibido ninguna cobertura en materia de Seguridad Social, puedan recuperar, en parte, los periodos de cotización sin aportación. Sobre ello profundizan CARRIZOSA PRIETO, E., “La protección social del personal docente e investigador en formación: el Convenio especial de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, vol. 5, n. 5, 2012, pp. 161-180; MORENO GENÉ, J., “La cotización de los antiguos becarios tras el Real Decreto-ley 5/2013”, comunicación presentada a las XXXII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES “Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil”, en Granada, 21 y 22 noviembre 2013.

⁷ Con anterioridad existían diferentes convocatorias de ayudas para la formación de investigadores que utilizaban la contratación laboral durante todo el proceso, sin embargo, no se trataba de la regla general hasta la entrada en vigor de la LCTI. Además, la citada obligación no afecta solamente a entes públicos, sino que cualquier entidad a la que sea adscrito personal de investigación (investigadores o personal técnico) perteneciente a un programa de ayuda por el que realicen tareas investigadoras en régimen de prestación de servicios están obligadas a establecer su contratación laboral. Los modelos contractuales legitimados dependerán del organismo de adscripción y, en caso de no permitirse la utilización de los regulados en la LCTI, podrán emplear aquellos establecidos en el ET. Véase, disp. adic. 28ª de la LCTI.

⁸ 2005/251/CE. Se recomienda la contratación desde la aceptación en el programa de doctorado, punto de inicio de la carrera investigadora.

pero a pesar de esto, su periodo de formación no debe exceder de unos pocos meses, toda vez que el doctorando ya posee una titulación superior y unos conocimientos mínimos en el área de estudio. De lo contrario, si se entendiese que la mayor parte del tiempo, durante los cuatro años habitualmente utilizados para desarrollar la tesis, el investigador se está formando, la culminación de esta no sería posible, puesto que la necesidad de tan dilatada formación indicaría una gran falta de preparación que le imposibilitaría llevar a cabo la investigación objeto del programa de doctorado. Además, el cambio de titulaciones al que se viene sometiendo nuestro sistema educativo, concretamente la implantación del plan Bolonia y la instauración de los Grados universitarios, implica ya una primera toma de contacto con el campo de la investigación, puesto que, para obtener el título de Graduado y de Máster es necesario presentar un trabajo fin de Grado de inexcusable carácter innovador, lo que reduce al mínimo las necesidades formativas del sujeto que ya ha obtenido estas credenciales.

La contratación laboral puede llevarse a cabo utilizando el contrato predoctoral o cualquier otro modelo contractual establecido en el ET, en función de las características de las entidades. El contrato predoctoral ha sido ideado específicamente para el investigador en etapa formativa, en atención a sus especiales características. Por lo tanto, culmina el proceso de laboralización, pero no así el de dignificación de este grupo de trabajadores, puesto que, como veremos a lo largo del estudio, las condiciones profesionales de estos no son siempre las más deseables.

Cabe ahora definir los sujetos que pueden suscribir este tipo de contrato. De la parte del trabajador, pueden suscribirlo aquellos que, en primer lugar, ostenten el título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Graduado universitario o Máster universitario y, en segundo lugar, hayan sido admitidos en un programa de doctorado. Su ocupación atañe la realización de tareas de investigación en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, finalidad del contrato predoctoral⁹. Por lo tanto, y aunque la norma no lo especifique, este proyecto al que se ha de dedicar el contratado es, lógicamente, la tesis doctoral, la cual una vez elaborada, defendida y aprobada permite la obtención del título de Doctor. De otro lado, la parte contratante se limita a los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado, organismos de investigación de otras Administraciones Públicas y a Universidades públicas cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador, o, para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i¹⁰. No obstante, esta breve enumeración de entidades empleadoras legitimadas para la firma del contrato predoctoral se amplía considerablemente mediante la disposición adicional primera de la Ley, incluyendo a las Universidades

⁹ Art. 21-a) LCTI.

¹⁰ Art. 20.2 LCTI.

privadas y de la Iglesia Católica¹¹ receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador; los consorcios públicos y fundaciones del sector público participadas por el Estado, cuyo fin u objeto social comprenda la ejecución directa de actividades de investigación científica y técnica o de prestación de servicios tecnológicos o, aquellas otras de carácter complementario necesarias para el adecuado progreso científico y tecnológico de la sociedad. Estas actividades deben formar parte de los Programas de desarrollo del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica o del Plan Estatal de Innovación; y, otros Organismos de investigación de la Administración General del Estado diferentes de los Organismos Públicos de Investigación cuando realicen actividad investigadora y sean beneficiarios de ayudas o subvenciones públicas que incluyan en su objeto la contratación de personal investigador. Además, los centros pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, y los vinculados o concertados con él, que desempeñen cierta actividad investigadora, pueden contratar de este modo a su personal, considerándose por ello personal investigador¹².

Como se puede observar, los entes públicos ocupan una posición transcendental, puesto que a ellos, como empleadores, está dirigida principalmente esta modalidad contractual, y porque, además, suelen ser los órganos competentes para otorgar los fondos o ayudas que legitiman el uso del contrato predoctoral a otra clase de entidades. Ciertamente, en las Universidades públicas y otros organismos públicos de investigación es donde se desarrollan las tesis doctorales y, por lo tanto, donde se concentra el núcleo principal de las actividades investigadoras desarrolladas en el país¹³. A pesar de ello, resulta criticable apartar a otras entidades con ánimo de lucro o a las empresas privadas del uso de este tipo contractual. Estos organismos también realizan una importante tarea investigadora y son, en múltiples ocasiones, protagonistas de descubrimientos y adelantos tecnológicos que pueden situar a España en un puesto aventajado respecto de su producción innovadora. De hecho, el preámbulo de la LCTI promueve que la innovación se incorpore definitivamente como una actividad sistemática de toda empresa, sin importar su sector, y requiere la colaboración de estas, incluso mediante aportaciones económicas. Concretamente, la norma destaca “el protagonismo de las empresas en el ámbito del desarrollo tecnológico y la innovación” por ser estas fundamentales “para transformar la actividad de investigación científica y técnica en mejoras de la productividad española y de la calidad de vida de los ciudadanos”. Los recursos empresariales son en ocasiones superiores a los de los entes públicos, por ello el fomento de las actividades investigadoras en este sector es esencial. En base a esto, el permitir el uso del contrato predoctoral en la empresa privada es un modo de aumentar su

¹¹ La diferenciación específica entre Universidad privada y de la Iglesia Católica no es necesaria, toda vez que la LOU somete la segunda al régimen propio de la primera. Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Las Universidades privadas en la Ley de la ciencia”, Ciencia, tecnología e innovación. Nuevo régimen jurídico (Granada, 2013), Ed. Comares, p. 161.

¹² Disp. adic. 4ª LCTI.

¹³ MORENO GENÉ, J., “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, vol. 5, n. 3, 2012, p. 11 (versión web Aranzadi).

potencial innovador, facilitando también que estas puedan ser beneficiarias de las ayudas que subvencionan este tipo de contratos. La necesidad de que el contratado bajo esta modalidad sea admitido en un programa de doctorado no debe ser una limitación a lo anterior. Esto permite la cooperación entre los diferentes agentes que conforman el SECTI si se consintiera la realización de actividades investigadoras en el ente privado conjuntamente con un programa de doctorado a cursar, por ejemplo, en una Universidad pública¹⁴, de igual manera que en titulaciones inferiores se facilita la realización de prácticas externas al organismo que imparte docencia. Además, nada impide establecer un contrato predoctoral entre empresa privada e investigador en formación coetáneo a la admisión del mismo en un programa de doctorado de cualquier Universidad. Todo ello, sin perjuicio de que se apliquen en estas entidades las medidas de control necesarias que garanticen la correcta gestión de este tipo de contratos y, más intensamente, de las ayudas de las que sean beneficiarios¹⁵.

Por otro lado, este contrato ha de ser celebrado por escrito¹⁶ y a jornada completa, entre el personal investigador predoctoral en formación, en su condición de trabajador, y la Universidad pública u organismo de investigación titular de la unidad investigadora, en su condición de empleador. Este se debe acompañar del escrito de admisión al programa de doctorado expedido por la unidad responsable de dicho programa, o por la escuela de doctorado o posgrado, en su caso. Su duración es de un año, prorrogable por periodos anuales previo informe favorable de la comisión académica del programa de doctorado o de la escuela de doctorado. En ningún caso el trabajador puede estar contratado mediante esta modalidad durante más de cuatro años, en la misma o distinta entidad, salvo que este sea discapacitado y las características de la actividad investigadora y el grado de sus limitaciones en la actividad hagan necesario su postergación hasta los seis años, incluyendo las prórrogas¹⁷. A este respecto, cabe destacar que se percibe una exagerada temporalidad del contrato predoctoral. Por supuesto, la finalidad del mismo implica necesariamente que este modelo contractual sea temporal, ya

¹⁴ Entiéndase, también en las menciones posteriores, referido a cualquier organismo habilitado para impartir un programa de doctorado.

¹⁵ Asimismo, esta relación simultánea entre trabajador, empresa privada y Administración Pública se permite y favorece en la norma para la movilidad de los investigadores pertenecientes a los organismos públicos. Véase, art. 17 LCTI.

¹⁶ De nuevo, se trata de una previsión innecesaria. El art. 8.2 del ET, de aplicación supletoria en estos casos, ya establece la forma escrita para todos los contratos temporales superiores a cuatro semanas, pues de lo contrario se entiende celebrado de forma indefinida a tiempo completo.

¹⁷ Art. 21, letras b) y c). A propósito de las prórrogas del contrato predoctoral, MORENO GENÉ, J., "El contrato predoctoral..." cit., p. 16, considera aplicable la prórroga automática fijada por el art. 49.1-c) del ET, cuando no existe denuncia por ninguna de las partes y el trabajador sigue prestando servicios. Sin embargo, la aplicación supletoria implica que la norma principal no regule el aspecto en cuestión y, en este caso, el procedimiento para prorrogar el contrato sí está establecido. De esta manera, en caso de no existir denuncia pero tampoco informe favorable, se incumple uno de los requisitos que permiten prorrogar la relación laboral y, en mi opinión, la misma se ha de dar por finalizada. En el mismo sentido, SERRANO ARGÜELLO, N., "Los contratos laborales del personal investigador", Ciencia, tecnología e innovación. Nuevo régimen jurídico (Granada, 2013), Ed. Comares, p. 96.

que no puede prolongarse más allá del tiempo necesario para la elaboración de la tesis. Pero, la necesidad de un informe favorable anual para proceder a la prórroga vislumbra el propósito de fiscalizar la correcta utilización del mismo, sobre todo en aquellos casos en que se recibe una ayuda para su implantación. En algún tipo de actividades investigadoras el avance que se percibe año tras año es escaso, y tener que probarlo anualmente puede ser una tarea ardua que derive en cierta inseguridad para el trabajador e, incluso, para el empleador. De esta manera, quizás sea suficiente la emisión de un informe cada dos años, como se realizaba hasta el momento, para justificar las ayudas a la formación de investigadores. Por otro lado, en caso de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad se suspende el cómputo de la duración del contrato. Asimismo, su finalización puede darse: por expiración del año de duración en caso de informe desfavorable de la comisión académica del programa de doctorado o de la escuela de doctorado, por haber obtenido el título de doctor¹⁸ o por haberse cumplido la duración máxima de cuatro o seis años, independientemente de que se haya concluido o no el doctorado.

La retribución de estos trabajadores no puede ser inferior al cincuenta y seis por ciento del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al sesenta por ciento durante el tercer año y, al setenta y cinco por ciento, durante el cuarto año. Tampoco puede ser nunca inferior al salario mínimo interprofesional (SMI) que se establezca anualmente¹⁹.

El primer problema que se nos plantea es establecer cuál es la categoría equivalente al investigador predoctoral en formación. Cabe pensar que, a estos efectos, se ha de tener en cuenta el salario de un investigador Doctor, puesto que a esa categoría se dirige la carrera del predoctoral y por cuya situación (no poseer el título de Doctor) ya se realiza un descuento en estas retribuciones, sin necesidad de acudir a un salario menor. En segundo lugar, la cantidad retributiva no parece suficiente para fomentar la captación de talento, aunque quizá sí lo sea en un primer momento para animar a los empleadores a utilizarlo debido a su menor coste salarial, y así fomentar inicialmente la actividad investigadora. A pesar de ello, si la parte contratante no es capaz de atraer y retener con ese salario al investigador excelente, difícilmente puede despuntar en el terreno investigado, y al final, el gasto que ocasiona el trasvase de un trabajador a otro de manera continua es mayor.

¹⁸ En contra, MORENO GENÉ, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos, n. 340, 2011, p. 96, que determina que, “al estar configurado como un contrato a término”, la obtención del doctorado “no debe suponer automáticamente la extinción del contrato predoctoral”, finalizando este cuando “finalice la duración prevista en el contrato inicial o en sus prórrogas”. A pesar de esto, las ayudas que fomentan este modelo contractual establecen la finalización del mismo tan pronto como se obtenga el título de Doctor.

¹⁹ Art. 21-d) LCTI. Tampoco era necesaria esta afirmación, ya que un contrato a tiempo completo nunca podrá ser retribuido por debajo del SMI al amparo del artículo 27 del ET.

Cabe considerar que este contrato es el peor remunerado de todos los existentes, al menos en sus dos primeros años, es decir, cualquier otro modelo contractual genera más beneficios al trabajador que el aquí estudiado.

Con todo, el efecto más favorable de la contratación laboral del investigador predoctoral en formación es su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena. Desde la firma del contrato, este colectivo goza de una protección social total, incluida la contingencia de desempleo, por la cual se cotizaba tan solo los dos años de vigencia del contrato en prácticas. Ahora bien, la eficacia de este cambio depende de la base de cotización aplicada al empleado en función del salario que finalmente le sea asignado. De otro lado, las entidades que deciden utilizar este tipo de contratación se benefician de una reducción del treinta por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa a este colectivo²⁰, sin embargo, la medida se encuentra actualmente en suspenso por el Real Decreto 20/2012, de 13 julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Por último, cabe destacar que el desarrollo del régimen del investigador en formación debe realizarlo el Gobierno mediante un nuevo Estatuto del personal investigador en formación, en un plazo de dos años desde la entrada en vigor del citado contrato²¹. Teniendo en cuenta que su vigencia comenzó el día 2 de julio de 2012 (al año de la publicación de la LCTI en el BOE), el plazo ha vencido el 2 de julio de 2014, sin que se haya cumplido con la previsión normativa. Por el momento, estos nuevos contratos se rigen, en lo que no disponga la LCTI, por lo especificado en el ET.

3. LAS CONVOCATORIAS DE AYUDAS A LA FORMACIÓN DE DOCTORES Y PROFESORADO UNIVERSITARIO: ASPECTOS QUE APOYAN O LIMITAN LA CAPTACIÓN DE BUENOS CIENTÍFICOS Y LA PROMOCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Tras la entrada en vigor de la normativa comentada, se han publicado en nuestro país, junto con otras más específicas, tres convocatorias que sufragan los gastos salariales y de Seguridad Social ocasionados por la suscripción de un contrato predoctoral. Su finalidad es promover la formación en programas de doctorado de solvencia formativa e investigadora de quienes deseen orientar su actividad profesional hacia la docencia universitaria y/o a la investigación. Ambas convocatorias son, tradicionalmente, muy semejantes. La diferencia más notable,

²⁰ Disp. Adic. 18ª LCTI.

²¹ Disp. Adic. 2ª LCTI.

al margen del órgano que las convoca (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte y Ministerio de Economía y Competitividad), es que la convocatoria para formar a doctorandos establece una relación de proyectos a la que los solicitantes se han de adscribir, escogiendo el que desean llevar a cabo. En cambio, las ayudas de formación al profesorado universitario se distribuyen en función del área de conocimiento, dentro del cual el beneficiario puede elegir el tema al que dedicarse. Durante un tiempo, las nuevas ayudas van a convivir con las antiguas convocatorias de la misma finalidad pero que conjugaban dos años de beca con dos de contrato en prácticas, sin que la primitiva modalidad haya de ser adaptada en ninguno de sus aspectos²².

La puesta en práctica de las especificaciones fijadas en la normativa de referencia se hace de la siguiente manera:

1) La primera convocatoria de formación del profesorado universitario (FPU) que obliga a suscribir los nuevos contratos predoctorales ofrece, en un principio, 800 ayudas, de las que hasta un dos por ciento se reservan a estudiantes con una discapacidad igual o superior al cincuenta por ciento, y, un máximo de treinta pueden ser concedidas a ciudadanos extranjeros no comunitarios en situación de residencia en España. La convocatoria de formación de doctores (FD) dispone para el 2013 la cantidad de 940 ayudas y, para el 2014, un total de 910, de las que diez se reservan para la contratación de personas con una discapacidad igual o superior al cincuenta por ciento. El número de subvenciones en relación al de solicitantes confirma que se trata de una cifra mínima, que no permite beneficiar ni al diez por ciento de aquellos potenciales investigadores que la requieren. De una primera valoración cabe deducir que el interés por la investigación es muy alto, en atención a la cantidad de personas que han concurrido a la convocatoria. Si bien es cierto que, en la época de crisis que vivimos, el hecho de que más de diez mil personas se presenten a un puesto de trabajo de jornada completa, salario superior al mínimo y de una duración estimada de cuatro años, hace recapacitar acerca de si la verdadera vocación de todos los aspirantes es la investigación o, tal vez, es simplemente el hecho de obtener un trabajo. Por otra parte, en relación a la captación de los mejores científicos, en caso de suponer que el proceso de selección es el correcto, cabe aventurar que ante la gran afluencia de solicitantes se ha escogido a los mejores, pero también se puede considerar que muchos de los buenos se han quedado fuera, ya que las ayudas concedidas son, indudablemente, menos de las que se necesitan.

2) La ayuda cubre la retribución a abonar al beneficiario de la misma, el coste de las aportaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social y el coste de la matrícula en el programa de doctorado. Se confinan aquí varios mecanismos de fomento de la actividad investigadora: de un lado, para el beneficiario, que además de percibir un salario se le sufragan los costes de la matrícula de la etapa doctoral;

²² Disp. Trans. 4ª LCTI.

de otro lado, para la entidad en la que se adscriba el beneficiario, cuyos gastos laborales se costean completamente por la ayuda obtenida.

3) La duración máxima de este tipo de ayudas es de cuarenta y ocho meses, o setenta y dos en caso de discapacitados, descontado de esta los periodos que el beneficiario haya disfrutado de otras becas con anterioridad o ayudas dirigidas a la formación doctoral. Por lo tanto, se sufraga el periodo máximo de un contrato predoctoral, lo que, como ya se ha dicho, favorece la aceptación de los beneficiarios por parte de las entidades de adscripción, ya que estos no suponen para ellas coste alguno. Asimismo, se respeta la duración del contrato establecida por la LCTI, pero además, se fija una duración mínima de la subvención de veinticuatro meses, lo que en la práctica puede acarrear problemas, tanto en caso de no obtener informe favorable en la primera de las prórrogas necesarias, con lo que el contrato habría estado vigente tan solo doce meses; como en aquellas situaciones en las que el beneficiario, por haber disfrutado de una ayuda con la misma finalidad con anterioridad, le resten menos de esas veinticuatro mensualidades para finalizar el periodo máximo, por lo que cabe suponer que se le denegará el beneficio.

4) Las tareas a las que el doctorando se ha de dedicar durante la vigencia del contrato son: la realización de la tesis doctoral, la participación en proyectos de investigación en los que esté incorporado y a un máximo de sesenta horas anuales de tareas docentes en caso de prestar servicios en una universidad. Cabe destacar que la LCTI ha evitado mención alguna al tiempo dedicado por estos investigadores a la docencia, cuando sí lo establece para el contrato de acceso al SECTI. La intención puede haber sido centrar este periodo en el desarrollo de la tesis, sin cargar al doctorando de tareas docentes. Sin embargo, las convocatorias surgidas con posterioridad posibilitan, como lo hacían en el régimen anterior, la asunción de carga docente por este colectivo²³.

5) La retribución para las FPU del 2013 es de 1.025 euros mensuales los dos primeros años de contrato y de 1.173 el tercer y cuarto año, incrementándose en dos pagas extraordinarias anuales. La misma se ha calculado conforme los porcentajes fijados por la LCTI y en base a la categoría de Ayudante, regulada en el artículo 49 de la LOU, en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril. Además, en esta ocasión, las cuantías resultantes se han incrementado, de forma que la retribución bruta anual es equivalente a la fijada en la convocatoria 2012 de ayudas para becas y contratos de formación de profesorado universitario. Cualquier incremento o reducción en estas ayudas que se produzca con posterioridad se aplicará a todos los contratos suscritos. Asimismo, estas cantidades pueden ser incrementadas con cargo a la entidad contratante. Para el caso de las FD la cuantía

²³ MORENO GENÉ, J., "El contrato predoctoral..." cit., p. 16, considera que "a priori parece admisible que se prevea la posibilidad de que los investigadores en formación puedan colaborar en tareas docentes" ya que esta etapa le ha de servir para incorporarse a la carrera investigadora y a la carrera docente. Pese a ello, el autor opina que la LCTI ha debido establecer la finalidad formativa de esta tarea y un máximo de carga docente que le permita cumplir plenamente con el objetivo primordial de elaboración de la tesis.

bruta anual a percibir por los beneficiarios de los años 2013 y 2014 es de 16.422 euros brutos, lo que supone un pequeño incremento respecto a las FPU. Sin embargo, ninguna de estas cuantías hace más atractiva la carrera investigadora, como así pretende la LCTI, ya que estas se posicionan, en la mayoría de los casos, bajo la barrera del micleurismo. Incluso son cantidades inferiores a las que se obtienen en situación de beca, periodo en el cual la exención de impuestos y la cuota mínima a pagar a la Seguridad Social permiten una reducción inapreciable de la cantidad bruta asignada. Por ello, teniendo en cuenta que estamos ante trabajadores altamente cualificados, se trata de un salario irrisorio por el que cabe prever provocará su fuga hacia otros puestos de mejores condiciones y mayores expectativas laborales.

6) La suspensión del contrato supone, para estas ayudas, una ampliación del periodo contractual, lo que no sucedía en épocas anteriores, puesto que esta se supeditaba a la posibilidad de que existiera un excedente en los presupuestos que fijaban las ayudas. En la actualidad, las entidades de adscripción son las obligadas al pago del salario y cotización durante el tiempo en que el contrato permanezca en suspenso. Con esta medida la protección del investigador se ve claramente reforzada.

7) Otro aspecto determinante para tomar la decisión de iniciarse en el campo de la investigación es la expectativa de un futuro profesional. Sobre ello no existe regulación, ni en la LCTI ni en las convocatorias de ayudas. De esta manera, una vez finalizado el contrato predoctoral, el investigador Doctor tendrá que concurrir de nuevo a otro tipo de ayudas o concurso de méritos que le permitan suscribir un contrato de acceso al SECTI para continuar en la investigación dentro del sector público. La crisis y otros factores han provocado que en las Universidades ya no sea común el paso directo del periodo de doctoramiento a un contrato con la universidad (como el de Ayudante o Ayudante Doctor) y, por lo tanto, la carrera investigadora en estas instituciones se vuelve cada vez más compleja, larga y exigente. De otro lado, si lo que el investigador desea es acceder al sector privado, ha de concurrir a las pruebas selectivas que se estimen pertinentes, con la ventaja de haber obtenido el título de Doctor pero con la desventaja, en muchos casos, de no haber tenido contacto con el mundo empresarial durante cuatro años. Para evitar esto, las FD 2014 apoyan la prolongación de la carrera científica premiando a aquellos beneficiarios que defiendan y aprueben su tesis en los tres primeros años de la ayuda. El estímulo consiste en la contratación de estos ya como Doctores durante un año, percibiendo un salario mayor al que reciben durante el doctorado. La medida no es suficiente, pero se trata de un primer paso para robustecer la carrera investigadora, al menos de aquellos que manifiestan una significativa dedicación a su tesis doctoral. El lado negativo es que esto puede implicar discriminar a investigadores de temas que requieran un periodo amplio de tiempo para completar unos buenos resultados.

3- CONCLUSIONES

Las condiciones establecidas tanto por la regulación del contrato predoctoral como por las convocatorias de ayudas que subvencionan contratos de esta modalidad hacen un poco más atractiva la salida profesional hacia la investigación, siendo esta una herramienta eficaz para paliar el desempleo que sufre nuestro país. Sin embargo, la solución no es completa, puesto que existen aspectos que no mejoran, a pesar de haber dejado atrás las precarias becas formativas. Así, se sigue apostando por una contratación temporal, que si bien tiene lógica por ser esta una etapa formativa que no puede subsistir en el tiempo, se podría apostar por una continuación más estable en la carrera investigadora. Pero, en la realidad, una vez alcanzado el grado de Doctor, los investigadores siguen luchando por contratos temporales unidos a proyectos de los que no se tiene la certeza que vayan a ser ofertados año tras año. Además, la salida profesional de un Doctor se ve, en muchos casos, limitada a las Universidades, puesto que, durante la etapa formativa del doctorado no se favorece la colaboración con la realidad empresarial, lo que podría darle la clave para, en un futuro, acceder a un puesto en el mercado laboral privado.

Por otra parte, la retribución establecida tampoco puede competir con la que el potencial solicitante podría encontrar en otro puesto, incluso de menor cualificación y responsabilidad y, mucho menos, con los que se podría encontrar en el extranjero. De esta forma, la captación de los mejores seguirá dependiendo de una parte vocacional, que haga decidirse a estos talentos por lo que les gusta renunciando a lo que les aporte una mayor retribución económica con, seguramente, mucho menos esfuerzo. Asimismo, en relación a las ayudas convocadas, probablemente no sean suficientes ni con una remuneración adecuada para tener un efecto notable en el fomento de la investigación. Además, a esto se le suma que en los últimos años, a causa de la crisis, estas no han sido publicadas periódicamente como se venía haciendo (por ejemplo, durante los años 2011 y 2014 no han existido ayudas FPU) y el proceso de concesión se ha demorado hasta el punto de resolverse en el año siguiente a su aprobación, uniéndose así con la que debía ser la siguiente convocatoria.

**LA DURACIÓN DEL CONTRATO PARA
OBRA O SERVICIO DETERMINADOS EN
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
TRAS LA LEY DE RACIONALIZACIÓN DEL
SECTOR PÚBLICO: UN VIAJE DE IDA Y
VUELTA**

Josep Moreno Gené
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Lleida

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA LIMITADA APLICACIÓN DE LA DURACIÓN MÁXIMA DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
 - 2.1. La limitación de la duración del contrato para obra o servicio determinados y los efectos de su incumplimiento**
 - 2.2. Los limitados efectos del incumplimiento de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados en las Administraciones Públicas**
 - 2.3. La no aplicación de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años**
 - 2.3.1. Los contratos para obra o servicio determinados vinculados a proyectos de investigación que excedan de tres años*
 - 2.3.2. Los contratos para obra o servicio determinados vinculados a proyectos de inversión que excedan de tres años*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010), recogió todo un paquete de medidas dirigidas a crear empleo y reducir el desempleo. De todas estas medidas cabe destacar aquellas que se encontraban relacionadas con la voluntad de reducir la dualidad del mercado laboral y, en particular, de restringir el recurso a la contratación temporal¹. En particular, en palabras del Preámbulo de la Ley 35/2010, esta norma incorporaba en este ámbito “un conjunto coherente y equilibrado de medidas” que perseguían, por un lado, restringir el uso injustificado de la contratación temporal y, por otro, favorecer una utilización más extensa de la contratación indefinida. En particular, respecto a las medidas dirigidas a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación, la Ley 35/2010 incorporó las tres siguientes: a) las medidas dirigidas a establecer un límite temporal máximo en los contratos para obra o servicio determinado, límite a partir del cual ha de considerarse que las tareas contratadas tienen naturaleza permanente y han de ser objeto de una contratación indefinida; b) las medidas que introducen algunos ajustes en la regla instaurada en 2006 para evitar el encadenamiento sucesivo de contratos temporales, a fin de hacerla más eficiente y, finalmente, c) las medidas consistentes en incrementar la indemnización por finalización de determinados contratos temporales².

La primera de estas medidas, es decir, la relativa a los límites a la duración del contrato para obra o servicio determinados, sin embargo, contenía importantes particularidades en cuanto a su aplicación en las Administraciones Públicas, las cuales se recogieron en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, instaurándose, a partir de este momento, una dualidad de regímenes distintos en esta materia, uno para el sector público y otro para el sector privado. Esta dualidad de regímenes jurídicos en materia de limitación de la duración del contrato para obra o servicio determinados se ha mantenido y se sigue manteniendo inalterada hasta la actualidad. Pese a ello, la misma se ha visto seriamente amenazada por la reciente tramitación parlamentaria de la Ley 15/2014, de 17 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa (en adelante, Ley 15/2014).

A tal efecto, el grupo parlamentario popular en el Senado formuló dos enmiendas, la 170 y la 174, que, entre otras cuestiones, incidían directamente en la regulación actualmente vigente de la duración del contrato para obra o servicio determinados en las Administraciones Públicas. La primera de estas enmiendas,

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto-ley 10/2010”, *Relaciones Laborales*, núms. 15 y 16, 2010, identifica este objetivo como el que mayor peso y trascendencia tiene y “una causa y objeto central de la reforma”.

² Sobre el alcance de esta reforma vid. MORENO GENÉ, J.: “Afectaciones de la reforma laboral de 2010 en el contrato para obra o servicio determinado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 334, 2011, págs. 59-104.

es decir, la número 170, tenía por objetivo incorporar dos nuevas disposiciones adicionales, la decimotercera y la decimocuarta, en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), con las que se pretendía regular, respectivamente, las “especialidades en caso de declaración judicial de irregularidad en la contratación de las Administraciones Públicas” y la “aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas”. La segunda enmienda, la número 174, fijaba el “régimen aplicable a las declaraciones de indefinidos no fijos dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley”.

Estas enmiendas, sin embargo, inmediatamente suscitaron importantes críticas, entre otros, de las organizaciones sindicales de la función pública y de los grupos parlamentarios de la oposición, que finalmente llevaron a que las mismas fueran retiradas por el propio grupo popular. Ello no significó, sin embargo, que la materia de la duración del contrato para obra o servicio determinados en las Administraciones Públicas no se viera afectada por la tramitación en el Senado del Proyecto de Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, no en vano, el grupo parlamentario popular del Senado también había introducido la enmienda número 177, que abogaba por la derogación de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, habiéndose justificado dicha supresión en la “coherencia con otras enmiendas”. Pues bien, esta última enmienda sí fue incorporada en la versión aprobada por el Senado del Proyecto de ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, lo cual planteaba serias dudas sobre cual sería el régimen jurídico aplicable a los contratos para obra o servicio determinados formalizados por las Administraciones Públicas y, en particular, si los mismos pasarían a regirse plenamente por el régimen general contenido en el art. 15 ET en materia de duración de dicha modalidad contractual.

La Ley 15/2014 finalmente aprobada por el Congreso de los Diputados, sin embargo, no ha incorporado la citada derogación de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, habiendo sido rechazada a tal efecto por el Congreso de los Diputados la enmienda introducida al respecto por el grupo popular en el Senado, dándose la paradoja de que el grupo parlamentario popular del Congreso votara en contra de la enmienda introducida poco antes en el Senado por el grupo parlamentario popular. En definitiva, después de la convulsa tramitación parlamentaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, la regulación de la duración del contrato para obra o servicio determinados cuando el mismo se formaliza por una Administración Pública sigue siendo la establecida hasta el momento por la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

Por el contrario, sí parece que la Ley 15/2014 puede llegar a influir en la disminución del recurso por parte de las Administraciones Públicas al contrato para obra o servicio determinados en beneficio del nombramiento de funcionarios interinos, no en vano, dicha norma ha venido a equiparar la duración del nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal con la duración del contrato para obra o servicio determinados previsto en el art. 15.1.a) ET.

Los intentos de alteración del régimen jurídico del contrato para obra o servicio determinados cuando el mismo se formaliza por una Administración Pública que han tenido lugar durante la tramitación de la Ley 15/2014 y la aparente potenciación del recurso al nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal en detrimento de la utilización del contrato para obra o servicio determinados que dicha norma parece perseguir, constituyen una buena oportunidad para llevar a cabo una reflexión crítica sobre el uso de esta modalidad contractual por parte de las Administraciones Públicas y, en particular, sobre los problemas que en estos supuestos plantea la limitación de su duración.

2. LA LIMITADA APLICACIÓN DE LA DURACIÓN MÁXIMA DEL CONTRATO PARA OBRA O SERVICIO DETERMINADOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

2.1. La limitación de la duración del contrato para obra o servicio determinados y los efectos de su incumplimiento.

La reforma laboral de 2010 incidió de un modo decisivo sobre la duración del contrato para obra o servicio determinados. A tal efecto, tras la Ley 35/2010, el art. 15.1.a) ET pasó a establecer que “estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”. En consecuencia, si el contrato para obra o servicio determinados suscrito tiene una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial, el efecto jurídico que se anuda a este hecho consiste en la conversión de los trabajadores afectados en fijos de la empresa. Esta consecuencia prevista en la norma se perfila como un efecto legal automático, que actúa *ope legis*.

Pese a la trascendencia que *a priori* debía tener la limitación de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados, inmediatamente se constató que esta previsión limitativa de la extensión temporal de esta modalidad contractual, de gran repercusión en el sector privado, iba a producir efectos intrascendentes

en el sector público, pues “aun cuando vincula a las Administraciones y sus organismos dependientes, lo hace sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, no obstaculizando, en consecuencia, la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo afectado (...) Debilidad que se agrava, además, cuando la nueva disposición adicional decimoquinta.2 del ET, como novedad frente a la versión anterior del Real Decreto-Ley 10/2010, declara la inaplicación directa del tope temporal en los contratos de obra celebrados en las Administraciones públicas y en sus organismos públicos, incluidas las Universidades, siempre y cuando estos contratos “estén vinculados a un proyecto de investigación o de inversión superior a tres años”³. Veamos a continuación cada una de estas previsiones limitativas de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados cuando el mismo se formaliza en el seno de una Administración Pública.

2.2. Los limitados efectos del incumplimiento de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados en las Administraciones Públicas

El apartado primero de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores establece que “lo dispuesto en el art. 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados (...) surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que 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”. En consecuencia, dicha norma no incorpora en este punto ninguna excepción relativa a la duración de los contratos por obra o servicio determinados formalizados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, siéndoles aplicable con carácter general la duración máxima de tres años ampliables hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial prevista en el art. 15.1.a) ET⁴. Por el contrario, el redactado de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores ratifica de forma expresa la aplicación de la duración máxima del contrato por obra o servicio determinados con carácter general a las Administraciones Públicas y a sus organismos públicos vinculados o dependientes, lo cual no deja de tener un valor ejemplarizante si se tiene en cuenta que ha sido el ámbito de las Administraciones

³ Vid. MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Medidas para la creación de empleo estable: el impulso de la contratación indefinida y el fortalecimiento de la contratación temporal de calidad como objetivo”, La Ley, núm. 7488, 2010, pág. 12. En la misma dirección, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 334, 2011, págs. 115 y 116.

⁴ Vid. QUESADA SEGURA, R.: “Influencia de la Reforma Laboral en el personal académico”, en IRI-GOYEN, J.; CARO, A.I. y DOMINGO, F.: Conclusiones del “XI Curso sobre régimen jurídico de universidades, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pág. 402.

Públicas uno de los que más ha usado y abusado de la contratación para obra o servicio determinados.

Lo que sí hace la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores es adaptar al ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes los efectos que el art. 15.1.a) ET prevé para los supuestos en que el contrato por obra o servicio determinados se extienda más allá de la duración máxima, es decir, que los trabajadores adquieran la condición de trabajadores fijos de la empresa. Para ello siguiendo la ya consolidada doctrina jurisprudencial elaborada en este punto y en aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, se impone la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios.

Esta previsión incorporada por la Ley 35/2010, sin embargo, no supuso una verdadera novedad⁵, no en vano, la STS de 7 de octubre de 1996⁶, cuyo criterio fue adoptado también, entre otras muchas, por SSTs de 10 y 30 de diciembre de 1996⁷, ya previó que las irregularidades graves cometidas por las Administraciones Públicas en la celebración de contratos temporales conlleva la conversión del contrato por tiempo indefinido, hasta la cobertura del puesto de trabajo por los trámites reglamentarios o hasta la desaparición de la plaza, pero sin que ello equivalga a la adquisición por parte del trabajador de la fijeza en plantilla, con adscripción definitiva de puesto de trabajo.

En este contexto, la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores prevé que durante la preceptiva cobertura de los puestos de trabajo “el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”. Esta previsión, tampoco supone una auténtica novedad, puesto que también se ajusta a la doctrina judicial consolidada para todos aquellos supuestos en que es preciso proceder a la cobertura reglamentaria de un puesto de trabajo por estar este ocupado provisionalmente por un trabajador indefinido no fijo. Pues bien, en estos supuestos, este trabajador sigue desempeñando el puesto de trabajo hasta la cobertura reglamentaria del mismo, procediéndose entonces a la extinción de su vínculo contractual, si el trabajador no ha sido el que ha obtenido definitivamente la plaza⁸.

⁵ En la misma dirección, BLASCO PELLICER, A.: “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinados”, Actualidad Laboral, Tomo-I, 2011, pág. 166, indica que de este modo “se acoge la distinción jurisprudencial entre indefinidos no fijos y trabajadores fijos de las Administraciones Públicas.

⁶ RJ 1996\7492.

⁷ RJ 1996\9139 y RJ 1996\9864, respectivamente.

⁸ Vid. STS de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002, 9893), STS de 2 de junio de 2003 (RJ 2005, 4896) y STS de 26 de junio de 2003 (RJ 2005, 4259).

En definitiva, a partir de las previsiones contenidas en el apartado primero de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, no cabe ninguna duda de que la doctrina judicial creadora de la categoría de “trabajador indefinido no fijo” al servicio de la Administración se aplica cuando el contrato de obra excede de la duración prevista por el art. 15.1.a) ET⁹. En esta dirección, se manifiesta de un modo muy contundente la STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2011 que establece que “la disposición adicional comentada (DA 15ª) se está refiriendo a la relación laboral indefinida, por contraposición a la fijeza, que es una creación de la jurisprudencia encaminada a coordinar los derechos de los trabajadores con los principios constitucionales de acceso al empleo público. Quiere ello decir que el trabajador que en la prestación de servicios a la Administración reúna los requisitos exigidos en el art. 15.5 del ET, no por ello será un trabajador fijo, como expresa ese artículo, sino un trabajador con relación laboral indefinida cuya plaza deberá ser provista de forma definitiva por los cauces de selección normales, a los que puedan concurrir todos los interesados, y así cubierta la plaza existirá causa para la extinción del contrato, ya que el trabajador no ha adquirido la fijeza”¹⁰.

Por ello, cabe valorar positivamente el efecto clarificador en este punto que supone la regulación contenida en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, si bien, resulta criticable que el legislador perdiera esta gran oportunidad para clarificar y racionalizar de un modo definitivo los efectos indemnizatorios de la extinción de estos contratos¹¹. Pues bien, es precisamente en los efectos del incumplimiento de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados en las Administraciones Públicas donde pretendía incidir de un modo decisivo la enmienda número 179 presentada por el grupo popular del Senado al proyecto de Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa que, como ya se ha indicado, fue finalmente retirada.

La citada enmienda pretendía incidir, entre otras cuestiones, sobre los efectos que el art. 15.1.a) ET prevé para los supuestos en que el contrato por obra o servicio determinados se extienda más allá de la duración máxima prevista en dicho precepto, estableciéndose al efecto que ello “no será obstáculo para la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo o a su amortización, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. La opción por una u otra vía, es decir, proceder a la cobertura del puesto de trabajo o a su amortización se hacía depender del hecho de que el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador fuera o no de “necesaria cobertura”, entendiéndose al respecto

⁹ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCINANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010...” cit. pág. 119. En parecidos términos, MONTOYA MEDINA, D.: “La reforma de la contratación temporal en la Ley 35/2010”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011, pone de manifiesto que la Ley 35/2010 “ha reformado la disposición adicional 15ª para aclarar algo que ya se sabía aunque la norma no se pronunciara al respecto”.

¹⁰ JUR/2011/424308.

¹¹ En la misma dirección, vid. BLASCO PELLICER, A.: “La duración máxima del contrato...” cit. pág. 167.

que “no son de necesaria cobertura, entre otros, los trabajos destinados a cubrir una necesidad temporal, los que respondan a la realización de un proyecto o prestación específica, cualquiera que sea su sustantividad, los que tengan su origen en una colaboración social, los correspondientes a servicios cuya prestación hubiera sido contratada externamente por la misma con arreglo a lo previsto en el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como en relación con las contrataciones que se efectúen en virtud de encomiendas de gestión, cualquiera que fuera la causa que hubiera motivado la declaración del trabajador como indefinido no fijo”.

Para el supuesto en que se tratara de puestos de trabajo de necesaria cobertura, la enmienda preveía que el trabajador siguiera desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediera a dicha cobertura por los procedimientos de provisión aplicables a las Administraciones Públicas, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral, salvo que dicho trabajador accediera al empleo público, superando un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por el contrario, cuando el puesto de trabajo no fuera de necesaria cobertura se debería proceder a la amortización del mismo y como consecuencia de ésta a la extinción de la relación laboral, teniéndose derecho en este caso a la indemnización contemplada en el art. 49.1.c) ET.

Aunque el análisis en profundidad de esta enmienda excede del objeto de este trabajo, todo hace pensar que con la misma se pretendía dar respuesta a la amplia y extensa casuística judicial que se ha planteado en los últimos tiempos en torno al tratamiento que debe dispensarse a los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración¹², si bien, lo hacía en unos términos muy gravosos para el trabajador y, además, con efectos retroactivos para todas aquellas relaciones jurídicas de indefinidos no fijos que se mantuviesen con la Administración en la fecha de entrada en vigor de la nueva regulación, cualquiera que fuere la fecha de la declaración como indefinido no fijo del trabajador afectado o la causa que la hubiese motivado. Estas circunstancias explican la frontal oposición sindical y de diferentes fuerzas políticas a la aprobación de esta enmienda y su ulterior retirada por parte del propio partido popular del Senado que la había planteado.

¹² Un análisis de algunas de estas situaciones conflictivas en ROMERO BURILLO, A.M.: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, Actualidad Laboral, núm. 6, 2014, págs. 680-696.

2.3. La no aplicación de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

En segundo lugar, y ahora sí incidiendo de un modo sustancial en la duración del contrato para obra o servicio determinados cuando el mismo se formaliza por parte de una Administración Pública, la Ley 35/2010 introdujo una importante excepción en este punto al establecer una nueva redacción para la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, según la cual, “no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, lo dispuesto en el art. 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato para obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”. En consecuencia, a partir de la Ley 35/2010 se fija una excepción a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinados cuando se cumpla un doble requisito acumulativo, a saber: que se trate de contratos celebrados por Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes o que se trate de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica de Universidades o en otras normas con rango de ley y que estos contratos se encuentren vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años¹³.

Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, “la excepción a la duración máxima del contrato por obra o servicio determinado, utilizado por las Administraciones Públicas, cuando la contratación esté vinculada “a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años” viene a ratificar la legitimidad de acudir a la vía contractual aquí analizada a la hora de cubrir este tipo de necesidad de personal, siempre y cuando, lógicamente, la obra o servicio aparezca identificada en el contrato y tenga autonomía y sustantividad propia, sin que el trabajador venga a realizar tareas permanentes o habituales”¹⁴.

El pésimo redactado del apartado segundo de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores se debe a que el mismo fue el resultado de una enmienda transaccional introducida en el Senado durante la tramitación parlamentaria de la Ley 35/2010 y elaborada a partir de diferentes

¹³ ORTEGA PRIETO, E. y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: La reforma laboral 2010, Wolters Kluwer España, Madrid, 2010, pág. 17, consideran que esta medida no debería limitarse al ámbito público sino que debería ser extensiva, también, al ámbito contractual de las empresas privadas a tenor de la naturaleza e idiosincrasia de esta modalidad contractual.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCINANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010...” cit. pág. 119.

enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán, por el Grupo Parlamentario Popular y por el Grupo Socialista¹⁵.

A partir de estas premisas, pueden distinguirse dos grandes ámbitos en los que no sólo resulta de aplicación, sino que tiene una gran incidencia esta excepción a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado: por una parte, todos aquellos contratos celebrados por Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, así como también, por las universidades y otros centros de investigación, que se encuentren vinculados a la realización de un proyecto de investigación que tenga una duración superior a tres años; y, por otra parte, aquellos contratos suscritos por las Administraciones Públicas y su organismos públicos vinculados o dependientes vinculados a proyectos de inversión que excedan también de tres años. Veamos por separado cada uno de estos supuestos.

2.3.1. Los contratos para obra o servicio determinados vinculados a proyectos de investigación que excedan de tres años

En este primer supuesto se incluyen fundamentalmente todos aquellos contratos por obra o servicio determinados formalizados por las universidades y otros centros de investigación –entre otros muchos, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas–, que tengan por finalidad la ejecución de un proyecto de investigación¹⁶. Sin embargo, a pesar de que el apartado segundo de la disposición adicional decimoquinta excluye la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.1.a) ET en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados cuando el contrato se encuentre vinculado a un proyecto específico de investigación, no procede a definir qué debe entenderse por éste, lo cual, sin lugar a dudas puede dar lugar a problemas interpretativos sobre en qué supuestos puede considerarse que se está ante una labor investigadora y en qué supuestos no. En esta dirección, la STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2012 no aplica a un supuesto las previsiones recogidas en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, por considerar que la actividad que realizaba la trabajadora no era de investigación¹⁷.

Las modalidades contractuales más habituales a través de las cuales se formalizan los contratos para la realización de un proyecto específico de investigación se encuentran, precisamente, entre “las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de

¹⁵ BLASCO PELLICER, A.: “La duración máxima del contrato...” cit. pág. 168 también considera que “la redacción es bastante enrevesada por lo que su interpretación se revela complicada”.

¹⁶ Vid. QUESADA SEGURA, R.: “Influencia de la Reforma Laboral...” cit. pág. 404.

¹⁷ AS\2012\259. Vid un comentario de esta sentencia en SALIDO BANÚS, J.L.: “Improcedencia de la extinción contractual por encadenamiento de contratos en el ámbito de la Administración Pública (Universidades)”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, paraf. núm. 36/20125/2012 (Weslaw BIB 2012\2765).

Universidades” y entre las modalidades contractuales recogidas “en cualesquiera otras normas con rango de ley”, previsión que actualmente cabe entender referida a la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia), a las que se refiere el apartado segundo de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, estos contratos serán temporales con independencia de su duración extinguiéndose los mismos únicamente con la realización del proyecto de investigación específico¹⁸.

Respecto a la contratación para obra o servicio determinados para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica prevista en el art. 48 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOU), la redacción inicial del art. 48.3 de la LOU preveía que “las Universidades podrán contratar por obra o servicio determinado a personal docente, personal investigador, personal técnico u otro personal, para el desarrollo de proyectos concretos de investigación científica o técnica”. Tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la LOU, el art. 48.1 LOU prevé que “las universidades (...) también podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica”. La previsión de la contratación de personal investigador, técnico y otro personal se lleva a cabo a través de una remisión total al contrato para obra o servicio determinado del art. 15.1.a) ET¹⁹.

En consecuencia, el contrato para obra o servicio determinados para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica previsto en el art. 48.1 LOU se ve afectado por lo dispuesto ahora en la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, a dichas contrataciones no les será de aplicación el límite temporal del contrato para obra o servicio determinados previsto en el art. 15.1.a) ET²⁰. Esta previsión ya ha sido recogida por la doctrina

¹⁸ MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M.: “El endurecimiento de la contratación temporal”, en MORENO GENÉ, J. y SOLÉ PUIG, A. (Coords.): Las reformas laborales del 2010, Editorial Huygens, Barcelona, 2012, págs. 132 y 133.

¹⁹ Sobre esta modalidad contractual vid. MORENO GENÉ, J.: “Clasificación profesional y figuras contractuales”, en MORENO GENÉ, J. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.: La negociación colectiva del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 177 y ss.

²⁰ Vid. RODRÍGUEZ ESCANCINANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010...” cit. pág. 122, indica al respecto que “el legislador sí se ha esforzado en dejar claro que la limitación temporal de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado, establecida ahora por la Ley 35/2010, no será aplicable al personal investigador contratado a través de esta vía, si es correctamente utilizada, por las Universidades”. En la misma dirección, LUJÁN ALCARÁZ, J.: “La contratación laboral del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia”, en HORGUÉ BAENA, C.; BONACHERA LEDRO, M.I. y CARO MUÑOZ, A.I.: Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación, Servicio de publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2012, pág. 191 y 192, indica que “parece claro que cuando la norma alude aquí a “las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la (LOU)” no se refiere a las modalidades específicas, sino justamente al “contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica”.

judicial, así pues, a título de ejemplo, la STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2013 pone de manifiesto que “así, siendo función primordial de la Universidad el desarrollo de una investigación de calidad y una gestión eficaz de la transferencia del conocimiento y la tecnología (...), aquella debe fomentar la cooperación con el sector productivo, promoviendo el desarrollo conjunto de programas y proyectos de investigación y desarrollo tecnológico, pudiendo utilizar para ello el contrato para obra o servicio sin los límites temporales que contempla el art. 15.1 (...), tal y como lo prueba el que en la actualidad la disposición adicional 15ª del ET concluya que: 1º) lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a (...) las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación”²¹.

Respecto a la contratación para obra o servicio determinados en el marco de la Ley de la Ciencia, esta norma contiene diferentes previsiones que contemplan la posibilidad de acudir al contrato para obra o servicio determinados previsto en el art. 15 ET. En primer lugar, esta posibilidad se encuentra recogida de un modo genérico en la previsión contenida en el art. 20.2 de la ley según la cual además de las modalidades de contrato de trabajo específicas del personal investigador previstas en la Ley de la Ciencia se podrá contratar personal investigador “a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Evidentemente, dentro de estas modalidades contractuales se incluye el contrato para obra o servicio determinados recogido en el art. 15 ET. Ya de un modo más específico, el art. 26.7 de la Ley de la Ciencia prevé que “los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado podrán contratar personal investigador de carácter temporal para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica de acuerdo con el art. 15.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”; el art. 30 de la Ley de la Ciencia establece que “los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado podrán contratar personal técnico de carácter temporal para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica de acuerdo con el art. 15.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”; y, finalmente, la disposición adicional decimocuarta de la Ley de la Ciencia contempla la posibilidad de que determinadas entidades “podrán contratar personal investigador de carácter temporal para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica de acuerdo con el artículo 15.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

A pesar de que como acaba de exponerse la Ley de la Ciencia prevé el recurso al contrato para obra o servicio determinados para la realización de un proyecto de investigación científica y técnica, no incluye entre las modalidades de contrato

²¹ AS\2913\166. Vid. también, STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2011 (AS\2011\2512).

de trabajo específicas del personal investigador que contempla ninguna modalidad contractual diseñada específicamente para esta finalidad, remitiéndose al efecto al contrato para obra o servicio determinados ordinario recogido en el art. 15.1.a) ET. El planteamiento adoptado por la Ley de la Ciencia se distancia en este punto de su antecesora la Ley 13/1986, de 14 de abril, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (en adelante, Ley 13/1986) que preveía de un modo expreso en su art. 17.1.a) una modalidad específica de contrato para obra o servicio determinado dirigida al personal investigador conocida como contrato para la realización de un proyecto específico de investigación y que incorporaba diferentes particularidades respecto al contrato para obra o servicio determinado ordinario o común previsto en el art. 15 ET.

La ausencia de una modalidad contractual específica en la Ley de la Ciencia para la contratación de investigadores para la realización de un proyecto de investigación se debe, sin lugar a dudas, al hecho de que la reforma del contrato para obra o servicio determinados introducida por la Ley 35/2010 ya había incorporado en la propia regulación de este contrato importantes particularidades pensadas para el supuesto en que se contraten a través de esta modalidad contractual investigadores para la realización de un proyecto de investigación. En definitiva, no ha sido necesario diseñar en la Ley de la Ciencia una modalidad específica de contrato por obra o servicio determinados para la realización de un proyecto específico de investigación, porque la modalidad ordinaria o común del contrato para obra o servicio determinado prevista en el art. 15.1.a) ET ya ha incorporado, a través de su disposición adicional decimoquinta, las particularidades que se considera que plantea la contratación de investigadores en estos supuestos y que habían venido siendo demandadas por los principales empleadores de estos investigadores, especialmente, en lo relativo a la duración máxima de estos contratos.

Pese a ello y ante las dificultades interpretativas que podía comportar la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores respecto a su aplicación a los contratos por obra o servicios determinados para la realización de un proyecto de investigación previstos en la Ley de la Ciencia²², la disposición adicional vigesimotercera de dicha norma, bajo la rúbrica de “normas comunes a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica”, prevé de forma expresa que “de acuerdo con lo señalado en el apartado 2 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, no

²² Dudas interpretativas que en su momento ya se habían planteado en relación al contrato por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación previsto en la Ley 13/1986. A tal efecto, la STSJ de Aragón de 17 de octubre de 2013 (AS/2013/431) establece que “la Sala entiende que estos contratos, con particularidades, a que se refiere el art. 17 de la Ley 13/86, entre los que se encuentran los ahora litigiosos, no son alguna de las “modalidades particulares de contrato de trabajo”, exceptuadas de la norma general sobre encadenamiento de contratos (art. 15.5 ET) por la DA 15ª ET, sino contratos de trabajo comunes u ordinarios, en el caso, temporales por obra o servicio determinado, a los que la Ley añade dos particularidades, referidas a las personas que pueden ser contratadas y a la evaluación anual del desempeño que puede operar como causas de resolución contractual”.

se aplicará lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del mismo en materia de duración máxima del contrato para obra o servicio a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica a que se refieren los artículos 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de esta ley²³.

En definitiva, en la disposición adicional vigesimotercera de la Ley de la Ciencia se establece de forma expresa que los contratos para obra o servicio determinados formalizados en el marco de esta norma para la realización de proyectos de investigación no estarán sujetos a la duración máxima de tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo sectorial, como sucede con el resto de contratos para obra o servicio determinado que se formalicen y, en consecuencia, si el proyecto de investigación al cual se encuentran vinculados estos contratos tiene una duración superior a tres años, el contrato para obra o servicio determinados mantendrá su vigencia, sin que los trabajadores vinculados al mismo adquieran la condición de trabajadores fijos de la empresa.

La enmienda número 170 presentada por el grupo popular del Senado durante la tramitación de la Ley 15/2014 venía a consolidar, aún más si cabe, la inaplicación de las reglas generales de duración máxima del contrato para obra o servicio determinados a los contratos vinculados a proyectos de investigación al establecer que “1. Sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimocuarta de esta Ley, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados, no será de aplicación (...) a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculadas a un proyecto específico de investigación (...) de duración superior a tres años, ni a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica a que se refieren los artículos 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

²³ En la misma dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: “La perspectiva de cambio en los regímenes del personal investigador y del personal de apoyo: modelo productivo, reforma laboral y el trabajo de investigación en las universidades”, en IRIGOYEN, J.; CARO, A.I. y DOMINGO, F.: (Coords.): Conclusiones del XI Curso sobre régimen jurídico de universidades... cit. pág. 363, encuentra el motivo de la disposición adicional 23 de la Ley de Ciencia en que “con la redacción de la norma estatutaria podría haber algunas dudas en torno al ámbito de aplicación de la misma. Pero la norma específica deja bien claro su vigencia, tanto respecto a los sujetos –todos los agentes de investigación que acudan a estas modalidades de contratación–, como de las modalidades de contratos de trabajo”.

2.3.2. Los contratos para obra o servicio determinados vinculados a proyectos de inversión que excedan de tres años.

Un segundo supuesto en el que resulta de aplicación y, sin lugar a dudas, tiene una gran incidencia la excepción a la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado va referida a aquellos contratos suscritos por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes que se encuentren vinculados a proyectos de inversión que excedan también de tres años. En este segundo supuesto se incluirán fundamentalmente las grandes obras públicas que en no pocos supuestos superan la duración máxima de tres o de hasta cuatro años prevista actualmente como duración máxima para el contrato para obra o servicio determinado. Ahora bien, el empleo del término inversión, más propio del ámbito económico que del jurídico, está provocando numerosos problemas de interpretación, lo que hará necesario que los tribunales vayan concretando caso a caso en qué supuestos se cumplen los requisitos exigidos para excluir la regla de la duración máxima del contrato para obra o servicio determinado²⁴.

El recurso a elementos o circunstancias externas al objeto del contrato no es una cuestión totalmente nueva para el contrato para obra o servicio determinados, no en vano, ante las dificultades que en no pocas ocasiones comporta la identificación de las obras o servicios que tienen autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, se había buscado este elemento temporal necesario para la realización del contrato, no en la actividad a desarrollar por el trabajador, sino en la vigencia de las ayudas, subvenciones, etcétera, con las que se financiaba la contratación. Así, por ejemplo, se legitimaba la contratación mediante esta modalidad contractual por parte de las Administraciones Públicas en los supuestos de programas de desarrollo temporal que dependían del mantenimiento de la financiación anual, o bien, se admitía la contratación por entidades privadas cuando el desarrollo de determinados programas dependía de la financiación pública que debía mantenerse en cada presupuesto. En definitiva, se admitía la contratación para obra o servicio determinados cuando las actividades quedaban sujetas a determinadas disponibilidades de financiación presupuestaria. Esta opción se vio inicialmente con buenos ojos por la jurisprudencia que consideró que el recurso al contrato para obra o servicio determinados por parte de una Administración Pública, con la finalidad de atender el desarrollo de campañas de duración determinada y, por tanto, no permanentes con financiación anual debía ser considerada lícita. Sin embargo, con posterioridad se produjo un indudable cambio jurisprudencial en esta materia, cuyo principal exponente es la STS de 21 de marzo de 2002, que vino a considerar que las disponibilidades de financiación presupuestaria no justifican por sí mismas la contratación temporal de un trabajador, pues para ello lo que hace falta es que ése se encuentre en alguna de las situaciones causales del art. 15 a) ET²⁵.

²⁴ En la misma dirección, MOLINA NAVARRETE, C.: “Un nuevo acto del “gran teatro” de la reforma laboral 2010: una reforma “para reformar” o de la “galería de los disparates”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 331, 2010, pág. 82, señala la indeterminación del objeto de esta previsión.

²⁵ Vid. recientemente, la STS de 14 de junio de 2010 (Ar. 2704).

Pues bien, en este punto cabe considerar que la exclusión del límite de duración máxima de los contratos para obra o servicio determinados formalizados por parte de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes al amparo de un proyecto de inversión, sin romper con el criterio jurisprudencial expuesto, sí que estaría dotando de relevancia jurídica a elementos o circunstancias externas al objeto del contrato para obra o servicio determinados formalizado en estos supuestos, en particular, a la duración del proyecto de inversión. Decimos que esta previsión no rompe con la doctrina jurisprudencial expuesta porque no se prevé, al menos de forma expresa, que el proyecto de inversión justifique por sí mismo el recurso al contrato para obra o servicio determinado, sino que esta posibilidad deberá derivar en todo caso de la propia actividad a desarrollar u objeto del contrato que deberá cumplir con las exigencias del art. 15.1.a) ET, pero sí otorga relevancia jurídica a este proyecto de inversión en la medida en que del mismo dependerá en última instancia la duración del contrato para obra o servicio determinados, más allá de la duración máxima prevista con carácter general para esta modalidad contractual en el citado precepto²⁶. En otros términos, es la duración del proyecto de inversión la que determinará la duración de los contratos para obra o servicio determinados formalizados en estos supuestos para la ejecución del mismo.

²⁶ RODRÍGUEZ ESCANCINANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010...” cit. pág. 120, se muestra más proclive al alcance que esta nueva regulación pueda comportar en la doctrina judicial vigente al considerar que “dicha interpretación judicial, a buen seguro, va a ser reconsiderada tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, pues a partir de ahora parece que la financiación en sí misma va a ser la causa de la temporalidad capaz de justificar el lícito recurso al contrato para obra o servicio determinado frente a una posible opción por la contratación indefinida”.

**FINALIDAD Y REQUISITOS DEFINIDORES
DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN
SOCIAL: PROFUNDIZACIÓN
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE SU
CONFIGURACIÓN JURÍDICA**

María Salas Porras
Prof. Ayudante Doctora
Dpto. D° del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Málaga

*¿Cómo de muchos Tántalos no miras
ejemplo igual? Y si codicias uno,
mira al avaro en sus riquezas pobre.*
Juan de Arguijo, La Avaricia, 1841

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**
- 3. TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL: ENTRE FINALIDAD INTEGRADORA Y DEBER DE TRABAJAR**
- 4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO**
 - 4.1. Requisitos para contratar y ser contratado**
 - 4.2. ¿Qué son, y cuáles, los trabajos “de utilidad social y que redunden en beneficio a la comunidad”?**
 - 4.3. La discutida temporalidad**
- 5. CONCLUSIONES**
- 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**
- 7. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

1. INTRODUCCIÓN

Una revisión de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español desde la perspectiva del empleo público en cualquiera de sus formulaciones, lleva a concluir que, entre otros, los trabajos de colaboración social –o mejor, las litis con este objeto de disputa- son una temática no sólo recurrente sino, además, especialmente frecuente en el último quinquenio.

Ello, unido a la escasa normatividad que al respecto de estos contratos existe, nos ha conducido al desarrollo del presente trabajo que, amparado en el marco de unas Jornadas Universitarias dedicadas al estudio de la reforma de la administración y del empleo público, ofrecen un escenario idóneo para afrontar esta tipología contractual, con el objetivo de profundizar en el análisis de la configuración y ordenación jurídica de sus elementos identificativos así como de su finalidad última.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Esa aproximación jurídico-normativa a los trabajos de colaboración social que proponemos, debe pasar, al menos a nuestro juicio, por una revisión, si quiera breve, de sus orígenes puesto que, a partir suyo, se hace inteligible la intención primera del legislador y, también, se facilita la comprensión de su formulación tal y como la conocemos en nuestros días.

En este sentido, el bienio republicano comprendido entre los años 1934-1936 encierra prácticamente la clave del surgimiento de esta institución. Más concretamente sus orígenes pueden rastrearse de forma conjunta en la Ley de 9 de septiembre de 1931¹ sobre términos municipales, la Ley de 27 de noviembre del mismo año sobre colocación obrera², y las Leyes de 7 de julio de 1934³ y de 25 de junio de 1935⁴, referidas ambas a la organización y establecimiento del embrión de lo que sería, posteriormente, el actual sistema de Seguridad Social español. Sin detenernos más en estas nuevas puertas que se abren, no por desmerecedoras de atención, sino por ser colaterales al tema que nos ocupa, baste reseñar ahora que los distintos estudios⁵ que sobre ellas se han realizado, apuntan claramente a identificar

¹ Aprobada previamente como Decreto de 28 de abril de 1931, tanto el Decreto como la posterior Ley estaban dedicados a la colocación de obreros agrícolas. Para un mayor abundamiento, se recomienda la lectura del trabajo del Prof. Antonio Martín Valverde “*Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola*” en *Agricultura y Sociedad*, N° 3, 1977, especialmente en las pp. 119-121.

² Publicada en la *Gazeta de Madrid* núm. 332, de 28 de noviembre de 1931.

³ Esta norma se publicó en la *Gazeta de Madrid*, núm. 189, de 8 de julio de 1934.

⁴ Esta otra apareció por primera vez en la *Gazeta de Madrid*, núm. 177, de 26 de junio de 1935.

⁵ Sirvan como ejemplo y, sin ánimo de exhaustividad, las obras de Jesús Arango Fernández: “*El subsidio de paro en la Segunda República*” en Aróstegui Sánchez, Julio (Ed.): *La República de los trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2006, pp. 241-269;

que, a partir de estas normas –junto a sus disposiciones complementarias-, se atisba el surgimiento de un esquema de ordenación alternativo a la regulación que venía siendo tradicional o clásica en esta materia del desempleo, en países y sectores con déficits estructurales o en situaciones de crisis económicas prolongadas. Una variación consistente, a los efectos que a este trabajo interesan, en hacer del desempleo un frente común en el que debían participar, aunando esfuerzos, los actores sociales, la patronal y el Gobierno.

Como indicamos, las normas citadas, aunque centradas en temas dispares, comulgan en el hecho de contener preceptos –los menos, eso sí- dedicados a ordenar actuaciones que habrían de mitigar el acuciante problema del paro entre la población española. En concreto, entre sus articulados pueden hallarse referencias a lugares que van a ser comunes en actuales disposiciones ordenadoras del mercado de trabajo; especialmente en la configuración de los trabajos de colaboración social.

Tal es el caso, en primer lugar, de la necesaria coincidencia de los puestos de trabajo vacantes con las aptitudes físicas y profesionales de los trabajadores requeridos –artículo 1 de la Ley de 9 de septiembre de 1931 y artículo 11 de la Ley de 25 de junio de 1935-; lo cual casa con la exigencia de adecuación del puesto de trabajo contenida, entre otras normas de organización de la política de empleo presente⁶, en el artículo 38.1.d) del RD 1445/1982.

En segundo lugar, no faltan alusiones a la imposición de sanciones –para ambas partes conforme a los términos del artículo 6 de la Ley de 9 de septiembre de 1931- en los casos de negativa injustificada para aceptar al trabajador o el puesto de trabajo ofrecido. Una técnica esta, la sancionadora, también prevista en la actualidad en el artículo 38.3 del RD 1445/1982 y en el artículo 25.4.b) de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS, en adelante).

En tercer lugar, el que, tanto la Ley de 7 de julio de 1934 como la de 25 de junio de 1935, estuvieran orientadas más específicamente a la lucha contra el paro forzoso, permite encontrar en su articulado un número mayor de elementos coincidentes con aquellos que configuran los trabajos de colaboración social.

Antonio Martín Valverde: “Colocación y regulación...”, op.c., pp. 109-145 y Fernando Valdés Dal Ré: “*El Derecho del Trabajo en la Segunda República*” en *Relaciones Laborales*, Nº 8, 2006, pp. 291-321.

⁶ Referencias a la adecuación del puesto de trabajo se hallan en el artículo 6 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo nº 88, en vigor desde el 10 de agosto de 1950, aunque para España no lo estuvo hasta el 30 de mayo de 1960, fecha en que se ratificó. Otras alusiones a este requisito del puesto de trabajo pueden encontrarse en los artículos 19 sexies, septies y octies de la Ley 56/2003 de Empleo, y en el artículo 17.2 párrafo segundo de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, si bien en tales normas no se define qué ha de entenderse por tal, sino la obligatoriedad de que los puestos de trabajo ofrecidos al demandante de empleo y receptor de prestación o subsidio cumplan con los requisitos contenidos en la LGSS, en cuyo artículo 231.3 sí se determina qué haya de entenderse por empleo adecuado.

Concretamente, a partir de esas normas, se crean la “Caja Nacional contra el paro”⁷ y las “Cajas de paro forzoso”⁸, entre cuyos cometidos figuraban el incremento de los subsidios públicos contra el paro –dado que inicialmente la red de ayudas provenía del ámbito privado exclusivamente⁹–, el estímulo de las iniciativas privadas tendentes a absorber directamente obreros parados, y la realización –o su solicitud– de obras públicas cuya ejecución se acometiera con mano de obra parada. Siendo esta última la piedra en que se asienta la ordenación de los contratos que nos ocupan. A este respecto, desde esos incipientes momentos, las Administraciones que solicitasen participar en programas de reducción del desempleo (a través de la realización de obras públicas con trabajadores en paro involuntario, se entiende), debían demostrar que las obras en cuestión –subvencionadas hasta en un 50% con fondos estatales (artículo 4, párrafo quinto de la Ley de 25 de junio de 1935)– eran de utilidad general, no estaban incluidas en los presupuestos generales del Estado y contaban con una previa proyección y aceptación por parte de la autoridad competente. Una proyección esta que debía incluir el plazo de tiempo en que la obra habría de realizarse. Si trasladamos esas condiciones a las que definen los trabajos de colaboración social –conforme a la regulación dada por el RD 1445/1982¹⁰ y la Ley General de Seguridad Social¹¹ (LGSS, en adelante) que los ordena–, fácilmente podrían identificarse los tres requisitos que, a juicio de la más reconocida doctrina¹², los configuran principalmente¹³: el que la obra o trabajo

⁷ Creada por el Decreto-Ley de 25 de mayo de 1931 que establecía las bases para el fomento y el régimen de la previsión contra el paro involuntario.

⁸ Véase en este sentido el artículo 1 de la Ley de 25 de junio de 1935, en donde se prevé que tales Cajas se organicen y gestionen por los Jurados Mixtos, las Conferencias Nacionales de Industria u otros organismos paritarios de las Corporaciones regionales, insulares, provinciales o locales.

⁹ Vid. Jesús Arango Fernández: “*El subsidio de paro...*”, op.c., pp. 243-246.

¹⁰ Se trata del RD 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo, publicado en el BOE núm. 156, de 1 de julio.

¹¹ En el artículo 213.3 de esta norma, al hilo de enumerar los supuestos en que se extingue el derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo, expresamente se recogen referencias a la naturaleza no laboral de estos trabajos y a la compatibilidad tanto de su realización como de su remuneración, con la percepción de estas prestaciones.

¹² Al menos eso se desprende de los trabajos pertenecientes a los Profesores Xavier Boltaina i Bosch, “*Régimen jurídico de los trabajos temporales de colaboración social prestados en Administraciones públicas por trabajadores desempleados*” en Revista Vasca de Administración Pública, N° 45 (I), 1996, pp. 380-381; Jaime Castiñeira Fernández, “*Los trabajos de colaboración social*” en Cruz Villalón, Jesús (Ed.): Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, 1999, pp. 285-289; Jesús López López, “*Utilización abusiva de trabajadores en régimen de colaboración social por las Administraciones Públicas*” en Información laboral. Legislación y convenios colectivos, N° 21, 2002, pp. 152-154; José Luis Lázaro Sánchez, “*La utilización por las administraciones públicas de los trabajos temporales de colaboración social*” en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 113, 2012, pp. 219-220; Manuel Iglesias Cabero, “*Contrato de colaboración social, naturaleza, esencialmente temporal: el cese no se considera despido*” en Diario La Ley, N° 8090, 2013, pp. 789-791; AA.VV.: “*Trabajos de colaboración social. Cuando estos sólo redundan en beneficio de la Administración*” en CEF Gestión: Revista de actualización empresarial, N° 178, 2013, pp. 77-79 y Oriol Cremades Chueca, “*Los Trabajos de colaboración social y sus límites. A raíz de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013*” en Iuslabor, N° 2, 2014, pp. 45-48.

¹³ En realidad, el artículo 38 del RD 1445/1982 establece que estos trabajos han de cumplir cuatro requisitos específicos. De los tres primeros –el que sean de utilidad social y redundar en beneficio de la comunidad; que la duración máxima del trabajo sea la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por

atienda al beneficio de la comunidad, la temporalidad de su duración y lo que, por nuestra parte, se considera debiera ser elemento esencial de la medida, el constituir un mecanismo de reinserción al mercado laboral para parados que estén cobrando subsidio o prestación por desempleo. A analizar la presencia de esta finalidad y la configuración del resto de rasgos definidores de los trabajos de colaboración social dedicamos, pues, los siguientes apartados.

3. TRABAJOS DE COLABORACIÓN SOCIAL: ENTRE FINALIDAD INTEGRADORA Y DEBER DE TRABAJAR

La ordenación normativa de los trabajos que estudiamos se contiene, como hemos tenido oportunidad de indicar líneas atrás, en un trío de disposiciones con referencias, más bien escasas que abundantes, sobre su régimen jurídico, lo que deja un margen de actuación muy amplio a la jurisprudencia en lo que se refiere a su configuración. En concreto, el análisis conjunto de esa jurisprudencia¹⁴ así como de los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, de los artículos 213.3 y 231.c) de la LGSS y de los artículos 25.4.b) y 47.b) apartado segundo de la LISOS, permitiría presentar a los trabajos de colaboración social como una fórmula sui géneris de contratación temporal no laboral, a utilizar por las Administraciones Públicas y las entidades sin ánimo de lucro que, necesitadas de mano de obra para cubrir necesidades coyunturales, acuden a los servicios de empleo en busca de trabajadores desempleados perceptores de prestación o subsidio por desempleo.

Si bien esa definición que ofrecemos necesita ser matizada, -un aspecto que desarrollaremos a lo largo del trabajo-, en este apartado, dedicado a determinar la finalidad que el legislador se propuso perseguir a través suya, nos interesa profundizar algo más en la norma que soporta el mayor peso de su ordenación. En este sentido, el RD 1445/1982 es una norma continuista con la línea de intervención en el mercado de trabajo adoptada por el Gobierno de aquellos años, siendo el cometido concreto de este RD unificar el conjunto de medidas hasta entonces

desempleo que se le hubiere reconocido; que coincida con las aptitudes físicas y profesionales del trabajador desempleado-, si se han hallado referencias directas en la normativa laboral de la etapa republicana española, como se ha tenido oportunidad de indicar en el texto principal; sin embargo, el requisito relativo a “que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador”, es un aspecto que, aunque también existió en la legislación republicana, puede rastrearse con una finalidad distinta a la que el legislador parece quiso dar en el año 1982. Y es que, mientras que en el período de la II República la normativa de lucha contra el paro imponía la obligación a patronos y Administraciones de contratar a trabajadores que residieran en los municipios en que estaban domiciliados los contratantes (artículo 1 de la Ley de 9 de septiembre de 1931) con el objetivo de reducir el paro en esa zona concreta, el RD 1445/1982 está buscando, a nuestro juicio, reducir costes de transporte para el trabajador que ha de sobrevivir con la percepción del complemento salarial, además de su prestación o subsidio. En este sentido alguna pista más puede encontrarse en la letra d) del apartado 1 del artículo 39 del RD citado.

¹⁴ La jurisprudencia que hemos utilizado en este trabajo abarca a un total de 23 sentencias del Tribunal Supremo español cuyas reseñas pueden consultarse en el apartado anexo a este trabajo denominado “Referencias jurisprudenciales”.

publicadas, siendo una de ellas los trabajos de colaboración social. Por ello, las líneas preliminares de presentación del RD 1445/1982 indican que los trabajos de colaboración social se incardinan entre el conjunto de medidas que, para el fomento del empleo, hay que regular “de manera unitaria y coherente (...) en una sola norma, (...) porque la naturaleza y finalidad de tales medidas es la misma”¹⁵. Y, a mayor abundamiento, el propio artículo 2 de la misma norma, si bien hoy derogado, enumeraba expresamente como medida de fomento de empleo a estos trabajos. Por consiguiente, parece lógico aseverar que el legislador quiso incluir los trabajos de colaboración social como una de las posibles acciones utilizables por la política de empleo para reducir el problema del paro en España que, por aquellos años, alcanzaba los 16.9 puntos¹⁶, ocupando nuestro país el primero de los puestos entre los miembros de la OCDE con mayor número de desempleados.

Ahora bien, si esto es así, cabría plantearse por qué el apartado 3 del artículo 38 del RD citado, contiene un elemento coadyuvante para que los parados acepten los puestos de trabajo ofertados, consistente en la previsión de una sanción cuando se produzca la negativa injustificada del trabajador a aceptar el puesto ofertado. Una sanción que la LISOS ha ordenado en forma distinta a lo contenido en el artículo indicado, dado que gradúa, *in crescendo* y directamente proporcional, la magnitud de la sanción en función del número de negativas que realice el beneficiario de la prestación o subsidio. Así, la primera negación injustificada trae consigo la pérdida de la percepción de la prestación durante tres meses, seis meses dura la pérdida si se repite la renuncia y, con la tercera, se extingue la misma, pero no el derecho¹⁷ (artículo 40.b), apartado segundo, de la LISOS). Si constatado queda que la intención del legislador es la de incrementar las oportunidades de empleo a través de esta medida, nos preguntamos acerca de la causa que justificaría la necesidad de obligar a trabajar dado que, al legislador parece resultarle insuficiente la voluntad que se presume a quien, deseando, no puede hacerlo por la escasez de oportunidades. Ese requerimiento del artículo 38.3 del RD 1445, además de anular el componente de la voluntariedad –uno de los cuatro que definen a los contratos de naturaleza laboral¹⁸-, introduciría a nuestro ordenamiento jurídico en los que serán los futuros nuevos esquemas de políticas de empleo: las políticas activas de empleo –desde el *welfare* al *workfare*-, que, unas décadas más tarde, se formularían desde la Unión Europea bajo el paraguas de la Estrategia Europea de Empleo¹⁹. Sin embargo, en los años ochenta, cuando se aprueba el RD 1445/1982, la

¹⁵ El entrecomillado pertenece al párrafo tercero del texto que, a modo de exposición de motivos, puede encontrarse como introducción al articulado del RD 1445/1982, de 25 de junio.

¹⁶ Estos datos pueden consultarse en <http://data.worldbank.org>, accesible el día 7 de noviembre de 2014.

¹⁷ No específicamente sobre la distinción entre la extinción del derecho o de la prestación, pero sí tratándolo de forma colateral, se recomienda la lectura del trabajo de la Prof. Edurne López Rubia, “Cálculo de la base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente Total en el trabajo de colaboración social” en Revista Doctrinal Aranzadi Social párf. núm.144/2000, parte Presentación, accesible el día 7 de noviembre de 2014 en www.westlaw.es.

¹⁸ Conforme al tenor del artículo 1.1 de RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹ Para una mejor comprensión de la evolución de la política de empleo en España, especialmente tras

previsión de la obligación para el desempleado, no parece que vaya por ese camino de activarlo²⁰, sino que, más bien, estaría próxima a la idea de la “aportación de esfuerzo laboral que la sociedad está en condiciones de pedir a los ciudadanos”²¹, amparada en el deber de trabajar contenido en el artículo 35.1 CE. De esta forma se trataría de reequilibrar el esfuerzo que la colectividad está haciendo –a través de la prestación o subsidio- mediante el reclamo de una contribución personal –los trabajos de colaboración social-.

Por consiguiente, en lo que respecta a la finalidad buscada desde los trabajos de colaboración social podría concluirse que no es una, sino dos, diseñadas de manera que puedan coexistir en la misma institución sin eclipsarse. De un lado, ofrecer al desempleado la oportunidad de incorporarse al mercado de trabajo, evitando que, por el paso del tiempo en situación de desempleo, se produzca la pérdida de competencias y habilidades profesionales ya adquiridas –recordemos que la adaptación del puesto de trabajo a la formación del trabajador es uno de los requisitos mencionados en el artículo 38 del RD 1445-. Y, de otro lado, hacerlo participar de la obligación que, conforme al artículo 35.1 CE, pesa sobre cualquier ciudadano que resida en España, relativa a contribuir a la existencia del Estado de Bienestar a través del trabajo personal.

En la búsqueda del equilibrio entre esas finalidades, el legislador diseñó, con inteligencia, los trabajos de colaboración social de manera que, su configuración normativa, no interfiriera en exceso en la esfera de los derechos subjetivos del beneficiado por la prestación. Y, para ello, estableció límites en el uso de estos contratos, límites ordenados por los elementos que componen los trabajos de colaboración social. Eso justificaría que el legislador haya previsto, por una parte, que esta tipología contractual no goce de naturaleza laboral dado que, al ser impuesta –y no voluntaria-, se localiza a extramuros de la economía y de las relaciones laborales, ubicándose en el ámbito de las libertades civiles y políticas. Y, de otro lado, que se hayan ordenado unos requisitos que, por ser definidores de trabajos que inciden directamente en el derecho de los ciudadanos a la incoercibilidad de las obligaciones de hacer, a la libertad de desplazamiento, etc., habrán de interpretarse por los operadores jurídicos de forma restrictiva, algo que, hasta hace poco, distaba bastante del sentir general de la doctrina jurisprudencial como, a continuación, tendremos ocasión de estudiar.

la entrada de nuestro país en la Unión Europea, se recomienda la lectura de la obra de los Profesores Ralf Rogowski, Robert Salais, Noel Whiteside: *Transforming European Employment Policy*, Edward Edgar, 2013.

²⁰ Recordemos que la ordenación normativa de las políticas activas de empleo tiene lugar en España con la Ley 56/2003 de Empleo y la introducción del acuerdo personal de empleo para los desempleados no perceptores de prestación o subsidio –artículo 19 septies- y del compromiso de actividad para quienes sí sean perceptores –artículo 27-.

²¹ Esta expresión es la que emplea el Profesor Antonio Martín Valverde en “*Pleno empleo, Derecho al Trabajo, Deber de Trabajar en la Constitución Española*” en Martín Valverde, Antonio: *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema, celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979, 1980*, pp. 188.

4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

Para comprender la dinámica interna de los trabajos de colaboración social interesa detenernos, en primer lugar, en el ámbito subjetivo donde están llamados a participar unas partes con connotaciones específicas que excluyen cualquier posibilidad de que sean esas y no otras, las convocadas a utilizar esta fórmula de contratación. Posteriormente nos centraremos en el ámbito objetivo, esto es, las características que han de predicarse de las obligaciones de hacer que encierran los trabajos de colaboración social para que lo sean. Y, entre esas particularidades, nos centraremos en la utilidad social y la temporalidad, por constituir puntos recurrentes de debate por las partes litigantes ante los tribunales, incluso en la propia jurisprudencia.

4.1. Requisitos para contratar y ser contratado

Conforme al artículo 38 del RD 1445/1982 en su apartado primero, contratar podrán las Administraciones Públicas. Ahora bien, qué ha de entenderse por tal es una cuestión a la que el RD citado no responde, ni tampoco el artículo 213.3 de la LGSS, que se limita a transcribir y ampliar el ámbito subjetivo a las entidades sin ánimo de lucro, ya sean estas de titularidad pública o privada. Es la jurisprudencia del TS, en concreto la STS de 27 de diciembre de 2013²², la que da, por primera vez, una respuesta concreta a este interrogante. En relación a ella, adelantamos aquí y ahora que, como se verá, marca un antes y un después en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, dado que cambia radicalmente la interpretación de algunos aspectos –especialmente los pertenecientes al ámbito objetivo– de los trabajos de colaboración social. En esta sentencia, decimos, se prescribe, en el FD 4º, que el concepto de Administraciones Públicas es restringido, pudiendo sólo ser consideradas tales las relacionadas en el art. 2.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. De este modo deben entenderse, “excluidas cualquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local que son sector público pero no Administraciones Públicas en sentido estricto”. Respecto de las entidades sin ánimo de lucro, a las que alude la LGSS, guardan silencio tanto las disposiciones normativas como las sentencias que componen el cuerpo jurisprudencial español, por lo que podría proponerse por nuestra parte que, al menos, requisito *sine qua non* para ellas será la existencia de un convenio de colaboración entre la entidad en cuestión y el Servicio Público de Empleo Estatal en este sentido y con esta finalidad concreta de contratar para el fomento del empleo, no bastando el simple hecho de ser entidad colaboradora de una Administración Pública independientemente de la finalidad prevista para ese acuerdo²³.

²² Con anterioridad a esta sentencia, las resoluciones del TS no reparaban –porque tampoco les era solicitado por las partes– en identificar tal extremo.

²³ Este parecer que exponemos es contrario a la opinión del Prof. Jaime Castiñeira Fernández que en las

Los sujetos susceptibles de contratación bajo esta fórmula, conforme al tenor literal del artículo 38.1 del RD 1445/1982, son los trabajadores desempleados, así inscritos en los Servicios Públicos de Empleo, que sean beneficiarios de prestación o subsidio por tal motivo²⁴. Aunque no se ha planteado ante los tribunales todavía, alguna duda podría surgir respecto a si basta con que se tenga reconocido el derecho o hay que estar efectivamente disfrutando de la percepción de la prestación. A nuestro juicio, sólo en el segundo de estos casos sería posible el desempeño de los trabajos de colaboración, dado que la cuantía económica que se percibe debe complementar a la prestación –artículo 38.4 RD 1445- y de que no tendría sentido la amenaza de su pérdida o extinción en caso de negativa injustificada.

4.2. ¿Qué son, y cuáles, los trabajos “de utilidad social y que redunden en beneficio a la comunidad”?

El requisito relativo a que el trabajo para el que se contrata al desempleado sea de utilidad social y redunde en beneficio de la comunidad -contenido en el artículo 38.1.a) del RD 1445/1982- ha concentrado, y concentra, múltiples debates a nivel jurisprudencial, especialmente²⁵. Debates que, aun hoy, continúan sin resolverse puesto que las resoluciones judiciales del TS español –veintitrés de las veintitrés estudiadas- optan por la vía rápida de interpretar el artículo 103 CE como presunción iuris tantum a favor de las Administraciones Públicas. De esta manera, en las sentencias se parte de la idea de que las Administraciones sirven, siempre y en todo lugar, con objetividad los intereses generales de la ciudadanía y, sólo ante “casos excepcionales de desviación de poder”²⁶, se podría afirmar –previa demostración por la parte que lo niegue- que los trabajos realizados no cumplen esa finalidad de la utilidad social. Sin entrar ahora en que los recientes hallazgos policiales y

pp. 282-283 de su trabajo “*Los trabajos de colaboración...*”, op.c., indica que las agencias de colocación podrían ser un claro ejemplo de entidades capacitadas para realizar esta contratación, independientemente de si en sus convenios reguladores se indica expresamente esta finalidad de contratar a trabajadores desempleados para participar en contratos de colaboración social.

²⁴ Otras cuestiones se planteó el Prof. Castiñeira respecto a los tipos de prestaciones o subsidios que abarcaban los trabajos de colaboración social, preguntándose si era o no discriminatorio que los ciudadanos perceptores de pensión por viudedad, desempleo agrícola, etc., debieran estar contenidos o no en esta tipología contractual. En este sentido puede leerse en las pp. 277-282 de su trabajo “*Los trabajos de colaboración...*”, op.c.

²⁵ En lo que se refiere a la doctrina científica, todos los trabajos utilizados en este estudio apuntan a la misma dirección: considerar que la utilidad social es un elemento clave de esos contratos y que debe predicarse del objeto de la prestación, no siendo aceptable una presunción a favor de las Administraciones Públicas –aun menos de las entidades sin ánimo de lucro- por el simple hecho de serlo. En este sentido se pronuncian los Profesores Xavier Boltaina i Bosch, “*Régimen jurídico de los trabajos temporales de colaboración social...*”, op.c., pp. 378-379; Jaime Castiñeira Fernández, “*Los trabajos de colaboración...*”, op. c., pp. 285-286; Jesús López López, “*Utilización abusiva...*”, op.c., pp. 150; José Luis Lázaro Sánchez, “*La utilización por las administraciones públicas...*”, op.c., pp. 222; Manuel Iglesias Cabero, “*Contrato de colaboración social...*”, op.c., pp. 790; AA.VV.: “*Trabajos de colaboración social...*”, op.c., pp. 77, y Oriol Cremades Chueca, “*Los Trabajos de colaboración social y sus límites...*”, op.c., pp. 47.

²⁶ El FD 4º de la STS de 27 de diciembre de 2013 introdujo por vez primera esta excepción a la presunción de utilidad social referida de la desviación del poder en las actuaciones de las Administraciones Públicas, que luego se ha recogido literalmente en las posteriores SSTs de 22 de enero, de 6 de mayo y de 11 de junio, todas ellas del año 2014.

judiciales relativos a casos de corrupción extrema, extendida por todo el territorio nacional, podrían llevarnos fácilmente a argumentar justamente lo contrario, a nuestro parecer, el iter que debería seguirse por la jurisprudencia –o por la norma que regulara con más detalle este punto- ya está bosquejado en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 39 del RD 1445/1982, tal y como tuvo oportunidad de reseñar en su voto particular a la STS de 9 de mayo de 2011, el Magistrado Alarcón Caracuel. Un voto este que, como se verá en el próximo apartado, ha servido de luz guía en la aclaración, para el TS, del segundo de los requisitos objetivos perfiladores de los trabajos de colaboración social. Para el Magistrado Manuel Ramón Alarcón, la explicación a que se exija, en estas letras, que las Administraciones Públicas acrediten documentalmente la utilidad social de las obras, trabajos o servicios para los que vaya a contratarse a desempleados, es precisamente que esas decisiones no están amparadas en esa presunción mencionada en el artículo 103 CE. Algo que, por otro lado, no es extraño ni repugna a la historia de los orígenes de esta institución dado que, en los artículos 4 y 5 la Ley de 25 de junio de 1935 y en el artículo 6 de la Ley de 7 de julio de 1934, se preceptuaba que las Administraciones Públicas no sólo acreditaran documentalmente la utilidad social de las obras públicas solicitadas sino que, además, se enumeraban –no con una finalidad taxativa sino ejemplificativa- las obras concretas y servicios a los que se les suponía tal finalidad. Este ejercicio de transparencia y claridad en la actuación del aparato público de administración de fondos, también públicos, es, justamente, lo opuesto al escenario actual, donde el palpable miedo a afrontar el vértigo moral que conlleva definir –o al menos intentarlo- qué podría ser beneficioso para la comunidad y útil al colectivo, está provocando situaciones rayanas en el fraude y la ilicitud. Hasta ahora, la jurisprudencia del TS considera suficiente que sean las Administraciones Públicas quienes decidan cuáles de sus actividades son susceptibles de ser cubiertas a través de trabajos de colaboración social, “siendo innecesario que tengan una especial connotación “*social*” (por ejemplo, relacionados con la asistencia social) y pudiendo además consistir en tareas meramente instrumentales”²⁷. Con esta aseveración puede observarse cómo la balanza que configuran las dos finalidades contenidas en este tipo contractual, pretendidamente equilibrada por el legislador, se inclina más hacia el deber de trabajar que engulle, sin pestañear, a la integración social del desempleado.

Una distinción que, sin embargo, sí que hace la STS de 27 de diciembre de 2013, y que con anterioridad nunca se había planteado en la jurisprudencia del TS, es la relativa a las disímiles exigencias impuestas a las entidades sin ánimo de lucro que pretendan contratar a desempleados con la figura de los trabajos de colaboración social. Sobre estas, dado que no son estrictamente Administración Pública, debe recaer, entiende la STS citada, “la carga de acreditar documentalmente que, las obras, trabajos o servicios objeto del contrato en cuestión, tienen “*utilidad social*”, sin que baste su mera y simple declaración, y sin poder beneficiarse de ninguna

²⁷ También este entrecomillado pertenece al FD 4º de la STS de 27 de diciembre de 2013.

presunción de que los trabajos por ellas contratados tienen utilidad social y/o redundan en beneficio de la comunidad²⁸; dejando en manos del Servicio Público de Empleo Estatal y de los tribunales, llegado el caso, la obligación de controlar la virtualidad de esa acreditación.

4.3. La discutida temporalidad

El punto de inflexión más importante que contiene la STS de 27 de diciembre de 2013 es el relativo a la temporalidad prevista en el artículo 38.1.b) del RD 1445/1982. Hasta ese momento jurisprudencial, -y aun antes con el voto particular del Magistrado Alarcón Caracuel en la citada sentencia de 9 de mayo de 2011, seguido literalmente por la posterior sentencia de 27 de diciembre de 2013-, las resoluciones del Tribunal Supremo anudaban ese requisito al vínculo o adscripción que unía al desempleado con la Administración contratante, el cual, por la propia definición de la prestación o subsidio, era perennemente limitado en el tiempo. No se tenía en cuenta, por tanto, la naturaleza del objeto del contrato a desarrollar por el desempleado, llegándose a situaciones burdas como las acaecidas, entre otras y por ser las más numerosas, -visto que han dado lugar a trece de las veintitrés sentencias consultadas en este trabajo-, en Las Palmas de Gran Canaria, donde la figura de los trabajos de colaboración social se utilizaba para cubrir actividades normales de las Administraciones Públicas que, en absoluto, se caracterizaban por la temporalidad de las labores a atender. A pesar de que el tenor literal de la letra b) del artículo 38 del RD 1445, concreta el requisito de la temporalidad en que la duración del contrato sea igual al tiempo que quede al desempleado de percibo de la prestación o subsidio por desempleo, la jurisprudencia venía permitiendo que las entidades contratantes incrementasen la utilización de mano de obra barata para cubrir necesidades reales y permanentes de las Administraciones. Lo cual, lejos de ser una interpretación restrictiva de este elemento o de fomentar el empleo en la sociedad, perjudicaba indebidamente a la Seguridad Social, que debía seguir abonando la prestación por desempleo -artículo 38.4 RD 1445/1982-, e imposibilitaba la inclusión social de los desempleados contratados, quienes, continuaban consumiendo dicha prestación dado que no podían negarse a aceptar esta fraudulenta contratación so pena de verse sancionado por ello.

²⁸ Ibidem.

4. CONCLUSIONES

Creados a comienzos de la década de los años ochenta, los trabajos de colaboración social están más de actualidad que nunca debido a su recurso constante por parte de Administraciones Públicas con responsabilidades cada vez más numerosas y con menos capacidad económica, siendo reflejo de ello la jurisprudencia del TS, abarrotada de resoluciones sobre litigios asentados en esta temática.

La aproximación que se ha realizado desde este trabajo, tomando como punto de partida un breve estudio de lo que podrían ser los antecedentes históricos de esta institución, nos ha llevado a concluir, de un lado, que los trabajos de colaboración social encierran en sí una doble finalidad, la de la integración social del desempleado y la del deber de ayudar –con el trabajo personal- a la sociedad en que se inserta. Estos dos propósitos y, en especial, su coexistencia equilibrada en la misma institución jurídica, fue diseñada por el legislador mediante un juego de límites a la dualidad de objetivos. Tales límites se construyeron sobre cuatro elementos que definen a los trabajos de colaboración, siendo especialmente dos los que soportan el mayor peso: la utilidad social de la función para la que se contrata al desempleado y la temporalidad de la actividad a desempeñar. La aplicación torticera que hasta hace poco venía realizando el TS de estos elementos, consistente en una interpretación hiper-amplia de su sentido, ha provocado el abuso de esta institución y la imposición a los ciudadanos afectados de situaciones de pobreza laboriosa.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV.: *“Trabajos de colaboración social. Cuando estos sólo redundan en beneficio de la Administración”* en CEF Gestión: Revista de actualización empresarial, Nº. 178, 2013.

- Arango Fernández, Jesús: *“El subsidio de paro en la Segunda República”* en Aróstegui Sánchez, Julio (Ed.): *La República de los trabajadores. La Segunda República y el mundo del trabajo*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2006.

- Boltaina i Bosch, Xavier: *“Régimen jurídico de los trabajos temporales de colaboración social prestados en Administraciones públicas por trabajadores desempleados”* en Revista Vasca de Administración Pública, Nº 45 (I), 1996.

- Castiñeira Fernández, Jaime: “*Los trabajos de colaboración social*” en Cruz Villalón, Jesús (Ed.): Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, 1999.

- Cremades Chueca, Oriol: “*Los Trabajos de colaboración social y sus límites. A raíz de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013*” en Iuslabor, N° 2, 2014.

- Iglesias Cabero, Manuel: “*Contrato de colaboración social, naturaleza, esencialmente temporal: el cese no se considera despido*” en Diario La Ley, N° 8090, 2013.

- Lázaro Sánchez, José Luis: “*La utilización por las administraciones públicas de los trabajos temporales de colaboración social*” en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 113, 2012.

- López López, Jesús: “*Utilización abusiva de trabajadores en régimen de colaboración social por las Administraciones Públicas*” en Información laboral. Legislación y convenios colectivos, N° 21, 2002.

- López Rubia, Edurne: “*Cálculo de la base reguladora de la prestación de Incapacidad Permanente Total en el trabajo de colaboración social*” en Revista Doctrinal Aranzadi Social parafr.num.144/2000 parte Presentación, accesible en www.westlaw.es.

- Martín Valverde, Antonio: “*Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola*” en Agricultura y Sociedad, N° 3, 1977.

- Martín Valverde, Antonio: “*Pleno empleo, Derecho al Trabajo, Deber de Trabajar en la Constitución Española*” en Martín Valverde, Antonio: Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979, 1980.

- Rogowski, Ralf; Salais, Robert; y Whiteside, Noel: *Transforming European Employment Policy*, Edward Edgar, 2013.

- Valdés Dal Ré, Fernando: “*El Derecho del Trabajo en la Segunda República*” en Relaciones Laborales, N° 8, 2006.

6. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- STC núm. 119, de 16 de julio de 2014
- STS de 3 de junio de 1996
- STS de 30 de abril de 2001
- STS de 24 de abril de 2010
- STS de 9 de mayo de 2011
- STS de 24 de noviembre de 2011
- STS de 19 de abril de 2012
- STS de 24 de abril de 2012
- STS de 5 de julio de 2012
- STS de 18 de septiembre de 2012
- STS de 22 de octubre de 2012
- STS de 14 de noviembre de 2012
- STS de 19 de diciembre de 2012
- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 4 de febrero de 2013
- STS de 8 de marzo de 2013
- STS de 12 de marzo de 2013
- STS de 26 de marzo de 2013
- STS de 9 de julio de 2013
- STS de 23 de julio de 2013
- STS de 27 de diciembre de 2013
- STS de 22 de enero de 2014
- STS de 6 de mayo de 2014
- STS de 11 de junio de 2014

**SOBRE LA FRÁGIL ESTABILIDAD DEL
PERSONAL LABORAL EN EL SECTOR
PÚBLICO**

Thais Guerrero Padrón
Prof. Contratada Doctora
Universidad de Cádiz

SUMARIO

- 1. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
 - 1.1. Antecedentes: Ley de la Función Pública Estatal**
 - 1.2. Ley de la Función Pública andaluza**
 - 1.3. Normativa actual a través del Estatuto Básico del Empleado Público**
- 2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL**
 - 2.1. ¿Personal laboral “indefinido no fijo” y/o simplemente “indefinido”?**
 - 2.2. Efectos derivados de la ruptura del vínculo contractual**
- 3. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

1. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1.1 Antecedentes: Ley de la Función Pública Estatal

La referencia al régimen jurídico de las contrataciones laborales al servicio de las Administraciones Públicas carece de antecedentes efectivos prácticamente hasta la publicación de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública¹. Con una visión funcionarial prevalente, la referida Ley parte básicamente de las normas constitucionales que rigen la materia, en especial el art. 103 en estrecha y obligada, conexión con el art. 23.2 del mismo texto constitucional, norma aquélla supeditada a un desarrollo reglamentario que, en el terreno del personal laboral, apenas se ha producido, debiendo subrayarse que las breves citas que hace sobre el personal laboral resultan incompletas y, en ocasiones, indeterminadas.

No obstante, respecto de la regulación del personal laboral, un detenido examen permite extraer los siguientes aspectos.

En primer lugar, como medio esencial de empleabilidad convencional, el art. 3.2 letra c) señalaba que corresponde en particular al Gobierno “establecer las instrucciones a que deberá atenerse la representación de la Administración del Estado en la negociación colectiva con el personal sujeto al derecho laboral”.

Una segunda cuestión a tener en cuenta es la referida a las dotaciones presupuestarias para este personal. Conforme a su art. 14.3, “las plantillas de los diferentes Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado, así como las del personal laboral, serán las que resulten de los créditos establecidos en la Ley de Presupuestos”.

Una tercera observación, particularmente interesante en este contexto, contempla las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, pormenorizando detalles para la debida identificación, englobando a personal funcionario y personal laboral. El art. 15.1 letra c), en la redacción dada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, señala que con carácter general, los puestos de

¹ Hay una escueta y residual referencia en la Ley 109/1963 de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado, que en el punto cinco de la Base I, señalaba: “Los trabajadores contratados por la Administración civil se regirán por el Derecho laboral”. Luego era reiterado en la norma articulada, aprobada por Decreto 315/1964 de 7 de febrero, que en su art. 7 establecía que “son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable”, si bien matizando que “en todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de la Administración civil deberá estar autorizada reglamentariamente”. La norma alcanzó escasa relevancia práctica probablemente debido al gasto extra que suponía esta contratación, controlada en la Ley General Presupuestaria y debidamente desarrollada por el Real Decreto 1485/1979, de 1 de junio, reguladora de la fiscalización previa de los planes de contratación de personal y de los contratos que se formalizaran al margen de los referidos planes del Estado y de sus organismos autónomos, con expresa nulidad de los actos administrativos de esta índole que infringiesen aquel mandato.

trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos (debiendo ser especificados en atención a la naturaleza de su contenido por el Ministerio correspondiente). De esta regla general se exceptúan ciertos puestos –que relaciona- que “podrán” ser desempeñados por personal laboral, como los puestos de naturaleza no permanente, actividades de carácter periódico y discontinuo, actividades propias de oficios, o puestos de carácter instrumental, entre otros². Puede presumirse que tales puestos corresponderían al personal laboral fijo. En todo caso, la provisión de todo empleo público requerirá “que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones de puestos de trabajo” (letra f), requisito inexistente en tareas no permanentes realizadas mediante contrato de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos propios.

El Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado, aprobado por RD 2223/1984 de 19 de diciembre, un sistema común de selección y acceso al sector público, aunque precisando su art. 5 que “la selección de personal laboral fijo, previa a su contratación, se realizará por el sistema de concurso”, salvo que por especiales circunstancias (expresamente “la naturaleza de las tareas a realizar o el número de aspirantes”) se requiera el sistema de concurso-oposición u oposición. El art. 32 de esta misma norma, tratando al “personal no permanente” de la Administración, facultaba a los departamentos ministeriales para contratar personal laboral de duración determinada “para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo”, noción que excede o complementa el contenido del art. 15.1 f) de la Ley 30/1984.

En cuarto lugar, la configuración o la instauración de la denominada “oferta de empleo público” permitirá dimensionar y, en su caso, aprobar la oferta anual de empleo del personal al servicio de la Administración del Estado, quedando afectados en el proceso de selección tanto el personal funcionario como el laboral³,

² El art. 15.1 c) de la Ley 30/1984 refiere en concreto: “Los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores; los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño; los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares; los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo”; inciso este último introducido por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre..

³ En aplicación del art. 18 de la ley 30/1984, se aprobaba la oferta de empleo público para el año 1985, distinguiendo en sus anexos I y II las plazas asignables a funcionarios y las cubiertas con personal laboral. Respecto de las posibles categorías o grupos laborables afectados, el anexo generaliza el número de plazas sin concretar las vacantes; en lo tocante al personal subalterno, se refleja numéricamente la dotación acordada.

configurándose la actualización de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

Finalmente, el art. 28 de la Ley 30/1984 regula la racionalización de las plantillas de personal laboral disponiendo que “el Gobierno procederá también a racionalizar las plantillas del personal laboral, a través de los instrumentos establecidos en el artículo anterior” (refiere el procedimiento y estructura de los Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado) o de los que resulten precisos de acuerdo con su naturaleza jurídica y coherentemente, y en sintonía, habría que deducir, con la racionalización de los Cuerpos y Escalas de los funcionarios.

1.2. Ley de la Función Pública andaluza

Las Comunidades Autónomas, conforme a las previsiones del art. 11 y concordantes de la Ley 30/1984, procederán a agrupar a “sus funcionarios” mediante la estructura de los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías que proceda y se refleje en las respectivas leyes de presupuestos, a través de la correspondiente relación de puestos de trabajo, pudiendo elaborar sus propias ofertas de empleo público, ajustándose a los criterios establecidos para la Administración del Estado. Es de significar que el precepto mencionado, siendo un instrumento de ordenación de la función pública a nivel autonómico, omite toda referencia al “personal laboral”, sin perjuicio de que preceptos sucesivos de forma puntual aludan a ese personal (arts. 14.3, 19.1, 25 y 28, entre otros).

La Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la Función Pública de la Junta de Andalucía, ofrece plena similitud con la Ley de la Función Pública Estatal en todos los aspectos referentes al personal laboral, inclusive considerando su parquedad. No obstante, interesa destacar, en orden a la clasificación del personal al servicio de la Junta de Andalucía, el grupo denominado genéricamente “laborales” (art. 16). La norma indica que este personal es contratado con tal carácter y su régimen jurídico está sometido al derecho laboral, con los principios, objetivos y garantías (y limitaciones) que establece el art. 2 de la Ley. El art. 32 se refiere a los puestos de trabajo “que vayan a ser desempeñados por este personal” mediante contrato indefinido “de tal carácter”, mediando “período de prueba que marca la legislación general”, condición ésta que parece pugnar con el sistema general de selección de los empleados públicos. El contenido y efectos de esta relación se regirán por el ordenamiento laboral “y los actos preparatorios a su constitución”. El art. 33 también previene que “podrán celebrarse contratos laborales de carácter temporal para realizar trabajos imprevistos, urgentes y no permanentes que no respandan a un puesto de trabajo presupuestariamente dotado”.

1.3. Normativa actual a través del Estatuto Básico del Empleado Público

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), aprobado por la ley 7/2007 de 12 de abril⁴, diseña las bases y principios aplicables a las relaciones del empleo público, desvelando su propia regulación una compleja perspectiva sujeta a un obligado y presuntamente lento proceso de desarrollo legislativo en el que asumirá derivadamente especial protagonismo la negociación de los convenios colectivos a instancia de los representantes de los sectores funcionariales o laborales.

Reflexionando siempre, como es el objetivo de esta comunicación, en la inestable situación del personal laboral no fijo al servicio de la Administración Pública, el EBEP señala que el mismo será de aplicación a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, remarcando su aplicabilidad, en lo que proceda, al personal laboral (art. 2). Sin embargo, el art. 7 establece que este personal laboral se rige, “además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionales aplicables”, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.

La clasificación del personal laboral distingue los siguientes grupos o categorías: “fijo, por tiempo indefinido o temporal” (art 8.2.c), calificación nominal fundada en “cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral” (art. 11), reiterando de forma concisa que, en función de la duración del contrato, éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Una primera observación, en orden a clarificar la posición del sujeto trabajador en el sector público, requiere distinguir dos campos, ambos excluyentes y sujetos a un necesario desarrollo reglamentario en materia de empleo público. De un lado, “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas” corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos (art. 9.2). Y de otro y paralelamente, la identificación de los puestos que pueden ser desempeñados por el personal laboral queda relegada bajo una formulación discrecional que deja al futuro desarrollo reglamentario el establecimiento de los “criterios” oportunos a tal fin (art. 11.2).

⁴ Como evidencia su Exposición de Motivos, el EBEP constituye una respuesta múltiple a las diversas transformaciones operadas en el marco de la función pública, motivada en síntesis, por una profunda descentralización administrativa, la “emergencia de las administraciones autonómicas” y una concepción y gestión de los intereses públicos más participada por los ciudadanos en general, armonizando y respetando las previsiones del art. 103 de la Constitución con un alcance efectivo del art 23.2 del mismo texto, consagrándose un derecho “general” de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, respetándose en todo caso y siempre los principios constitucionales de mérito y capacidad, pese a la heterogeneidad apreciada en las diferentes Administraciones públicas y los propios sistemas de provisión de puestos de trabajo del “empleado público”.

La terminología utilizada en el EBEP respecto de este personal, si bien, en principio, no plantea problemas para la identificación del personal fijo y temporal, en cambio puede ocasionar innumerables problemas para el denominado “trabajador por tiempo indefinido”. Según el propio art. 11.1 ésta variante surge en “función de la duración de contrato”, pero previamente advierte que su formalización escrita se atenderá a “cualquiera de las modalidades de contratación de personal prevista en la legislación laboral”. Considerando los términos del art. 15 del ET, difícil acomodo encuentra aquel tipo contractual, deducido que el contrato por tiempo indefinido se contrapone con el concierto de una relación laboral de carácter temporal.

Podría inferirse que el EBEP acaso adoptó aquella figura contractual como una transposición de la noción de trabajador “indefinido no fijo” acuñada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a finales del año 1996⁵. No obstante, su integración en el texto legal sin definir su contenido y omitiendo la adjetivación de “no fijo”, dificulta su comprensión y permite deducir que la creación jurisprudencial, en sí misma, agota su recorrido al solventar el concierto irregular-incluso en fraude de ley- de determinadas relaciones laborales temporales de la Administración Pública. Esta conclusión, en sus líneas básicas, ha tenido acogida legal a través de la disposición adicional decimoquinta del ET en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para el Mercado de Trabajo, adicionando un segundo párrafo del siguiente tenor: “En cumplimiento de esta previsión –superar los límites de duración de los contratos por obra o servicio determinado- el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda su cobertura por los procedimientos antes indicados –forma reglamentaria- , momento en que se producirá la extinción de la relación laboral...”. Esta novedad, no obstante, era silenciada en la propia Exposición de Motivos de aquella Ley.

El EBEP ordena igualmente otras materias atinentes al régimen jurídico del personal laboral, referido a su carrera profesional, clasificación, retribuciones y otros aspectos “a excepción del régimen disciplinario”, cuyo desarrollo y efectividad parece desviar el legislador a la negociación colectiva.

⁵ “Para salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público...” (Sentencia de 22 de julio de 2013, f.j. tercero).

2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

2.1. ¿Personal laboral “indefinido no fijo” y/o simplemente “indefinido”?

El análisis jurisprudencial de la contratación temporal por las Administraciones Públicas experimentó, en orden a su calificación y efectos, una profunda evolución en las últimas décadas, con diferentes valoraciones. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de enero de 1998, Sala General, resume la trayectoria y argumentos esgrimidos del siguiente tenor:

“Una primera línea doctrinal valoró la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación laboral de carácter temporal para concluir que como regla general y salvo supuestos especialmente cualificados “las irregularidades que puedan cometer las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido”, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito (sentencia de 27 de noviembre de 1989 y las que en ella se citan). Este criterio se aclara posteriormente por las sentencias de 7 de febrero de 1990, 24 de abril de 1990, y 18 de julio de 1990, en las que se precisa que la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho. Sin embargo, a partir de la sentencia de 18 de marzo de 1991 la doctrina de la Sala se orienta a considerar que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza. Pero el alcance de esta posición ha sido de nuevo matizado a partir de la sentencia de 7 de octubre de 1996, en la que se establece que “la contratación 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 plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido” (f.j. segundo).

Ante la concurrencia de normas laborales y administrativas y con el objeto de fijar definitivamente el alcance de la doctrina preferente, el TS destacaba en aquella misma sentencia la especial posición de la Administración en la contratación laboral rechazando que las irregularidades de los contratos temporales dieran lugar

a una situación de fijeza⁶, vulnerando normas de derecho necesario definitorias del acceso al empleo público “de indudable relevancia constitucional” y prevalentes en su observancia en defensa de los intereses generales que ordena.

Sentada la noción jurisprudencial de trabajador “indefinido no fijo”⁷, con vinculación temporal incierta a determinada vacante, interesa examinar el concepto del trabajador laboral contratado por tiempo indefinido innovado por el EBEP (arts. 8. 2 c y 11.1), dado que el legislador no ha incorporado norma o referencia alguna sobre su contenido o alcance o posible definición.

Sobre esta cuestión el TS, en Sala General, sentencia de 22 de julio de 2013, ponía de manifiesto que tal concepto (“indefinido” del EBEP) no figuraba en el proyecto inicial, produciéndose su incorporación durante su tramitación parlamentaria, a fin de que el profesorado de religión –dadas su peculiares condiciones de contratación y empleo- quedase integrado en aquel texto. Y además, se afirmaba que la figura jurisprudencial del trabajador “indefinido no fijo”, es ajena a la noción legal del temporal indefinido previsto en el EBEP, sin que esta regulación absorba y sustituya aquella coyuntural concepción.

No obstante, cabe interrogarse si existe alguna afinidad entre ambas figuras (posibilidad descartada por la jurisprudencia), máxime considerando que con posterioridad a la publicación del EBEP se han producido situaciones contractuales irregulares entre trabajadores temporales y las Administraciones Públicas que el TS sigue denominando “indefinido no fijo” y no simplemente “indefinido”. El dilema podría haberse clarificado a través de la disposición adicional decimoquinta 1 del ET, que sin embargo, de forma cauta, silencia toda calificación jurídica del supuesto que contempla; el tenor del párrafo segundo, sin embargo, se aproxima más a la idea jurisprudencial de “indefinido no fijo”, convicción que deja abierto el precedente conflicto jurisdiccional desde un punto de vista dogmático y salvado el criterio del voto mayoritario.

En todo caso, la noción legal de “indefinido” supone un concierto contractual *ab initio*, con evidente proyección de futuro que el legislador ni define ni desarrolla, en tanto que la fórmula jurisprudencial de “indefinido no fijo” (acaso

⁶ Como sostiene la sentencia del TS de 13 de octubre de 1998, la calificación de fijeza es una calificación que corresponde a la posición subjetiva del trabajador en la empresa, mientras que la calificación del carácter indefinido de la relación contractual de trabajo está referida objetivamente al vínculo contractual y no a la posición del trabajador.(f.j, tercero)

⁷ La sentencia del TS de 27 de mayo de 2002, matizaría aún más su apreciación jurisdiccional ante las posibles irregularidades de los contratos temporales, señalando: “...que cuando se declara ineficaz la cláusula de temporalidad de un contrato de trabajo, por exceder de los límites o desconocer los requisitos del art. 15 (del ET), se está cumpliendo dicho precepto; pero en el supuesto allí enjuiciado (sentencia de 22/7/2013) la Sala de aprestó a cumplir la función tan claramente encomendada por el también art. 9 del Estatuto de los Trabajadores y, en lugar de dejar completado el contrato tácitamente por los preceptos adecuados, completó el contenido del contrato con los preceptos insoslayables para una Administración Pública”

más definido) no viene sino a cerrar y solventar una situación contractual irregular precedente, presidida por la idea de temporalidad y pendiente de su futura cobertura reglamentaria, aún discutible el tema de la vinculación con determinada vacante cuando el trabajador afectado ha podido prestar sus servicios profesionales en diferentes puestos de trabajo, no teniendo por qué resultar el último el más representativo a estos efectos.

La condición de empleado público del personal laboral por tiempo indefinido se alcanza, según los art. 8 y 11 del EBEP, en virtud del contrato de trabajo suscrito “conforme a la legislación laboral”, remisión que, como ya se advirtió, nada aclara ni despeja toda vez que desde la perspectiva de aquel texto, no constan ni se identifican los puestos de trabajo que pueda desempeñar el personal laboral, ni otros aspectos fundamentales conexos, declinados, al parecer, hacia la regulación convencional; en todo caso, subrayando que esta variante contractual temporal va a concurrir con los trabajadores típicamente “temporales”.

Simplificando toda esta polémica se podría llegar a deducir que los trabajadores indefinidos ocuparán coyunturalmente puestos previstos en la relación de puestos de trabajo o como consecuencia de la ejecución de la oferta pública de empleo por vacancia, o atender planes extraordinarios de empleo. En cambio, los trabajadores puramente temporales atenderán el desarrollo de tareas urgentes, marginales o excepcionales, al amparo de las normas laborales y convencionales por parte del empleador público.

2.2. Efectos derivados de la ruptura del vínculo contractual

La precariedad en el empleo del personal laboral, particularmente el no fijo, se manifiesta en toda su extensión con la suscripción del contrato de trabajo temporal, las eventuales vicisitudes de su desarrollo o en la finalización de la relación laboral concertada. Como señala la doctrina, “El principio de estabilidad en el empleo de los trabajadores al servicio de las Administraciones no alcanza la plenitud del derecho a la inamovilidad del funcionario de carrera, reconocido hoy en el art. 14 a) LEBEP. (...) la relación laboral del trabajador al servicio de las Administraciones puede extinguirse por cualquiera de las trece causas enumeradas en el art. 49 del ET”⁸, fórmulas a las que deberán adicionarse las propias de la función pública, tales como la cobertura reglamentaria de la plaza, su amortización, cese de la actividad o centro... sin derecho a indemnización alguna hasta épocas recientes.

A la debilidad del vínculo jurídico derivado de la consideración jurisprudencial de trabajador “indefinido no fijo”, se une ahora el fenómeno de su extinción justificada sin derecho a indemnización alguna. Ejemplo extremo de esta situación

⁸ A. Montoya Melgar, “Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (Un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público), Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2008, p. 484.

se aprecia en la sentencia del TS de 22 de julio de 2013 que, después de prestar la trabajadora afectada veinte años en el sector público, vio extinguida su relación laboral por amortización de la vacante ex art. 49.1, b) del ET, motivada por el cese de la actividad del Servicio a la que estaba adscrita, sin derecho a indemnización alguna. Del mismo modo negativo argumentaba aquella sentencia que no cabía aplicar el art. 52 del ET, porque “dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquel estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria”, conclusión, afirmaba, igualmente aplicable a los supuestos de interinidad por vacante.

Posterior sentencia del TS de 21 de julio de 2014 (cuyos hechos base son anteriores a la Ley 3/2012) y las que en ella se citan, en un supuesto también de extinción por amortización de puesto de trabajo, pese a rechazar igualmente y por razones de seguridad jurídica, la aplicación de los arts. 51 y 52 del ET, declaró la procedencia de la decisión extintiva empresarial pero reconociendo a favor de las demandantes la indemnización proporcional correspondiente en aplicación del art. 49.1, c) del ET, argumentado que “La pretensión rectora del procedimiento combatía la decisión extintiva y entendía que debía dar lugar a las consecuencias indemnizatorias resultantes de una declaración de ilegalidad de la misma. Por ello, no puede negarse que se pretendía obtener todo aquello que la ley apareja a la correspondiente extinción contractual”.

La disposición adicional vigésima del ET, añadida por la Ley 3/2012, dispuso que los despidos fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio del sector público debería instrumentarse a través de los arts. 51 y 52, c) del ET. Además de definir la norma el contenido y alcance de las diferentes causas, disponía que, en esta materia, tendría prioridad de permanencia el personal fijo, afirmación reveladora de que tal medida podría afectar a todo el personal laboral. Esta norma probablemente motivó que el TS, en sentencia de 24 de junio de 2014, rectificara su doctrina precedente, de modo que la extinción de los contratos de interinidad por vacante así como los de indefinidos no fijos debidos a amortización del puesto de trabajo, debían reconducirse al procedimiento de despido colectivo⁹.

Cabría entender, con la sentencia del TS de 15 de julio de 2014, que cuando se altera el curso natural de la figura jurídica creada (“indefinido no fijo” o supuesto

⁹ Este cambio doctrinal ha sido muy comentado, entre otros, por E. Rojo Torrecilla, “Contrato de interinidad por vacante y amortización del puesto de trabajo en la Administración Pública. Hay que acudir al procedimiento de despido colectivo. El Tribunal Supremo rectifica en menos de un año su doctrina anterior. Notas a la sentencia de 18 de junio”, el blog de Eduardo Rojo, 18 de julio de 2014, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2014/07/contrato-de-interinidad-por-vacante-y.html>, (Fecha de consulta: 27/10/2014).

de interinidad por vacante) por amortización o modificación del puesto de trabajo, no cabe aplicar el art. 49.1, c) ET sino que hay que acudir a los artículos 51 y 52 del ET conforme dispone la disposición adicional vigésima del ET. Al menos la norma como la doctrina ha supuesto el necesario reequilibrio respecto de las diferentes formas extintivas empleadas en el Sector público¹⁰ mediando la oportuna compensación económica.

3. EL NECESARIO PROTAGONISMO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ante este confuso panorama y escaso desarrollo reglamentario, la negociación colectiva debe asumir un protagonismo crucial, dada la importancia de los temas debatidos.

El proceso de negociación, conforme a las pautas marcadas por la Ley de la Función Pública de la Junta de Andalucía que, en esencia, sigue las reglas de la ley 30/1984, si bien que respetando las singularidades y competencias exclusivas o compartidas en materia de la función pública de la Comunidad, según la disposición final segunda del EBEP, está sujeta a dos condiciones fundamentales: a) De un lado, seguir las instrucciones a que deberán atenerse los representantes de la Administración en la negociación colectiva con el personal sujeto al derecho laboral; b) de otro, en orden al régimen retributivo del personal, respetar la política general presupuestaria y las normas y directrices a que deberán ajustarse los gastos de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma (art.4.2, c) y d), y art. 6), con las observaciones y recomendaciones contenidas en el art. 47. El régimen jurídico de este personal laboral deberá acomodarse al derecho del trabajo, pero “en todo caso le será de aplicación los principios del artículo segundo de la presente ley”, norma que refiere los objetivos, principios y reglas que rigen la ordenación y gestión de la Función Pública, en defensa del interés prevalente del Servicio Público (art. 16.3).

La particular antigüedad del VI convenio colectivo del personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía aún vigente (BOJA 28 noviembre 2002) y la posterior publicación del EBEP, posibilitan una futura negociación

¹⁰ Procede el cambio de criterio señalando que la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por un contrato de interinidad por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los arts. 51 y 52 c del ET”, subrayando “ello incluso cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio de la nueva RPT, tenga que acreditar la concurrencia de las causas económica, organizativa y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en este precepto” (TS en sentencia de 24 de junio de 2014). Observación y exigencia compleja ésta que podría colisionar con la valoración jurisdiccional de la resolución adoptada por el órgano contencioso-administrativo, en caso de que se hubiere impugnado el correspondiente acuerdo administrativo.

enriquecida por la experiencia y las nuevas orientaciones contenidas en aquella ley, entendida esta norma estatal vigente y aplicable, según disponía el art. 1 de la ley de la Función Pública andaluza. En consecuencia se amplía el campo y materias de negociación, en todo caso armonizando los condicionamientos impuestos por las Administraciones Públicas con la dinámica legislativa actual de las relaciones laborales.

Además de los aspectos tradicionales propios de la negociación colectiva en general ya consignados, procedería abordar, con especial atención, cuestiones tan relevantes como el acceso al empleo público, la consolidación y promoción, la decidida intervención de la parte social en la determinación de las relaciones de puestos de trabajo, sus modificaciones, la oferta de empleo público precisando el alcance excepcional de los puestos de trabajo asignables al personal laboral (art. 12.2). En su caso, vista la evolución jurisprudencial en materia de sucesivos contratos de duración determinada, la negociación colectiva igualmente debería abordar el encaje del trabajador indefinido no fijo con el indefinido previsto en el EBEP, temas, en general, silenciados en la inmensa mayoría de la doctrina del TS, salvo puntuales regulaciones convencionales que otorgan al trabajador el derecho de opción en caso de despido, aunque con diversas matizaciones (sentencias del TS, entre otras, de 20/3/1997, 23/4/2012 y 25/12/2013).

La propia litigiosidad temática, el elevado número de sentencias dictadas sobre estas materias y la creciente emisión de votos particulares o la simplicidad de su regulación legal, son elementos que revelan la perentoria necesidad de afianzar los derechos laborales y atenuar aquellas graves dudas y litigiosidad a través de la negociación colectiva. El propio EBEP, en su Exposición de Motivos, señala: “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y del personal laboral en los términos que contempla el presente Estatuto habrá de contribuir finalmente a concretar las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, como ya sucede en la actualidad”.

**CONTRATACIÓN LABORAL EN LA
ADMINISTRACIÓN COMO GARANTÍA DE
CUMPLIMIENTO DE SERVICIO PÚBLICO**

Araceli Vallecillo Orellana
*Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

- 1. GÉNESIS TIPOLÓGICA DEL PROFESIONAL PÚBLICO**
- 2. HETEROGENEIDAD PROFESIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL PÚBLICO**
- 3. ESENCIALIDAD LABORAL O FUNCIONARIAL DEL NUEVO SERVICIO PÚBLICO**
- 4. CUMPLIMIENTO PÚBLICO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL CONTRATO LABORAL**
- 5. PECULIARIDADES DE CONTRATACIONES POR SUBVENCIONES**

RESUMEN:

Normativamente, el Título VIII de la Constitución Española, referente a la “Organización Territorial del Estado”, consagra como “Poderes Territoriales”, junto al Estado y a las Comunidades Autónomas, al Municipio, la Provincia y, en su caso, las Islas, contemplando, como posibilidad, la creación de Agrupación de Municipios diferentes de la Provincia, que contarían con plena personalidad jurídica. Ello ha provocado que la administración pública española no sólo haya seguido manteniendo sus funciones competenciales tradicionales, sino que ha asumido y desarrollado con fórmulas innovadoras nuevas demandas planteadas por las instituciones o los ciudadanos para propiciar el estado del bienestar.

Modernidad de servicio público y posibilidad de privacidad en su gestión han propiciado un marco legal interludio entre la normativa privada laboral y la posibilidad pública de contratación, lo que ha potenciado una ingente corriente de contrataciones laborales mientras ha existido presupuesto público para sufragarlo.

1. GÉNESIS TIPOLÓGICA DEL PROFESIONAL PÚBLICO

Conociendo y considerando¹ como germen de la contratación laboral pública el Decreto 315/1964, que aprobó la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 1.964, en su art. 7.1, establecía que “*son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable*”, siendo, no obstante, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, quien admitió, sin vacilaciones, la contratación laboral como régimen de empleo común en la Administración Pública², potenciándola al hacerle extensivos diversos aspectos públicos tales como las dotaciones presupuestarias (art. 14); Relación de Puestos de Trabajo (art. 15) y la Selección de Personal (art. 19)³, a pesar de suponer ello bordear las previsiones constitucionales de acceso al empleo público.

¹ Siguiendo, con ello, la doctrina de DEL SAZ, S. “Contrato laboral y función pública”. Madrid. Edit. Marcial Pons. 1.995. P. 35. En el mismo sentido, GODINO REYES, M. “El contrato de trabajo en la Administración Pública”. Madrid. Edit. Civitas. 1.996. Pp. 71 a 82. Opus. Cit. En MOLERO MARAÑÓN, M^a LUISA. “Acceso y clasificación profesional en las Administraciones públicas”. P. 15.

² No obstante, tener que respetar un mínimo porcentaje de reserva expresa, a personal funcionario que cubra determinados puestos cuando impliquen, ante todo, ejercicio de autoridad o funciones públicas, quedando libertad de elección para el resto de puestos que no conlleven la representatividad autoritaria de la propia Administración

³ Igualmente, el Real Decreto 364/1.995, de 10 de marzo, regula los sistemas y procedimientos para la selección del personal laboral de nuevo ingreso en la Administración del Estado.

Con anterioridad, y ceñido a la contratación en el ámbito local, el Reglamento de Funcionarios de la Administración Local de 30 de mayo de 1952⁴ consideró “*contratado laboral*” a quien realizaba una prestación individual de índole manual que no exigía dedicación primordial y permanente de la actividad, originando una retribución única y exclusiva de la misma, formalizándose la relación Administración-personal laboral mediante convenio y si la duración o el ciclo de las actividades era indeterminado, el convenio tenía un año de duración, prorrogable por acuerdo expreso, quedando sometido este personal a las disposiciones laborales y de previsión social que estuvieren vigentes.

Posteriormente, la Ley 108/1963, de 20 de julio sobre regulación de los emolumentos de los funcionarios de Administración Local⁵, prohibió cualquier nombramiento de personal que no lo fuese en propiedad, debido al uso y abuso del personal temporal, permitiéndose, solamente, la existencia de “personal contratado administrativo”.

El RD 3046/1977, de 6 de octubre por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local⁶, regula el personal que se podía utilizar temporalmente (contratados administrativos, contratados laborales, funcionarios de empleo eventuales y funcionarios eventuales de carácter directivo), no pudiendo ser la duración de los contratados administrativos superior a un año, por improrrogables y no renovables; dando lugar a que, en muchas ocasiones, se pretendiera convertirlos en laborales fijos cuando se excedía del indicado plazo. Los contratados laborales se destinaban para la realización de funciones manuales concretas, precisándose la correspondiente consignación presupuestaria.

Con la promulgación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se deroga el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre iniciándose una nueva orientación en la consideración y destino del personal laboral.

Impugnada la admisión de la contratación laboral, el Tribunal Constitucional (STC 99/87) reconoció, sin descartar el empleo público laboral, que el sistema prevalente de empleo público era el funcionarial, debiendo la ley de regular con suficiente claridad los casos en que, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, era posible la contratación laboral. Dicho, mandato quedó cumplido a través del art. 15.1.c) de la Ley de Medidas, tras la modificación operada por la Ley de 1988, a pesar de la disparidad de opiniones doctrinales al respecto⁷.

⁴ Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionarios de la Administración local. (BOE nº 180 de 28 de Junio de 1952).

⁵ BOE» núm. 175, de 23 de julio de 1963.

⁶ Real Decreto 3.046/1.977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos. (BOE nº 283, de 26 de noviembre de 1.977).

⁷ Vid. Al respecto, PARADA VÁZQUEZ J. R., “Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril,

Por su parte, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985⁸ clasifica al personal al servicio de las Entidades locales en funcionarios de carrera, contratados en régimen de Derecho laboral y personal eventual, sin que se distinga dentro de éstos entre temporales e indefinidos o fijos, por lo que se posibilitan ambas opciones sin que el carácter sea condicionante para determinar el tipo de trabajo o las distintas tareas. Las Corporaciones Locales, en su calidad de Administraciones Públicas, deberán de seleccionar su personal funcionario y laboral de acuerdo con la Oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de mérito y capacidad, así como el de publicidad, y con el máximo respeto al de igualdad de oportunidades de cuantos reúnan los requisitos exigidos.

Por su parte, el TRRL de 1986⁹ admite claramente la contratación laboral de personal sin delimitarla a tareas determinadas. El art. 175.3 TRRL, que al referirse al “Personal de oficios”, dentro de la subescala de Servicios Especiales, señala que las “tareas de carácter predominantemente manual” (Encargado, Maestro, Oficial, Ayudante y Operario) se admiten sin perjuicio de que no tengan la consideración de funciones públicas, pudiendo, no obstante, las Comunidades Autónomas determinar qué plazas se reservan al personal laboral, pudiendo hacer lo propio para la Administración Local.

Con la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) se llegó más como estrategia política que como alternativa profesional- a profundizar en la vía laboral abierta en 1.984, consagrando al rango de básico, la necesidad de regular las pretensiones laboralizantes que toda Administración Pública española, ya de por sí congestionada, debe de tener.

En su art. 11, el EBEP, como disposición normativa de carácter básico a nivel general y actualmente aplicable en materia de selección de personal en empleo público, establece que el personal laboral *“es el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato pudiendo ser fijo, por tiempo indefinido, o temporal. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando*

del Estatuto Básico del Empleado Público”. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2007.”. Pp. 87, para quien la presión sindical a favor de la contratación laboral y la debilidad de la jurisprudencia constitucional han flexibilizado los términos del TC a favor de la defensa constitucional por el personal funcional, con carácter general.

⁸ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. (BOE nº 80 de 3 de Abril de 1985).

⁹ 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. (BOE de 22 de Abril de 1986).

en todo caso lo establecido en el artículo 9. 2^{10º}, por lo que llega a consolidar la forma laboral como propia de la Administración pública, entendiéndola a ésta como ostentadora de plena capacidad de emplear, desde el punto de vista de su participación legítima en asuntos económicos constitucionalmente reconocida y como potenciadora de la agilidad y modernidad de tratamiento de asuntos que la nueva demanda pública de la sociedad requiere¹¹.

2. HETEROGENEIDAD PROFESIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL PÚBLICO

En la Exposición de Motivos¹², el EBEP reconoce la necesidad de reformas modernistas que doten de mayor eficacia a la capacidad empleadora de la Administración, no sólo de la territorial, sino de toda aquella *“gradual forma de gestión de las actividades públicas, dentro de cada nivel territorial de gobierno (...). Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público”*.

Remitiendo a las leyes de función pública, a la legislación laboral y a los convenios colectivos, para la determinación de los puestos de trabajo a desempeñarse por personal laboral, el EBEP diseña tres caminos legales al objeto de cubrir sus expectativas unificadoras del empleo público a pesar del reconocimiento unívoco de la CE, que sólo alude al régimen funcionarial.

En este sentido, consagra el modelo de empleo laboral en uno paralelo a todos los niveles del funcionarial de carrera con posibilidad de que los contratados desempeñen funciones que directa o indirectamente impliquen el ejercicio de funciones de

¹⁰ Al tratar de las clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas, el Art 9.2 establece que “2. En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

¹¹ Téngase en cuenta la imperatividad de nuestra norma constitucional hacia la consideración del personal funcionario como propio de la capacidad empleadora de nuestra Administración Pública.

¹² Exposición de Motivos del EBEP. Párrafo 9: “De otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que lo requieran. Asistimos hoy, en efecto, a una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas dentro de cada nivel territorial de gobierno, que persigue responder adecuadamente a las exigencias que plantea, en cada caso, el servicio eficaz a los ciudadanos. La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y otros sectores y, por eso, la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. Antes al contrario, ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos”.

autoridad o afecten al interés general, pese a la prohibición constitucional y legal existente. Del mismo modo, pretende potenciar la laboralización, en lo posible, del régimen de función pública, sobretodo, por el cauce colectivo propiciado por el derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, pretendiendo otorgar, en último lugar, máximas facilidades para la conversión masiva de los actuales contratados laborales, sean temporales o definitivos- fijos o indefinidos-, en funcionarios de carrera, como se dispone en las Disposiciones Adicionales del EBEP.

Por tanto, desde la Exposición de Motivos del EBEP, queda auspiciada la presencia del modelo laboral, tanto en la magnitud del empleo público, debido a su extraordinaria progresión en todos los entes públicos motivada, principalmente , por la multiplicación de organismos institucionales de derecho público y de derecho privado, que utilizan la agilidad y flexibilidad de la empresa privada como favorecedora de la ampliación de servicios públicos al ciudadano, a pesar de la diferente naturaleza gestora que tiene la disposición del beneficio privado respecto a la disposición de los ingresos públicos¹³.

Esta heterogeneidad de formas de acceso a la Administración Pública necesaria para satisfacer todas las demandas que el Estado de Bienestar requiere, suscita, no obstante, cuestiones jurídicas y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse en sus aspectos esenciales, por una ley que se presenta como ordenadora básica del sistema de empleo público en su conjunto.

3. ESENCIALIDAD LABORAL O FUNCIONARIAL DEL NUEVO SERVICIO PÚBLICO

La singularidad en la propia naturaleza del empleador “Administración”, que asume deberes y goza de prerrogativas en cuanto veladora de los intereses generales que tiene encomendados, con sometimiento a principios y deberes que no pesan sobre los empresarios privados, determina que la relación laboral del trabajador laboral de la administración pública sea, cuanto menos, especial, máxime si se toma como criterio decisivo para la contratación laboral, la existencia presupuestaria más que la necesidad de efectivos para poder prestar un específico servicio público de interés general.

¹³ Ilustrativa de la práctica consecuencia de la inclusión profesional en la Administración española x alguna de las vías legales permitidas es, en este sentido, la reflexión realizada por RAMÓN PARADA, en “Derecho del empleo público P. 61 y Ss., para quien “Si en la empresa privada la flexibilidad del régimen laboral está compensada con la mayor atención y diligencia con que el gestor pone en la selección, gestión, disciplina y despidos, en las Administraciones públicas, empresas sin amo, el contrato laboral no siente esa presión empresarial, dado que, además, goza, no sólo prácticamente, sino jurídicamente, de la misma inamovilidad que el funcionario”.

Esta deferencia nos puede conducir hacia la consideración de una utilización oportunista de la Administración de ciertos puestos de trabajo, justificados o no, bajo el amparo de prestación pública de un servicio a la ciudadanía pero que, en realidad, no dejan de ser una aplicación ad hoc de unas partidas presupuestarias genéricas existentes y destinadas hacia un fin específico que se concreta en la ayuda al mantenimiento (o tal vez consecución, en unos primeros momentos) de un estado de bienestar acorde con la dimensión europea que nuestro ordenamiento jurídico debía de adquirir.

La política de actuación global en los territorios, esencialmente sufragada con fondos externos, ha conducido hacia la indisponibilidad impuesta de la elección de la naturaleza jurídica del personal profesional que pone en marcha iniciativas y actuaciones de progreso económico y social, en calidad de personal laboral público.

Pese a la cerrada referencia del art. 1.2. de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública sobre la adecuación de su normativa a las peculiaridades de determinado empleado público (expresamente hace referencia al personal docente e investigador, sanitario, de los servicios postales y de telecomunicaciones y personal destinado al extranjero), algún sector jurisprudencial¹⁴ ha mantenido que *“entre el régimen administrativo y el laboral no existe, en principio, ninguna diferencia de contenido esencial en cuanto a la prestación de servicios a los Entes Públicos, no siendo sino una cuestión de técnica organizativa al poder utilizar la Administración indistintamente cualquiera de ambas modalidades contractuales, y lo que determina su adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado sino la existencia de una normativa con rango de ley que la autorice y su sometimiento a la misma”*.

Lo indudable, de todos modos, es el distinto régimen jurídico con el que cuentan. Mientras que el personal laboral al servicio de la Administración mantiene su relación mediante un contrato de trabajo de carácter indefinido o temporal, dependiendo del tipo, naturaleza y características del puesto y del trabajo a realizar, la característica básica y ordinaria del funcionario de carrera es la indefinida permanencia en el puesto.

Ésta constituye una diferencia esencial por cuanto, aunque ambos grupos, funcionarios y personal laboral, prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, y dentro del ámbito de organización y dirección de la Administración para la que sirven, percibiendo sus sueldos o salarios con cargo a los correspondientes presupuestos, los derechos y deberes derivados de la relación bilateral de servicios o de prestación profesional de funciones públicas,

¹⁴ Sentencia del TCT de 16 de abril de 1.985. (RTCT 1985, 2494). En el mismo sentido las SSTCT 9-4-1985 (RTCT 1985, 2332) , 10-4-1984 (RTCT 1984, 3424) , 17-10-1984 (RTCT 1984, 7731) y 4-10-1983 (RTCT 1983, 8110) .

se rigen por reglamentaciones e, incluso, jurisdicciones distintas, la Contencioso-Administrativa y la Social, respectivamente, puesto que para los funcionarios la base que sustenta y da origen a la relación de servicios con la Administración es el acto administrativo de su nombramiento y la toma de posesión de su puesto de trabajo, mientras que para el personal laboral es el contrato de trabajo, por lo que el acto de nombramiento de un funcionario no tendrá el carácter de aceptación de un contrato, será un acto- condición en virtud del cual se coloca al funcionario en la situación legal y reglamentaria de servidor público mediante la toma de posesión, mientras que el personal laboral se encuentra ligado en todo caso con la Administración por un acto de voluntad consensuada plasmada en un contrato de trabajo por el que puede desempeñar los puestos de trabajo que se describen en el art. 15.1.c) LMRFP (precepto no básico).

El profesional laboral, por tanto, desempeña meros trabajos “*de naturaleza no permanente, (para ejecutar) aquellas actividades que se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo*”, como regula el art. 15 de la LMRFP, sujetos a intereses generales, por mucho que se le apliquen medidas ubicadas en el bloque laboral privado- ET, LOLS, LPRL, LISOS, LPL, ... etc.

4. CUMPLIMIENTO PÚBLICO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES DEL CONTRATO LABORAL

A la hora de efectuar una contratación pública, desde su propia configuración, la normativa laboral no resulta aplicable en su totalidad por deber de garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito profesional de que se trate.

No obstante, esta consideración, debemos de asumir la realidad diferente de este vínculo contractual del puramente privado, en lo atinente a la figura del trabajador. Mientras que en la relación laboral común queda protegida la figura del trabajador en cuanto parte más sensible a la organización de las relaciones laborales, en el entorno público empresarial los principios básicos protegidos se superponen al interés meramente laboral, sobrepasándolo en pos del interés público social. De este modo, en el entorno público laboral, se incorporan principios rectores normativos que rigen el actuar del empresario público y que muestran una incidencia decisiva en las distintas fases que atraviesa la vida laboral. De ahí que, desde el mismo acto preparatorio del contrato, pasando por su nacimiento, trayectoria y extinción del vínculo, se presenten singulares vicisitudes que difieren formal y sustantivamente de las actuaciones privadas, puesto que “*El servicio a los intereses generales que justifica su propia existencia y debe de presidir su entera actividad, no resulta compatible con la actividad discrecional en esta parcela de la gestión de los recursos humanos*”¹⁵ que realiza el empleador privado, ante todo

¹⁵ MORENO MARAÑÓN M.º L. “Acceso y clasificación profesional en las administraciones públicas”. Edit. Tirant Lo Blanch. Colección Laboral. 1.999. Nº 77.

por venir regida la actuación pública por los preceptos constitucionales relativos al derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que se señalen en las leyes (art. 23.2 CE) y por tener que respetarse los principios de mérito y capacidad, como determina el art. 103.3 CE.

La peculiaridad surge cuando se trata de aplicar al ámbito público el entorno meramente laboral relegado a la vía reguladora privada. No en vano, desde el mismo nacimiento del contrato, como en su trayectoria y fórmulas extintivas, la realidad formal y protectora de la relación laboral, dista de la meramente funcionarial que debe imperar en la administración pública.

Sin duda el entramado proceso selectivo al que se ha de sujetar la Administración, en cuanto singular empresario cuando va a proceder a celebrar un contrato de trabajo, es uno de los aspectos del régimen jurídico que distinguen encarecidamente la relación de la prestación laboral de la Administración Pública respecto al empresario privado, prevaleciendo, en esta fase de reclutamiento, la posición de la Administración como poder público frente a su condición de empresario patrón, en la medida en que la integración en la Administración no supone un único acto contractual, sino que está precedida de un entramado de actos modulados destinados a conseguir la celebración contractual de un modo totalmente objetivable.

El contrato estrictamente laboral se ciñe, en nuestro ordenamiento jurídico, al cumplimiento de una serie de requisitos para que se entienda existente. Faltando alguno o la totalidad de los mismos se considera nulo o, incluso, inexistente, con las consecuencias laborales o, incluso, personales que ello pueda derivar, máxime si ya se viene ejecutando la prestación laboral. En este sentido, consentimiento, objeto y causa, como elementos esenciales del contrato de trabajo, se erigen, también en la contratación laboral pública, en elementos esenciales de la relación laboral.

De los tres elementos esenciales, el más relevante por inexistente resulta ser, precisamente, el consentimiento. Éste, en el caso público, queda obviado, ante todo, por el hecho de prefijarse unas condiciones del contrato cerradas de antemano en la propia Relación de Puestos de Trabajo. o en el posterior llamamiento público o convocatoria, por lo que, si bien, incumbe a las dos partes llevarlas a cabo, en la medida en que el empleador determina cerradamente los otros dos elementos, deja, a todas luces, a aquél sin desarrollar la posibilidad de la bilateralidad.

Respecto al objeto del contrato laboral, supone el propio trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena, debiendo el empleador abonar la retribución salarial, cuando el trabajador preste su trabajo. Si nos entramos en la acepción civil por su vinculación con la vertiente laboral, establece el Código Civil que el objeto de cualquier negocio, y, por lo tanto, el del propio contrato de

trabajo, ha de ser posible (art. 1272 CC), determinado o determinable (art. 1273 CC) y lícito, esto es, no contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271 CC), siendo en este aspecto donde debe de encontrar el ejecutivo la limitación a su libre capacidad organizativa como empleador, en cuanto que la discrecional elección de una u otra modalidad de prestación de servicios retribuidos depende de la consideración oportuna que éste- sea quien sea- tenga al convocar el respectivo puesto laboral a cubrir.

Respecto a la causa del contrato de trabajo, entendida ésta como el fin práctico del negocio no deja de ser, también en el ámbito público, la voluntad de realizar un cambio entre trabajo y salario, por lo que, en tanto que la Administración concede salario por trabajo, se está mercantilizando la labor del profesional a su cargo entrando éste a detentar los derechos y obligaciones que la Ley laboral establece para el sector privado, volviéndose a presentar una connotación económico-jurídica en el vínculo contractual laboral. Al respecto, dos resultan ser los requisitos que debe reunir la causa para que se entienda que el contrato de trabajo es válido y eficaz, esto es, la existencia y la licitud, entendiéndose que no se dan cuando se oponen a las leyes o a la moral (art. 1275 Código Civil), siendo la consecuencia inmediata de su inexistencia o invalidez, la nulidad del contrato, aspecto que, a priori, no parece darse, al menos con carácter general, en el seno público, precisamente por la propia naturaleza en sí del servicio público que dicha contratación cubriría.

En cuarto lugar, y aunque no considerada como elemento esencial del contrato de trabajo, por la alternativa que ofrece la Ley en el modo de presentarse la concreción de la relación laboral, está la forma del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo, como todo contrato, exige una forma, entendida ésta como modo de manifestar externamente el consentimiento de las partes contratantes, a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico rige la libertad de forma, como queda establecido en el art. 8.1 TRET cuando dice que “*el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra*”. No obstante, el contrato de trabajo se presume existente entre todo el que preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel (art. 8.1 E.T.)¹⁶. En este caso, si el Estatuto de los Trabajadores

¹⁶ El hecho de que la norma laboral no exija la formalización escrita del contrato de trabajo no significa que se renuncie a ello, por cuanto cualquiera de las partes puede exigir durante el transcurso de la relación laboral, su formalización por escrito (art. 8.4 ET). A pesar del principio de libertad de forma que rige en el ordenamiento laboral, existen algunos supuestos, tasados por la ley, en los que el contrato se debe formalizar obligatoriamente por escrito, tales como (art. 8.2 y 4 ET): 1º) Cuando se trate de un contrato a tiempo parcial (en cualquiera de sus manifestaciones). 2º) Cuando se trate de un contrato a domicilio. 3º) Cuando se trate de un contrato de trabajadores españoles al servicio de empresas españolas en el extranjero. 4º) Cuando se contrate a un auxiliar asociado (art. 10.3 E.T.). 5º) Cuando lo exija una disposición legal. Así, por ejemplo, los contratos de los trabajadores en empresas de trabajo temporal (art. 10.1 Ley 14/1994) o los contratos de minusválidos en centros especiales de empleo (R.D. 1368/1985, de 17 de julio). 6º) Cuando lo exija cualquiera de las partes, incluso durante el transcurso de la relación laboral. No existe en nuestro ordenamiento un modelo oficial de

impone al empresario una serie de obligaciones informativas, una vez formalizado el contrato laboral público, deberá de cumplir con ellas el empleador público correspondiente, como si de una empresa privada se tratase¹⁷. El incumplimiento de esta obligación informadora al trabajador se considera una infracción laboral leve, sancionable administrativamente (art. 6.5 LISOS), sin perjuicio del derecho del trabajador de reclamar su derecho de información por la vía judicial.

Especial referencia merecen las disposiciones que, al respecto, puedan aparecer en las normas paccionadas, esto es, si resulta de seguridad jurídica, aplicar las disposiciones de un convenio colectivo sectorial del tipo de servicio que se ejecute o el del personal laboral de cualquiera de las administraciones contratantes. En este sentido, y de soslayo por no ser objeto central de este epígrafe, consideramos que la remisión al convenio colectivo aplicable respecto de aquella información que aparezca regulada en ellos, no puede hacerse de una forma genérica, dado que algunas de las informaciones se refieren a aspectos relacionados con la relación individual de trabajo que no aparecen en el convenio (por ejemplo, horarios especiales o tipos de descansos), por lo que, dado el carácter coyuntural de la prestación laboral pública y, sobretodo, el tipo de actividad que se contrata, se debe de aplicar el convenio de sector para la especialidad ejecutoria de la prestación profesional, y el propio de la administración contratante, para las condiciones sustanciales y propiamente laborales de la relación laboral pública.

contrato por tiempo indefinido, siendo las partes libres para formalizarlo. En cambio, sí existen algunos supuestos en los que el legislador ha procedido a crear un documento oficial para formalizarlo, como es el caso de los trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo (RD 1368/85, art.5) o los trabajadores contratados a tiempo parcial (RD 2317/93, art. 18.1).

¹⁷ El empresario deberá comunicar a la oficina pública de empleo, en los términos que reglamentariamente se determinen, el contenido de los contratos de trabajo que celebren o las prórrogas de los mismos, deban o no formalizarse por escrito (art. 16.1 E.T.). En tanto se produzca el desarrollo reglamentario, realizarán dicha comunicación mediante la presentación en la oficina pública de empleo, de copia del contrato de trabajo o de sus prórrogas (O.M. de 2 de enero de 2001, B.O.E 3-1-2001). En segundo lugar, el art. 8.5 ET- cuyo contenido aparece desarrollado en el Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el artículo 8, apartado 5, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo (BOE nº 192, de 12 de agosto de 1998)- impone al empresario que, en los supuestos en los que la relación laboral sea superior a cuatro semanas, existe obligación de informar al trabajador sobre una serie de elementos importantes para el buen desarrollo de la relación. En concreto, deberá de informar sobre: 1) La identidad de las partes contratantes; 2) Fecha de comienzo de la relación laboral y, caso de ser ésta temporal, su previsible duración; 3) Domicilio social de la empresa y, en su caso, del centro de trabajo donde deban prestarse servicios, así como su carácter móvil o itinerante cuando el trabajador preste habitualmente servicios en centro de estas características; 4) Categoría o grupo profesional al que corresponde el puesto de trabajo a desempeñar o, alternativamente, descripción resumida de las tareas asignadas al trabajador; 5) Cuantía del salario base y complementos salariales que procedan, así como la periodicidad de su pago; 6) Duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo; 7) Duración de las vacaciones y, en su caso, modalidades de determinación de las mismas; 8) Plazos de preaviso exigibles tanto al empresario como al trabajador para la extinción del contrato o -si ello no fuera posible- los criterios para su determinación; 9) Convenio colectivo aplicable, con indicación de los datos que permitan su identificación. No obstante, esta obligación está especialmente pensada para los supuestos en los que el contrato sea celebrado de forma verbal, aunque dicha obligación también se extiende a los supuestos en los que se haya formalizado por escrito pero no se contenga dicha información en el documento firmado. Así, el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación, como cualquier empresario privado y siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato formalizado.

Por último, el empleador laboral, público o privado, tiene la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores (tanto a los representantes unitarios como a los delegados personales -art. 10.3 LOLS-) una copia básica¹⁸. de aquellos contratos que deban celebrarse por escrito, en el plazo máximo de diez días, quienes lo firmarán para dejar constancia de la entrega. Posteriormente, la copia básica se enviará a la Oficina de Empleo (art. 8.3.a) E.T.).

Respecto a los elementos accidentales del contrato de trabajo, sólo existen cuando las partes los hayan establecido expresamente, tratándose de una especie de autolimitaciones que modifican algunos de los efectos normales del negocio, teniendo, entre los más típicos, a la condición y al término.

La condición afecta a los efectos del negocio jurídico, pues se hacen depender de “*un suceso futuro o incierto o de un suceso pasado que los interesados ignoran*” (art. 1113 CC)¹⁹, existiendo dos tipos de condiciones, la suspensiva y la resolutoria. La primera de ellas suspende la adquisición de los derechos derivados del negocio hasta su cumplimiento y la segunda resuelve los efectos ya producidos, lo que indica que el negocio los ha generado desde su perfección hasta el momento en el se produce el evento condicionante²⁰.

El Derecho del Trabajo no tiene ninguna disposición específica que regule la condición suspensiva. En tal caso, debe aplicarse de forma supletoria el Código Civil (arts. 1113 y ss.), estableciendo éste, que la condición estipulada ha de ser lícita, de cumplimiento posible y no potestativo para las partes. En cambio, la condición resolutoria sí está prevista en el art.49.1.b) ET de un modo implícito, pudiendo operar como elemento que pone fin a la relación laboral siempre que no constituya abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

El término indica el momento temporal en que finalizan o se inician los efectos del negocio jurídico o, en nuestro caso, del contrato de trabajo. A diferencia de la condición, el término se refiere a un momento futuro pero cierto²¹, determinando, su señalamiento y llegada, la extinción del contrato lo que permite distinguir diversos tipos de contratos laborales, id est, contratos de duración indefinida y contratos de duración determinada.

¹⁸ La copia básica del contrato de trabajo realizado deberá contener todos los datos del contrato, excepto el número del DNI, el domicilio, estado civil y cualquier otro que pudiera afectar a la intimidad personal del trabajador (art. 8.3.a) ET), no pudiéndose incluir otros datos distintos de los que aparecen en el contrato original (STS 24-3-1998, A. 3009). El incumplimiento de esta obligación es considerado como una infracción laboral grave, sancionable administrativamente (art. 7.1 LISOS)

¹⁹ DIEZ-PICAZO,L./ GULLON,A. Sistema de Derecho Civil. Tecnos. Madrid. 2003, P. 529.

²⁰ DIEZ-PICAZO,L./ GULLON,A. Sistema de Derecho Civil. Op. Cit. P. 529.

²¹ DIEZ-PICAZO,L./ GULLON,A. Sistema de Derecho Civil. Op.cit. P.536.

5. PECULIARIDADES DE CONTRATACIONES POR SUBVENCIONES

Habiéndose convertido en una práctica habitual, la contratación temporal de trabajadores en cualquiera de las variantes que establece la normativa laboral (art. 15 del ET), la contratación momentánea, básicamente ligada a la presencia de alguna partida presupuestaria sin previamente predeterminedar, encontró un resorte justificativo en la posibilidad que tiene la administración de formar parte de la actividad económica, como cualquier otro particular (art. 128.2 CE).

Si bien el art. 15.1 de la LMRFP enumera las actividades o trabajos que pueden realizarse por personal laboral, no introduce referencia alguna a la duración del contrato de trabajo, permitiéndose, en consecuencia, acudir a las distintas modalidades de contratación que ofrece el Derecho positivo laboral, sin, ni siquiera, ser exhaustivos en la procedencia del presupuesto para ejecutarlo, en la medida en que el interés general de atender a las necesidades estructurales surgidas, prima sobre el origen del modo de financiación, siempre que éste esté formalmente comprometido para una concreta finalidad pública, puesto que, lo contrario, supondría violar el principio constitucional de legalidad, previsto en el art. 9.1 CE.

En el caso de presentarse alguna irregularidad en la formalidad del contrato o en un momento posterior, las consecuencias serían las mismas que si de un empleador privado se tratase, esto es, la conversión del contrato temporal en indefinido, por fraude de ley, surgiendo, en este caso, la duda de quién debería de asumir al personal subvencionado, si la entidad contratante que recibe la subvención o la otorgante, en la medida en que propicia la existencia de esta contratación al emitir posibilidad financiera para ello.

La escasa doctrina y jurisprudencia al respecto mantienen claras sus posturas, en cuanto que es la entidad patronal que establece las condiciones contractuales la responsable última del cumplimiento de la normativa laboral de los elementos esenciales del contrato, no quedando exenta, la entidad otorgante de responsabilidad en la medida en que convoca subvenciones para contratación previa previsión responsable de financiación para ello, conllevando su inexistencia o mengua posterior, la necesidad de exigir responsabilidad laboral por sus actos.

EL ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL EMPLEO PÚBLICO

Fuencisla Rubio Velasco
*Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS**
- 3. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
- 4. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR**
- 5. TIPOS DE TRABAJADORES EXTRANJEROS**
- 6. EXTRANJEROS Y EMPLEO PÚBLICO**
- 7. CONCLUSIONES**
- 8. BIBLIOGRAFÍA**

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como podemos extraer de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹, la inmigración es una realidad que está en constante cambio. Por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean.

Además, el fenómeno migratorio ha adquirido gran dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural, que exige que los poderes públicos desarrollen una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo. Por lo tanto, los poderes públicos deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera, que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

España está comprometida con la defensa de los Derechos Humanos, por lo que los poderes públicos deben favorecer la plena integración de los inmigrantes en nuestro país y garantizar la convivencia y la cohesión social entre éstos y la población autóctona.

2. EL DERECHO AL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS

El artículo 35 de la CE dispone que “Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Según la legislación española, será extranjero aquel que carece de la nacionalidad española, la cual se adquiere de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la CE² y el artículo 17 del Código Civil³.

¹ BOE de 12 de diciembre de 2009. En adelante LOEx.

² Art. 11 CE. “1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley. 2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. 3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.”

³ Art. 17 CC. “1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen

Será extranjero, por tanto, el que tiene otra nacionalidad y el que carece de nacionalidad alguna (apátrida).

Desde el punto de vista laboral, se considera extranjero a toda persona física que, en tales condiciones, trate de ejercer o ejerza en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, que puede ser por cuenta propia o por cuenta ajena⁴.

3. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución Española, en su artículo 13, establece que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

Y sería el Tribunal Constitucional, en su importante STC 107/1984, de 23 de noviembre⁵, el que concretara el conjunto de derechos de los que gozan los extranjeros.

Así, distingue una triple clasificación: derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros; derechos que corresponden en exclusiva a los españoles y en absoluto a los extranjeros; derechos de configuración legal que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio⁶.

- En primer lugar, estarían los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano. Estos derechos pertenecen por igual a españoles y extranjeros, por ser derechos inherentes a la dignidad de la persona humana que, conforme al artículo 10 CE⁷, constituye uno de los fundamentos del orden político español.

nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español. 2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.”

⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.; “Comentario al artículo 10 de la Ley de Extranjería.” Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Aranzadi, 2011, p. 2.

⁵ RTC 1984,107. Al respecto también, entre otras, SSTC 115/1987, de 7 de julio, RTC 1987, 115 y 150/1994, de 23 de mayo, RTC 1994, 150.

⁶ Véase F.J. 4º STC 107/1984, de 23 de noviembre, RTC 1984, 107.

⁷ Art. 10 CE. “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

- En segundo lugar, están los derechos que en ningún caso corresponderían a los extranjeros, por ser específicos de los nacionales y cuya facultad se liga a la noción y ejercicio de la soberanía estatal, es decir, son derechos políticos.

Estamos ante el caso del artículo 23 CE: la participación en asuntos públicos, de forma directa o mediante representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y el acceso a funciones y cargos públicos. Sin embargo, este derecho, en principio reservado a los españoles, presenta la excepción, contemplada en el artículo 13.2 CE -reformado en 1992-, de que los residentes extranjeros puedan emitir su voto en las elecciones municipales siempre y cuando existan tratados de reciprocidad con los países de origen de tales nacionales.

Esta condición se cumple de entrada con todos los países de la Unión Europea, por lo que todos sus ciudadanos tienen garantizado el derecho de sufragio activo y pasivo, de igual modo que los españoles lo tienen en cada uno de los países miembros de la Unión.

Respecto a los extranjeros no comunitarios, dependerá de los tratados bilaterales que España suscriba con los Estados de procedencia de esos extranjeros.

- En tercer lugar, hay un grupo de derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución, pero que pueden ser reconocidos con arreglo a los tratados y las leyes, aunque dicho reconocimiento no tiene que hacerse forzosamente en los mismos términos que a los españoles.

En el tercer y último punto de la clasificación es donde se ubica la gran mayoría del conjunto de derechos de carácter social y laboral.

La STC 107/1984 incluyó en esta categoría el derecho al trabajo, declarando que constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de acceso al empleo, por lo que es constitucional la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo.

El derecho al trabajo, que la CE reconoce a los españoles, al formar parte del tercer grupo, el legislador puede, si lo considera conveniente, introducir diferencias basadas en la nacionalidad del trabajador, siempre y cuando con ello no altere el contenido del propio derecho⁸.

⁸ STC 115/1987, de 7 julio RTC 1987, 115.

Así, las diferencias, como ocurre con la exigencia de una autorización para ser contratado laboralmente, no pueden ser reprochadas, puesto que de la Constitución no deriva la exigencia de que el derecho al trabajo haya de ser ejercitado en iguales condiciones por el trabajador extranjero que por el nacional (o comunitario, habría que añadir), tal y como pone de manifiesto la propia STC 107/1984, que justifica la desigualdad en el acceso al empleo de los extranjeros -incluidos los hispanoamericanos- en el hecho de que no existe Tratado ni Ley que haya dispuesto la paridad de trato para los mismos.

Para el TC, ello no implica que desaparezca la dimensión constitucional de estos derechos y libertades cuando se trata de un extranjero, pero sí que las posibilidades de su ejercicio quedan supeditadas al régimen que establezca el legislador, o que se disponga en un acuerdo internacional.

La ley podrá, por tanto, establecer diferencias de trato en el ejercicio de tales derechos, con excepción de aquellos que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, respecto de los cuales, españoles y extranjeros, habrán de ser tratados en condiciones de igualdad por exigencia constitucional⁹.

4. AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

Por otra parte, el artículo 7 c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores¹⁰, dispone que los extranjeros podrán contratar la prestación de su trabajo “de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia”, y esa legislación no es otra que la de inmigración y extranjería, que exige a los extracomunitarios estar en posesión de una autorización para poder trabajar tanto por cuenta ajena, como por cuenta propia.

Así, el artículo 36.1 LOEx prescribe que los “extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar”, que obtendrán de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes de la LOEx y su desarrollo reglamentario¹¹.

Con algunas excepciones, la autorización para trabajar deberá solicitarse y obtenerse conjuntamente con la de residencia, y su concesión queda condicionada, en su caso, a la tenencia u homologación del título necesario para ejercer la

⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.; “Comentario al artículo...”, op. cit. p. 4.

¹⁰ BOE de 29 de marzo de 1995. En adelante ET.

¹¹ Art. 63 y ss. RLOEx.

correspondiente profesión y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación del interesado¹².

Otro aspecto importante que deriva de la autorización para trabajar, es que su eficacia se condiciona además, al alta del trabajador en la Seguridad Social, a cuyo efecto la Entidad Gestora del sistema deberá comprobar la previa habilitación del extranjero¹³.

5. TIPOS DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Ahora bien, no todo trabajador carente de nacionalidad española queda sometido al régimen de autorización administrativa previa.

Es necesario distinguir a este respecto, entre diversos grupos de personas:

a) Trabajadores comunitarios, que no deben considerarse trabajadores extranjeros en sentido jurídico estricto, aun cuando carezcan de la nacionalidad española. Como sabemos, en el espacio europeo existe una ciudadanía de la Unión¹⁴ atribuible a todo aquel que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro, siendo complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.

El principio de libre circulación sobre el que se asienta la construcción europea¹⁵, el mercado común y el Derecho comunitario, garantiza a los ciudadanos de la UE igualdad de derechos y, en particular, el acceso al empleo en iguales condiciones que los trabajadores de nuestro país¹⁶.

Este principio se aplica a los nacionales de todos los países que forman parte de la Unión Europea, y se aplicará a los nacionales de los Estados que se incorporen en el futuro.

La legislación española de extranjeros solo será de aplicación en lo que pudiera serles más favorable¹⁷.

b) Trabajadores asimilados a comunitarios, esto es, trabajadores de terceros países a los que se aplica el principio de libre circulación en virtud de algún acuerdo con la Unión Europea.

¹² Art. 36.1 y 3 LOEx.

¹³ Art. 36.2 LOEx.

¹⁴ Art. 20 TFUE.

¹⁵ Art. 45.2 TFUE.

¹⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.; "Comentario al artículo...", op. cit. p. 4.

¹⁷ Art. 3.1 LOEx.

c) Trabajadores no comunitarios pero en situación de desplazamiento temporal a España por decisión de una empresa establecida en un país miembro de la Unión Europea.

d) Trabajadores extracomunitarios, que son los trabajadores extranjeros en su sentido más estricto, y los que están sujetos más propiamente a las reglas de control y restricción establecidas en la legislación española sobre esta materia. Como regla general, este último grupo requiere autorización de entrada, autorización de estancia o residencia y autorización de trabajo. Pero se trata de un grupo muy amplio y heterogéneo, en el que cabe distinguir situaciones especiales, para las que o bien no se exigen todos esos requisitos, o bien se exigen de una manera más matizada.

Se tendrá en cuenta, para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, la situación nacional de empleo¹⁸.

En cualquier caso, la desigualdad solo es predicable del proceso previo a la inserción en el mercado de trabajo. Pues una vez que es autorizado el extranjero a residir y trabajar en España, disfruta de un estatuto de derechos y libertades idéntico al de los trabajadores españoles, sin que pueda sufrir diferencias de trato por el solo hecho de su nacionalidad. Así lo establecen, entre otros, en los artículos 3 y 23 LOEx.

La STC 107/1984 proclama que, si bien no existe Tratado ni Ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, sí lo hay para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación. Por lo tanto, el trabajador extranjero, cuando se haya incorporado a su puesto de trabajo, gozará de los derechos laborales individuales y colectivos en condiciones de igualdad con el resto de trabajadores nacionales.

No sólo por mandato del TC, sino porque nuestro país tiene ratificado el Convenio OIT núm. 97, que obliga a los Estados miembros a aplicar el principio de igualdad de trato, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, en lo que se refiere a remuneración, horas de trabajo, vacaciones pagadas, trabajo a domicilio, edad mínima, trabajo de las mujeres y menores y formación profesional. Es parte de diversos Convenios y Tratados Internacionales, que aluden a la igualdad de trato del trabajador extranjero una vez que ha accedido al mercado nacional de trabajo: artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 19.4 de la Carta Social Europea, y artículo 16 del Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante.

¹⁸ Art. 38.1 LOEx.

Sin embargo no ha ratificado, hasta el momento, el Convenio núm. 143 adoptado el 24 de julio de 1975 por la OIT, con carácter complementario al núm. 97, que retrotrae la exigencia de igualdad de trato hasta el momento del acceso al empleo.

Al hilo de lo anterior, el derecho a la inclusión del extranjero en el Sistema de Seguridad Social se contempla en el propio artículo 10.1 LOEx, desde la perspectiva del derecho al trabajo, con lo que el extranjero que se encuentre legalmente en España desempeñando una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, disponiendo de la correspondiente autorización de trabajo, quedará incluido en el Régimen de Seguridad Social que corresponda a la actividad desempeñada, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles¹⁹.

Así se ocupa de remarcarlo el artículo 23.2.c) de la propia LOEx, que considera como actos discriminatorios “todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socio-asistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre regularmente en España, solo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”.

Se trata, en definitiva, del derecho de todo trabajador extranjero en situación de legalidad, esto es, que cuente con autorización de residencia y de trabajo, a ser afiliado al sistema, si se trata de acceso por vez primera al Sistema de Seguridad Social español, y a ser dado de *alta* en el Régimen correspondiente según el tipo de actividad laboral o profesional realizada²⁰.

6. EXTRANJEROS Y EMPLEO PÚBLICO

El supuesto que nos interesa comprende a los extranjeros de terceros países que, ni son comunitarios, ni se encuentran vinculados por un Tratado. En este caso, ¿podrían acceder a la función pública?

Según lo dispuesto en el artículo 13.2 CE, “Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”

¹⁹ LOSADA GONZÁLEZ, H.; “Estatuto legal de los extranjeros”. En AA VV, PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.); Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, tomo I, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2010, p. 242.

²⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.; “Comentario al artículo...”, op. cit. p. 6.

Atendiendo a nuestra norma suprema, podríamos afirmar que no pueden acceder al empleo público, pero la LOEx, arroja luz a la cuestión al señalar que, “Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.”²¹

El precepto nos remite a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público²², que aunque inicialmente exige la nacionalidad española para acceder a los procesos selectivos²³, seguidamente establece que los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles²⁴.

Así, la residencia legal²⁵ en España de los nacionales de terceros países, es decir, de los extranjeros no comunitarios, es una condición *sine qua non* para poder acceder a la función pública²⁶.

7. CONCLUSIONES

Los trabajadores comunitarios (nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea) y los que se encuentren bajo algún tratado o convenio firmado con nuestro país, se asemejan en derechos y libertades a los españoles.

²¹ Art. 10.2 LOEx.

²² BOE de 13 de abril de 2007. En adelante EBEP.

²³ Art. 56 EBEP.

²⁴ Art. 57 EBEP.

²⁵ Art. 39.1 LOEx. “Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.”

²⁶ Art. 57 EBEP. Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados. “1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán 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. A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados. 2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes. 3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo. 4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles. 5. Sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.”

Pero debemos atender a ese colectivo tan sumamente importante, que son los nacionales de terceros países que se encuentran en nuestro país con la intención de trabajar.

Aunque, en un principio se exige la nacionalidad española para el acceso al empleo público, la LOEx remite al EBEP, el cual reconoce el derecho a este colectivo siempre y cuando cumplan el requisito de la residencia legal, es decir, estar en posesión de la autorización administrativa para trabajar.

El fundamento se centra en que, el Derecho al Trabajo se encuentra en el grupo de derechos que no son atribuidos directamente por la CE, pero pueden ser reconocidos en virtud de los tratados y la ley. Así, el legislador puede, si lo estima conveniente, introducir diferencias basadas en la nacionalidad del trabajador, siempre y cuando no altere el contenido esencial del derecho en cuestión.

En definitiva y para terminar, los nacionales de terceros países podrán acceder a un empleo público, pero a diferencia de los trabajadores comunitarios y los nacionales de un Estado que tenga acuerdo con España, necesitan la autorización de residencia y trabajo que establece la legislación de extranjería aplicable.

8. BIBLIOGRAFÍA

CAVAS MARTÍNEZ, F.; “Comentario al artículo 10 de la Ley de Extranjería”. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas), Aranzadi, Pamplona, 2011.

CEINOS SUÁREZ, A.; EL TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. La Ley, Madrid, 2006.

- “El Servicio Público de Empleo Estatal y el acceso de los extranjeros al mercado de trabajo, ¿algún espacio para los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas?”. En AAVV, Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, N. (Dir.); INMIGRACIÓN Y CRISIS ECONÓMICA: RETOS POLÍTICOS Y DE ORDENACIÓN JURÍDICA. Comares, Granada, 2011.

GARCÍA MURCIA, J.; “Derechos laborales y de protección social en la ley de extranjería”. Tribuna Social, 133, 2002.

LOSADA GONZÁLEZ, H.; “Estatuto legal de los extranjeros”. En AA VV, PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.); Tratado de Extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Reuters-Aranzadi, 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.); PROTECCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. Comares, Granada, 2010.

MOYA ESCUDERO, M.; LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES NO COMUNITARIOS EN ESPAÑA. Comares, Granada, 1999.

RAMOS MORAGUES, F.; “El principio de libre circulación de trabajadores en el ámbito público.” BIB 2009\1591, Revista Doctrinal Aranzadi Social num.12/2009 parte Estudio. Aranzadi, Pamplona, 2009.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.; LA RESIDENCIA EN ESPAÑA DESDE EL PRISMA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Aranzadi, Pamplona, 2014.

TRIGUERO MARTÍNEZ, A.; EL ESTATUTO JURÍDICO LABORAL DEL TRABAJADOR EXTRANJERO INMIGRANTE. Bomarzo, Albacete, 2008.

**LA PROVISIÓN DE PLAZAS
DEL PERSONAL ESTATUTARIO:
PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN Y
PROMOCIÓN INTERNA**

Victoria Rodríguez-Rico Roldán
Becaria de investigación FPU
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

SUMARIO

- 1. LA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO**
- 2. LA SINGULARIDAD DE LA RELACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD CON LA ORGANIZACIÓN SANITARIA: LAS CLAVES DE SU REGULACIÓN ESPECÍFICA**
- 3. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL MARCO ESTATUTARIO**
- 4. BIBLIOGRAFÍA**

1. LA DELIMITACIÓN SUBJETIVA DEL PERSONAL ESTATUTARIO

La naturaleza jurídica de la relación que liga al personal estatutario de los servicios públicos de salud con la organización sanitaria, “uno de los secretos mejor guardados” durante mucho tiempo por la legislación sanitaria¹, fue concretada como *funcionarial especial* en el art. 1 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante, EM), confirmándose, así, la línea jurisprudencial sostenida desde los años noventa y la doctrinal². La calificación de dicha naturaleza, lejos de ser una mera cuestión conceptual, contrae gran importancia al permitir el deslinde de las facultades que, respecto de este personal, ostenta la Administración sanitaria.

Lo cierto es que fue ésta la primera vez que el universo jurídico-positivo afrontaba la ansiada declaración de la naturaleza jurídica del personal estatutario. Hasta la fecha, muchos habían sido los titubeos jurisprudenciales en el intento de adjetivar la relación jurídica en cuestión. Así, a través de pronunciamientos ciertamente pendulares, se abogó por las más variadas versiones³, que oscilaban desde una relación de índole laboral⁴ a otra estrictamente funcional⁵, pasando por la consideración de una suerte de híbrido o *tertium genus*⁶. Con acierto, se ha afirmado que los posicionamientos al respecto, lejos de mantener una evolución lineal, “han sido tan amplios y variados que han recorrido todo el espectro de las posibles figuras que nuestro sistema jurídico ha permitido”, constituyendo, en consecuencia, “un fuerte factor de inseguridad”⁷.

En cualquier caso, si hubiese que señalar un pronunciamiento determinante en el malabarismo consentido con las diversas posibilidades configuradoras, habría que destacar la STS de 17 de octubre de 1991⁸, desde la cual viene siendo

¹ Landa Zapirain, J. P.: La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999, pág. 206.

² Sánchez Pego, F. J.: “Administratividad y tratamiento jurisdiccional de las denominadas relaciones estatutarias”, en RL, núm. 13 (1994), págs. 93 y 94. Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E.: “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, en AA. VV.: Personal estatutario de la Seguridad Social, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 31-33.

³ Un ilustrativo recorrido de la evolución jurisprudencial en García Piqueras, M.: El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, CES, Madrid, 1996, págs. 89-106.

⁴ Las SSTs de 14 de septiembre de 1982 y 8 de noviembre de 1983 aludían a una relación laboral, especial y atípica.

⁵ SSTs de 4 de diciembre de 1992, 22 de noviembre de 1993, 15 de julio de 1994, 6 de febrero de 1995 y 28 de octubre de 1996.

⁶ SSTs de 22 de enero de 1990, 17 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 29 de abril, 13 de mayo, 4 de junio y 11 de noviembre de 1993, 4 de febrero y 29 de septiembre de 1994, 20 de febrero y 28 de octubre de 1996, 7 de febrero de 1997, 14 de septiembre de 1998, 31 de marzo de 1999 y 7 de junio de 2000.

⁷ García Piqueras, M., op. cit., págs. 89 y 105.

⁸ A la que siguieron las SSTs de 4 de diciembre de 1992, 29 de abril, 29 de octubre, 11 de noviembre y 22 de noviembre de 1993, 4 de febrero, 11 de marzo, 20 de julio y 29 de septiembre de 1994, 6 de febrero de 1995, 20 de febrero, 1 de abril y 28 de octubre de 1996, 7 de febrero de 1997, 14 de septiembre de 1998, 31 de marzo

doctrina del Tribunal Supremo que “las llamadas en la práctica jurídica relaciones estatutarias tienen una configuración más próxima al modelo de la función pública que al modelo de la contratación laboral. Esta mayor afinidad se aprecia tanto en el origen normal de la relación (concurso de méritos), como en la fijación de su contenido (predeterminado por las normas de los estatutos particulares), como en la dinámica o desarrollo de la misma (donde se acentúan la estabilidad en el empleo y en el puesto de trabajo). La aproximación de las relaciones estatutarias al régimen de los funcionarios públicos, y el alejamiento correlativo del modelo laboral, se han hecho más perceptibles en la evolución reciente del ordenamiento, como se puede comprobar en la exclusión expresa de la Ley de relaciones laborales y del art. 1.3.a) ET, en la aplicabilidad a las mismas en principio de las disposiciones de la Ley 30/1984 de medidas urgentes de reforma de la función pública, y en la propia inclusión del personal estatutario en la normativa de incompatibilidades del sector público”. En esta sentencia fructificaron los planteamientos que tímidamente habían sido sembrados en fechas anteriores. En concreto, las SSTs de 22 de enero de 1990 y de 1 de abril de 1991 habían rechazado la conceptualización laboral de la relación jurídica que vincula al médico con los servicios sanitarios de la Seguridad Social, aludiendo a “un régimen estatutario especial, no laboral, cuya regulación en función integradora del ordenamiento jurídico se ha de complementar en situaciones de similitud con la de los funcionarios, a la que dada su naturaleza administrativa se aproxima”. En cualquier caso, se hacía imperiosa la necesidad de contar con una clara decantación legal, ya que, pese a esa predominante tendencia jurisprudencial, la solución no era omnicompreensiva ni suficiente⁹.

Atendiendo a los vigentes términos legales, se trata, como se ha indicado, de una relación funcionarial especial. Dicho carácter especial deriva de la existencia en el ámbito del personal estatutario de ciertas particularidades y caracteres específicos que le dan una estructura y consistencia propias, diferenciándolo, de algún modo, de los funcionarios administrativos en sentido estricto. Así lo considera ALONSO OLEA¹⁰, quien, reproduciendo el Dictamen del Consejo de Estado 43.342 de 4 de junio de 1981, sostiene que la relación “no es laboral¹¹ –ni común ni especial- ni estrictamente funcionarial, sino estatutaria, regida por sus propias normas”. Coherentemente con esta condición, y según se avanzó líneas arriba, el régimen supletorio de aplicación viene de la mano de las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (art. 2.2 EM).

y 11 de mayo de 1999, 7 de junio de 2000 y 15 de octubre de 2001.

⁹ Tortuero Plaza, J. L.: “Personal estatutario de la Seguridad Social: la prescripción de acciones para la reclamación de derechos económicos”, en AA. VV.: Personal estatutario de la Seguridad Social, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 369.

¹⁰ Alonso Olea, M.: Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Civitas, Madrid, 1999, pág. 73.

¹¹ Conforme al art. 1.3 a) ET, se excluye del ámbito de regulación de dicho texto legal la relación de servicio del personal que se regule en virtud de “normas administrativas o estatutarias”.

En todo caso, los tajantes términos legales no sólo han servido para zanjar cualquier debate relativo a la naturaleza jurídica de la relación estatutaria, pues también han sido utilizados en la determinación, siempre controvertida, de la jurisdicción competente. Así, a pesar de que el art. 45.2 LGSS de 1974¹² otorga, como ya hizo el 45.2 de la Ley articulada de Seguridad Social de 1966, la competencia en la materia al orden jurisdiccional social, la jurisprudencia y un amplio sector doctrinal venían poniendo en cuestión su procedencia¹³. El asunto no era en modo alguno simple, toda vez que la Ley 55/2003 en ningún momento hace referencia al fuero jurisdiccional competente, de forma que se asistía, de nuevo, a una notoria disparidad de criterios judiciales, esta vez entre los Tribunales Superiores de Justicia¹⁴. Fue tras las SSTs de 16 y 21 de diciembre de 2005¹⁵, cuando, el Tribunal Supremo, derogó implícitamente el art. 45.2 LGSS de 1974, al estimar que la competencia corresponde íntegramente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁶, basándose fundamentalmente en el novedoso argumento legal

¹² El precepto, vigente según la Disposición Derogatoria única de la LGSS, señala la competencia de la jurisdicción social a este respecto: “sin perjuicio del carácter estatutario de dicha relación, la jurisdicción de trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la Entidades gestoras y su personal”.

¹³ Serrano Argüello, N.: “Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Una relación funcional especial bajo las sombras de su legado histórico”, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 6 (2004). De “anomalía discutible y disfuncional” se tachaba la competencia jurisdiccional social en Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E., op. cit., pág. 28. En el mismo sentido, véase Montoya Melgar, A.: “El personal estatutario de las instituciones sanitarias: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: Personal estatutario de la Seguridad Social, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 117 y 118, autor que estimaba “de discutible fundamento” la atribución del grueso de los conflictos del personal estatutario a la jurisdicción social.

¹⁴ Fueron numerosos los pronunciamientos contradictorios entre las diferentes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con la determinación de la jurisdicción competente para el conocimiento de las cuestiones litigiosas planteadas por el personal estatutario. Así, se estima la competencia del orden contencioso-administrativo en las SSTs de La Rioja de 14 de octubre de 2004 y de Castilla-La Mancha de 9 noviembre 2004, mientras que se predica la competencia de la jurisdicción social en las SSTs de Andalucía de 24 de junio de 2004, de Castilla y León de 18 de abril de 2005, de Cataluña de 26 de abril de 2005, de Madrid de 6 de junio de 2005, de Cantabria de 28 de marzo de 2005 y de La Rioja de 7 de julio de 2005. Resoluciones citadas en Buendía Jiménez, J. A.: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005”, en *Iuslabor*, núm. 1 (2006).

¹⁵ Con carácter previo, se había pronunciado en idéntico sentido la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo mediante Auto 9/2005, de 20 de junio.

¹⁶ Los motivos aparecen aglutinados en la STS de 21 de diciembre de 2005, cuyo Fundamento de Derecho cuarto dispone que “fundamentalmente, en este caso, se cuenta con un argumento legal nuevo, cual es el de la ya citada Ley 55/2003 para modificar la expresada línea jurisprudencial mantenida hasta ahora. Concurren, a su vez, otras consideraciones, también esgrimidas y realmente atendibles, como pueden ser la de la aplicabilidad a los procesos contenciosos de referencia -cuyo número, por otra parte y en definitiva, tampoco ha de erigirse en argumento decisivo para la resolución del tema competencial a resolver- de principios propios del Derecho de Trabajo y no del Derecho Administrativo que les es el aplicable y de la transformación operada en las Entidades Gestoras de la Seguridad Social con el fenómeno de transferencia a las Comunidades Autónomas, pero al margen de esto, es lo cierto que la virtualidad normativa del viejo art. 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, debió decaer desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, cuyo art. 9 estableció, con carácter definitivo e indeclinable, la competencia de los distintos Órdenes Jurisdiccionales, con lo que ya no cabía sostener la prevalencia de dicho art. 45.2 de la Ley de Seguridad Social del 1974. En conclusión, promulgadas las Leyes 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, la Orgánica del

que emergía del art. 1 EM y la consiguiente catalogación de la relación del personal estatutario como funcional especial. Semejante conclusión puso fin a la dualidad jurisdiccional que imperaba hasta entonces en el conocimiento de la materia, dado que, de la atribución competencial expresa y genérica al orden social contenida en la LGSS de 1974, se habían ido sustrayendo a favor del contencioso diversas cuestiones concernientes a la provisión de vacantes, el ejercicio de la potestad reglamentaria, la convocatoria de concursos abiertos y permanentes, la impugnación de acuerdos relativos al baremo aplicable en los concursos, la impugnación de resoluciones en materia de adjudicación de plazas, el régimen disciplinario y la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria¹⁷. Se asistía, según se colige, a un panorama competencial incoherentemente bifurcado entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, lo que dificultaba en muchas zonas de fricción la determinación del debido cauce a seguir.

Con ánimo de poner fin a lo que constituía una verdadera “esquizofrenia competencial”, el alto tribunal alegó que “la claridad y contundencia de los arts. 1 y 2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud no deja, ya, la menor duda respecto al carácter funcional de dicho Personal Estatutario y, por ende, de la incompetencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer y resolver las pretensiones litigiosas planteadas por el mismo”, declarando consecuentemente la competencia a favor de la jurisdicción contenciosa en aras de “lograr la obligada seguridad jurídica y, al propio tiempo, la unidad de criterio jurisprudencial”. La ausencia de derogación formal del art. 45.2 LGSS de 1974 no supuso óbice jurídico-positivo alguno en el planteamiento jurisprudencial, puesto que, según el Tribunal Supremo, “por más que no se contenga una disposición derogatoria expresa del antiguo artículo 45.2 de la vieja Ley General de Seguridad Social, la amplitud derogatoria que contiene la Disposición única dictada al efecto, al decir que “quedan derogadas o se considerarán, en su caso, inaplicables,...cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo dispuesto en esta Ley” es de por sí suficiente -y así debió entenderlo el legislador del texto legal que promulgó- para entender ya derogado, definitivamente, el expresado precepto de la Ley General de Seguridad Social y, con ello, la atribución al Orden Jurisdiccional Social de la competencia para conocer de todos los litigios suscitados por el Personal Estatutario al servicio de la Seguridad Social”¹⁸.

En todo caso, la solución alcanzada es, cuanto menos, objetable. Y lo es desde la doble perspectiva de la técnica y de la argumentación empleada. Lo cierto es

Poder Judicial de 1985, la 33/1987 y, sobre todo, la más específica Ley 55/2003 hay base suficiente para que esta Sala declare, sin más, la incompetencia de esta Orden Jurisdiccional Social para conocer de las cuestiones litigiosas planteadas por el Personal Estatutario al servicio de la Seguridad Social”.

¹⁷ Véase un detenido análisis de este juego competencial “dislocante” en García Piqueras, M., op. cit., págs. 131-140.

¹⁸ STS de 21 de diciembre de 2005.

que no deja de ser discutible el papel asumido por el Tribunal Supremo en tales pronunciamientos. La derogación de una norma como la referida (art. 45.2 LGSS de 1974) no parece cometido integrado en el ámbito de competencias del órgano jurisdiccional, por lo que no es arriesgado afirmar que el órgano jurisdiccional se excedió en su cometido hermenéutico. En efecto, resulta cuestionable que el intérprete judicial proceda a llevar a cabo de forma tácita lo que el legislador, en cuanto agente competente a estos efectos, no ha procedido a hacer expresamente¹⁹. Este razonamiento adquiere aún más consistencia si se tiene en cuenta que, curiosamente, la versión definitiva de la Ley 55/2003 eliminó la derogación explícita que del precepto en concreto se llevaba a cabo en la Disposición Derogatoria del anteproyecto del texto legal, de lo que no cabe sino extraer la intención legislativa de preservar la cuestión competencial tal y como se hallaba asentada desde 1974. A su vez, el informe que sobre dicho anteproyecto elaboró el Consejo General del Poder Judicial el 29 de abril de 2003 concede todo el protagonismo en la tarea derogatoria a la instancia legislativa, al señalar que “para evitar lo que se ha dado en llamar *peregrinaje de jurisdicciones*, la solución definitiva se halla en manos del legislador”, concluyendo que “es el legislador quien puede zanjar tales disquisiciones, lo que es saludable más que nada desde el punto de vista de la seguridad jurídica”. Con razón, se ha sostenido que fue aquella una “sorprendente, perpleja y perniciosa decisión de política judicial del Derecho”²⁰. Si ni la LGSS ni la redacción final del EM privaban de virtualidad al artículo controvertido, ni de forma expresa ni implícita, no existía materia de la que extraer desde sede judicial una pretendida voluntad derogatoria. Tal y como se advierte, cobra todo su vigor en este contexto el apotegma *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*²¹. Y es que no existe en el sistema jurídico elemento normativo alguno que acometa una derogación expresa.

El hecho de que el art. 45.2 LGSS de 1974 incorporase el inciso “sin perjuicio de la relación estatutaria” era un buen indicador de que, en virtud de dicha naturaleza estatutaria, sería la contenciosa la jurisdicción competente. Luego si ya en aquel momento se estimaba la condición administrativa impregnada en dicha relación, el EM no altera de ningún modo el estado de las cosas y, consecuentemente, la solución competencial al respecto podría haber seguido siendo la misma imperante entonces. En otros términos, no hubo remoción de circunstancias que justificase el cambio de criterio²², pues recuérdese que desde los años noventa era jurisprudencia

¹⁹ Consúltase Buendía Jiménez, J. A., loc. cit. En contra García Piqueras, M., op. cit., pág. 110, para quien “es función del juez, no sólo la interpretación de la ley en sentido estricto, sino que su actividad hermenéutica ha de estar presidida por un serio sentido integrador del ordenamiento jurídico, logrando coherencia entre normas diferentes”.

²⁰ Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico, Monereo Pérez, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 365.

²¹ A la luz del mismo, se ha señalado expresivamente que “si el legislador pudiendo hablar ha decidido callar (...) no debió hablar el intérprete ni corregir su silencio”. Buendía Jiménez, J. A., loc. cit.

²² Véase Meana Pérez, S.: “Aspectos procesales del sistema sanitario: principales puntos críticos”, en AA.

consolidada la consideración de esta relación como funcionarial especial. Por tanto, la declaración legal expresa en ese sentido desde el EM (uno de los argumentos en que el Tribunal Supremo sustentó su conclusión) no introdujo realmente modificación alguna en la situación precedente.

2. LA SINGULARIDAD DE LA RELACIÓN DEL PERSONAL ESTATUTARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD CON LA ORGANIZACIÓN SANITARIA: LAS CLAVES DE SU REGULACIÓN ESPECÍFICA.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud señala en su Exposición de Motivos que los profesionales de la salud representan “un elemento esencial en la modernización y calidad del sistema sanitario español en su conjunto”. Precisamente, las notas peculiares que reviste el servicio dispensado por el personal estatutario lo emergen en acreedor de una singularizada normativa que se materializa en el EM y que no es sino exigencia de las implicaciones semánticas del concepto de estatuto²³. Lo anterior es corroborado desde la propia Exposición de Motivos del texto legal, en la que se dispone que “la conveniencia de una normativa propia para este personal deriva de la necesidad de que su régimen jurídico se adapte a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias y del servicio sanitario-asistencial, así como a las peculiaridades organizativas del Sistema Nacional de Salud”. En efecto, el desarrollo de la función sanitaria ostenta características particulares y diferenciadoras no sólo en base a la naturaleza de los cometidos sanitarios, sino también a la propia disposición y articulación que presenta el sistema público sanitario, de modo que la singularidad de su régimen con respecto a los servicios prestados en otros contextos públicos “era tan patente, que ha justificado una regulación sustantiva e independiente de la funcionarial y laboral”²⁴.

La Ley 55/2003, si bien con considerable retraso²⁵, vino a cristalizar el mandato de elaboración del Estatuto Marco contenido en el art. 84 LGS, y lo hizo aportando

VV.: Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España, Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007, págs. 464-467.

²³ GARCÍA PIQUERAS, al reflexionar sobre el concepto jurídico de estatuto, incide en su conexión “con la idea de una regulación precisa de algo específico”, añadiendo que sus concretas y particulares notas características requieren “algo más próximo a su realidad capaz de ajustarse a sus necesidades de regulación, bien por lo específico del organismo en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas o porque la función que se desempeña está adornada de muy peculiares caracteres”. El autor culmina señalando que “la expresión estatuto, correctamente interpretada, alude al régimen jurídico peculiar de la relación entre los servidores y la entidad a la que sirven”. García Piqueras, M., op. cit., págs. 50 y 51.

²⁴ STS de 9 de julio de 2001.

²⁵ Desde 1986, la materialización de la encomienda de un estatuto marco había sido reiteradamente diferida debido a los elementos de tipo político que dificultaban el consenso en torno a un régimen homogeneizado. Un exhaustivo recorrido de las complejidades y dificultades de este proceso en Landa Zapirain, J. P., op. cit., pág. 153 y ss.

una valiosa nota ordenadora y homogeneizadora en el enrevesado marco jurídico existente hasta el momento, al que, expresivamente, se le calificaba como “un espacio normativo arcaico, incompleto, fragmentado y, sobre todo, desorientado”²⁶. La norma legal, inspirada en un neto espíritu simplificador, aspiraba a asentar la unificación e integración frente a la compleja triada imperante, a la que deroga en su Disposición Derogatoria única (apartados e., f. y g.), y que había constituido el núcleo de la normativa reguladora del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Con la entrada en vigor del EM, se puso fin, pues, a la vigencia del Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre; del Estatuto de personal sanitario no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por la Orden de 26 de abril de 1973; así como del Estatuto de personal no sanitario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por la Orden de 5 de julio de 1971²⁷. Lo cierto es que la continuidad de tales estatutos preconstitucionales se revelaba como “una de las más profundas deficiencias”²⁸ de que adolecía la regulación jurídica del personal sanitario, en cuanto proveya normativa que poco encajaba con los nuevos planteamientos que la disposición de la estructura sanitaria traía consigo, evidenciándose a todas luces obsoleta y poco racional. A su vez, la persistencia de tales normas, dispersas e incomunicadas, favorecía el mantenimiento de un panorama fraccionado que suponía un notable desafío a los principios de unidad y coherencia que han de regir todo sistema jurídico. De ahí la oportunidad de la Ley 55/2003, que, además de otorgar al estatuto el rango legal que se exige desde el texto constitucional²⁹, logra articular un régimen jurídico completo e igualitario, de aplicación al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas (art. 2.1 EM) y al personal estatutario del Instituto Social de la Marina (Disposición Adicional undécima).

La aprobación del Estatuto Marco supuso, en definitiva, una pertinente reordenación que incorporaba altas dosis de coherencia y racionalidad jurídica, al tiempo que logró una efectiva adaptación al carácter descentralizado que reside en la organización y gestión del Sistema Nacional de Salud. Es por ello que, en el ámbito originario de este texto legal, resulta imprescindible la referencia siquiera somera al Acuerdo de Consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud aprobado por la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados el 21 de octubre y ratificado por el pleno de la Cámara el 18 de diciembre

²⁶ Tortuero Plaza, J. L., op. cit., pág. 368.

²⁷ Esta regulación tripartita no era sino una rémora histórica de los recursos sanitarios existentes con anterioridad a la gestión del Sistema Nacional de Salud. En concreto, con regímenes inconexos, coexistían, el personal funcionario procedente de los llamados Cuerpos de Sanitarios Locales y de las transferencias de la AISNA, el personal laboral proveniente con carácter general de la sanidad local, así como el personal estrictamente estatutario originario de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

²⁸ Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Quesada Segura, R.: Manual de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 2014, pág. 507.

²⁹ Serrano Argüello, N.. loc. cit.

de 1997, desde el que se promovía un nuevo régimen de personal compatible con la autonomía de gestión de los centros, al objeto de alcanzar los siguientes fines: la regulación de las peculiaridades del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas mediante un Estatuto profesional propio, de carácter básico para todo el sistema, sin perjuicio de su desarrollo por las Comunidades Autónomas; el fomento de la descentralización de los procesos de selección y promoción profesional en el plano de las organizaciones proveedoras; la flexibilización del régimen de dedicación, mediante una mayor personalización de las condiciones de trabajo, haciendo efectiva la participación de los profesionales en la toma de decisiones de los centros; y, por último, la adecuación de las plantillas a las necesidades efectivas de las instituciones, promoviendo soluciones legales para el ajuste por los centros de las mismas y regulando la negociación colectiva a nivel de centro, bajo pautas comunes a todo el sistema.

El aludido EM conforma la normativa básica en la materia, por lo que, en desarrollo de la misma, el Estado y las Comunidades Autónomas están llamados, en el ámbito de sus respectivas competencias, a aprobar los estatutos y demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud, tomando en consideración, para ello, los principios generales establecidos en el EM, las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, así como las características organizativas de cada servicio de salud (art. 3 EM). En lo no previsto en el texto legal ni en las normas llamadas a su desarrollo, resultan aplicables las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (art. 2.2 EM). Tal previsión adquiere un alcance controvertido, toda vez que se ha afirmado que trasgrede el esquema general de fuentes del art. 103.3 de la CE, pues si la Ley cataloga la relación estatutaria, según se ha expuesto líneas arriba, como una relación funcionarial especial, “lo coherente sería que la supletoriedad de primer grado fuese a favor de las normas de función pública estatales”³⁰. De un modo u otro, la norma llamada a regir con efectos supletorios viene de la mano de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP)³¹, la cual integra el personal estatutario de los Servicios de Salud en el personal funcionario de carrera (art. 2.4).

El esboce del cuadro jurídico-legal estatutario quedaría incompleto si junto a la Ley 55/2003 no se hiciese referencia a la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. Una y otra conforman las dos piezas básicas en la regulación de la actividad profesional en el sector sanitario. En concreto, la última contiene una específica ordenación del ejercicio de las diversas profesiones

³⁰ Palomar Olmeda, A. y Vázquez Garranzo, J.: *Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 416.

³¹ El art. 2.3 preceptúa que “el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirá por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”.

sanitarias tituladas, ya sea por cuenta propia o ajena, reparando minuciosamente en los aspectos relativos a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de éstos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones sanitarias, resultando de aplicación tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada (art. 1). Es en este ánimo de sistematización común de la actuación del conjunto de los profesionales sanitarios donde reside su característica transversalidad normativa³².

3. LA PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL MARCO ESTATUTARIO

Dispone el art. 29 EM que la provisión de plazas del personal estatutario se realiza por los sistemas de selección de personal, de promoción interna y de movilidad, así como por reingreso al servicio activo en los supuestos y mediante el procedimiento que en cada servicio de salud se establezcan. En concreto, el precepto enumera los principios básicos por los que se rige la provisión de plazas, aludiendo, así, a la igualdad, mérito, capacidad y publicidad; la planificación eficiente de las necesidades de recursos y programación periódica de las convocatorias; la integración en el régimen organizativo y funcional del servicio de salud y de sus instituciones y centros; la movilidad del personal en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, la coordinación, cooperación y mutua información entre las Administraciones sanitarias públicas; junto a la participación, a través de la negociación en las correspondientes mesas, de las organizaciones sindicales especialmente en la determinación de las condiciones y procedimientos de selección, promoción interna y movilidad, del número de las plazas convocadas y de la periodicidad de las convocatorias.

Mención aparte merece la provisión de los denominados puestos de libre designación, que son determinados en cada Servicio de Salud. En este sistema de naturaleza excepcional, el titular del puesto ha de ser seleccionado con criterios que exceden de los principios de mérito y capacidad, pero sin obviarlos, de modo que se integren otras características que permitan la selección del más óptimo candidato. Ahora bien, siendo éste un ámbito en el que se desarrolla una potestad administrativa claramente discrecional, resulta del todo necesaria la justificación motivada por la Administración de la conveniencia de recurrir a dicho sistema de libre designación³³.

³² Consúltese Palomar Olmeda, A.: “Desarrollo profesional y carrera sanitaria: cuestiones actuales”, en AA. VV.: Derecho sanitario y bioética: cuestiones actuales, Gascón Abellán, M.; González Carrasco, M. C. y Cantero Martínez, J. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 221 y 222.

³³ Moreno González, A.: “El personal estatutario: nacimiento y extinción de las relaciones estatutarias. Selección y provisión de plazas. Situaciones administrativas”, en AA. VV.: Tratado de Derecho Sanitario, Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez, J. (Dirs.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 1136-1137.

Por lo que respecta al personal estatutario fijo, la selección se lleva a cabo, de forma periódica y en el ámbito que en cada servicio de salud se determine, a través de convocatoria pública y mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de competencia. Dichas convocatorias han de ser anunciadas en el boletín o diario oficial de la correspondiente Administración pública. El art. 30 EM ordena la adecuación de los procedimientos de selección, sus contenidos y pruebas a las funciones a desarrollar en las correspondientes plazas incluyendo, en su caso, la acreditación del conocimiento de la lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma en la forma que establezcan las normas autonómicas de aplicación.

Las convocatorias deben identificar las plazas convocadas indicando, al menos, su número y características, y especificando las condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes, el plazo de presentación de solicitudes, el contenido de las pruebas de selección, los baremos y el sistema de calificación.

En todo caso, el EM enuncia una serie de requisitos para poder participar en los procesos de selección de personal estatutario fijo, a saber, poseer la nacionalidad española o la de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, u ostentar el derecho a la libre circulación de trabajadores; estar en posesión de la titulación exigida en la convocatoria o en condiciones de obtenerla dentro del plazo de presentación de solicitudes; poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de las funciones que se deriven del correspondiente nombramiento; tener cumplidos 18 años y no exceder de la edad de jubilación forzosa; no haber sido separado del servicio, mediante expediente disciplinario, de cualquier servicio de salud o Administración pública en los seis años anteriores a la convocatoria, ni hallarse inhabilitado con carácter firme para el ejercicio de funciones públicas ni, en su caso, para la correspondiente profesión.

En las convocatorias para la selección de personal estatutario, se ha de reservar un cupo no inferior al cinco por ciento, o al porcentaje que se encuentre vigente con carácter general para la función pública, de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por ciento, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de cada servicio de salud, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes.

Pero no es la selección del personal estatutario fijo la única prevista en el EM. El texto legal se refiere, igualmente a la selección del personal estatutario temporal, la cual ha de efectuarse a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, siempre basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia y publicidad y establecidos previa negociación en las mesas correspondientes.

Como particularidad, el art. 33 EM reconoce la posibilidad de someter a este tipo de personal a un período de prueba, durante el que será posible la resolución de la relación estatutaria a instancia de cualquiera de las partes. La duración de dicho período, que no puede superar los tres meses de trabajo efectivo en el caso de personal con titulación universitaria superior, ni los dos meses para el resto del personal, no puede exceder de la mitad de la duración del nombramiento, si ésta está precisada en el mismo. Queda exento del período de prueba quien ya lo hubiera superado con ocasión de un anterior nombramiento temporal para la realización de funciones de las mismas características en el mismo servicio de salud en los dos años anteriores a la expedición del nuevo nombramiento.

Por lo que se refiere a la promoción interna, ésta es objeto de detenida atención en el art. 34 EM, precepto que reconoce la posibilidad que ostenta el personal estatutario fijo de acceder, dentro de su servicio de salud de destino, a nombramientos correspondientes a otra categoría, siempre que el título exigido para el ingreso sea de igual o superior nivel académico que el de la categoría de procedencia, y sin perjuicio del número de niveles existentes entre ambos títulos. Tales procedimientos para la promoción interna se desarrollan de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad (en consonancia con el 103.3 CE³⁴) y acudiendo a los sistemas de oposición, concurso o concurso-oposición.

Por su parte, la promoción interna temporal es objeto de regulación en el art. 35 EM, conforme al cual, por necesidades del servicio y en los supuestos establecidos en cada servicio de salud, cabe ofrecer al personal estatutario fijo el desempeño temporal, y con carácter voluntario, de funciones correspondientes a nombramientos de una categoría del mismo nivel de titulación o de nivel superior, siempre que ostente la titulación correspondiente. Estos procedimientos son objeto de negociación en las mesas correspondientes.

Durante el tiempo de realización de funciones en promoción interna temporal, el interesado se mantiene en servicio activo en su categoría de origen, y percibe las retribuciones correspondientes a las funciones efectivamente desempeñadas, con excepción de los trienios, que son los correspondientes a su nombramiento original. En todo caso, el ejercicio de tareas en promoción interna temporal no

³⁴ La STC 138/2000, de 29 de mayo, en reiteración de lo concluido en abundantes pronunciamientos anteriores, indica que “la igualdad que la Ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigidos sean referibles a los principios de mérito y capacidad, pues, aunque la exigencia de que el acceso a la función pública se haga conforme a los mencionados principios figura en el artículo 103.3 de la Constitución y no en el artículo 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos constitucionales, que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones establecidas para aspirar a los distintos cargos y funciones, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad”.

implica la consolidación de derecho alguno de carácter retributivo o en relación con la obtención de nuevo nombramiento, sin perjuicio de su posible consideración como mérito en los sistemas de promoción interna.

4. BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO OLEA, M.: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Cívitas, Madrid, 1999.

BUENDÍA JIMÉNEZ, J. A.: “El personal estatutario fuera de la jurisdicción social, una decisión sumamente discutible. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 16 de diciembre de 2005”, en *Iuslabor*, núm. 1 (2006).

DESDENTADO BONETE, A. Y DESDENTADO DAROCA, E.: “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social”, en AA. VV.: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

GARCÍA PIQUERAS, M.: *El régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1996.

LANDA ZAPIRAÍN, J. P.: *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1999.

MEANA PÉREZ, S.: “Aspectos procesales del sistema sanitario: principales puntos críticos”, en AA. VV.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M. N. (Dir.), Comares, Granada, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008.

MONTOYA MELGAR, A.: “El personal estatutario de las instituciones sanitarias: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en AA. VV.: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MORENO GONZÁLEZ, A.: “El personal estatutario: nacimiento y extinción de las relaciones estatutarias. Selección y provisión de plazas. Situaciones administrativas”, en AA. VV.: *Tratado de Derecho Sanitario*, PALOMAR OLMEDA, A. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), Volumen I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

PALOMAR OLMEDA, A.: “Desarrollo profesional y carrera sanitaria: cuestiones actuales”, en AA. VV.: *Derecho sanitario y bioética: cuestiones actuales*, GASCÓN ABELLÁN, M.; GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PALOMAR OLMEDA, A. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: *Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.

SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “Administratividad y tratamiento jurisdiccional de las denominadas relaciones estatutarias”, en *RL*, núm. 13 (1994).

SERRANO ARGÜELLO, N.: “Comentario a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, sobre el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Una relación funcional especial bajo las sombras de su legado histórico”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6 (2004).

TORTUERO PLAZA, J. L.: “Personal estatutario de la Seguridad Social: la prescripción de acciones para la reclamación de derechos económicos”, en AA. VV.: *Personal estatutario de la Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

**CONTRATOS DE “INDETERINOS”: DE LA
AZAROSA RACIONALIZACIÓN JUDICIAL
A LA CONTINUA CONFUSIÓN LEGAL**

Margarita Miñarro Yanini
Profesora Titular de Universidad
Universidad Jaime I -Castellón-

SUMARIO:

- 1. TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS: LA OSCURIDAD QUE NO CESA**
- 2. UN POCO DE HISTORIA: CÓMO LA SOLUCIÓN SE CONVIERTE EN PROBLEMA**
- 3. DE LA PROGRESIVA EVOLUCIÓN DE LA IDENTIFICACIÓN PEYORATIVA CON LOS CONTRATOS TEMPORALES HASTA EL SOMETIMIENTO AL IMPERIO DE LA LEY**
 - 3.1. Primera etapa.- Vacío total de normativa reguladora específica y asimilación al contrato de interinidad por vacante**
 - 3.2. Segunda etapa.-Introducción del despido económico en la Administración Pública por la Ley 3/2012 e ignorancia jurisprudencial de la novedad normativa**
 - 3.2.1. Extensión normativa del despido económico al ámbito público ex DA 20ª ET*
 - 3.2.2. La neutralización de la DA 20ª por la jurisprudencia*
 - 3.3. Tercera Etapa.-Rectificación y sometimiento al imperio de la Ley: aplicación del despido económico a la extinción del contrato indefinido no fijo**
- 4. VIENTOS DE FUTURO: UNA NUEVA VÍA DE CONFUSIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**
- 5. REFLEXIÓN FINAL**

1. TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS: LA OSCURIDAD QUE NO CESA

Los trabajadores “indefinidos no fijos”, también llamados impropriadamente “indeterinos” o “temporalmente indefinidos”¹, responden a una peculiar institución jurídico-contractual de creación jurisprudencial cuyo origen se vincula al intento de solución meramente pragmática a un grave problema de gestión del acceso al empleo público. Así, se trata de conciliar la garantía administrativa de acceso por méritos a un empleo fijo con la sanción laboral de indefinición de todo contrato realizado en fraude de Ley, aunque con ello se diera carta de naturaleza a una figura contractual incoherente e irracional, perpetuando al tiempo las malas prácticas de gestión del empleo público que estaban en su base. Este origen patológico ha ido acompañando a esta forma de acceso y mantenimiento en el empleo que paulatinamente ha ido perdiendo nitidez, hasta llegar a extremos de confusión e incoherencia jurisprudencial y normativa -arts. 8 y 11 EBEP-. La irracionalidad llegó tan lejos que incluso se hizo de peor condición al contrato indefinido no fijo que al de interinidad por vacante, al que se asimilaba. Es por ello que esta artificial modalidad contractual ha estado rodeada de una continuada inseguridad, lo que si bien, por una parte, despierta un enorme interés científico, por otra es sumamente reprobable a efectos de racionalidad en la gestión del empleo público y de estabilidad.

Paradójicamente, la DA 20ª ET, introducida por Ley 3/2012, supuso un intento de racionalización de la figura contractual, pese a pretender la desestabilización del conjunto del empleo público laboral. Esta norma ofrecía una garantía de estabilidad a esta figura, que si bien perdía la preferencia en el empleo respecto de los indefinidos fijos, recibía la garantía constituida por un procedimiento racional de extinción así como una indemnización por la ruptura del contrato. No obstante, el Tribunal Supremo, en su escalada involucionista respecto de esta modalidad contractual, ignoró esta mínima protección y siguió anclado en su inercia interpretativa-STS de 22 de julio de 2013-.

Una situación tan incoherente conceptual y normativamente, así como injusta, no podía sostenerse por mucho tiempo más. En este contexto, la STS de 24 de junio de 2014 (recas.217/2013), ha reconducido al marco normativo interno -DA 20ª en relación a arts.51 y 52 ET- y comunitario -Directiva 1999/70- el final de la vida del contrato de los trabajadores indefinidos no fijos así como de los propiamente interinos por vacante. De este modo, queda claro que para extinguir este tipo de contratos hay que acudir a las vías del art. 51 o del art. 52, según su número, no ya a la fácil y gratuita vía de la amortización de plaza.

¹ La primera expresión aparece en la STSJ de Galicia (contencioso-administrativo) 19/2013, de 16 de enero. La segunda es utilizada en la STS 27 de mayo de 2002 (rcud. 2591/2001).

Sin embargo, un par de meses más tarde parece abrirse espacio de nuevo la tendencia a la confusión en el ámbito del empleo público, por obra de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, pretendidamente de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Esta norma introduce un nuevo apartado 6 en el art.10 del EBEP, relativo a los funcionarios interinos designados en el marco de programas temporales o exceso o acumulación de tareas, a fin de favorecer su movilidad funcional. De este modo, desnaturaliza la figura del funcionario interino, creando una especie de “funcionario interino eventual”. La proximidad cronológica entre jurisprudencia rectificadora y cambio normativo lleva a pensar que existe conexión entre ambos giros, por lo que cabría preguntarse si asistimos a un nuevo episodio no virtuoso de reacción legal correctora de una jurisprudencia contraria al interés administrativo de contar una mayor libertad para disponer de las relaciones de empleo temporal.

2. UN POCO DE HISTORIA: CÓMO LA SOLUCIÓN SE CONVIERTE EN PROBLEMA

La aparición de los contratos indefinidos no fijos en nuestro panorama jurídico se sitúa en la década de los noventa, etapa álgida del desarrollo de las Administraciones Públicas y otras entidades del sector público y en la que se produjo una generalizada y masiva utilización de la contratación temporal² que supuso un auténtico “culto a la temporalidad”³. Estos organismos públicos, mostrando un desconocimiento de la ley que resulta asombroso en sujetos que han de actuar *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho* (art.103.2 CE), muy frecuentemente obviaron las reglas reguladoras de la contratación temporal-particularmente, la exigencia de causa de la temporalidad- y los correlativos límites al encadenamiento de contratos temporales. Como sanción a este uso y abuso de los contratos temporales, se siguió la aplicación del efecto previsto en el art 15.3 ET, que presume indefinidos los contratos temporales celebrados en fraude de ley. Dado que dicho efecto no podía aplicarse en toda su extensión en la Administración Pública por estar sujeta a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad (arts.23.2 y 103.3 CE), tras ciertos planteamientos titubeantes⁴, el Tribunal Supremo concluyó que se trataba de contratos indefinidos, pero no fijos⁵. De este modo, procedía a separar dos condiciones que habitualmente son inescindibles, la indefinición y la fijez, creando

² Resultado de la combinación del recurso a la contratación temporal causal y del gran desarrollo que se hizo de la contratación temporal acausal incentivada ex art.15.1 en relación con el 17.3 ET-80.

³ ROJO TORECILLA, E. Y CAMAS RODA, F. “¿El principio del fin de la temporalidad? De la temporalidad a la estabilidad: ¿Un viaje de ida y vuelta?, Aranzadi Social, vol.V, 1998, p.777.

⁴ En una primera etapa, la jurisprudencia entendió que en la Administración Pública no eran de aplicación los límites a la contratación temporal (STS27 de noviembre de 1989), evolucionando posteriormente hacia la consideración de que se trataba de una interinidad de hecho (STS 18 de julio de 1990), hasta entender que debían aplicarse los límites a los contratos temporales, pero atemperando el efecto de la indefinición del vínculo (STS 18 de marzo de 1991).

⁵ Exponente de esta posición, STS 20 de enero de 1998.

una figura singular e insólita, que se desarrolló y evolucionó al margen de la ley. Con todo, como seguidamente se expondrá, la consideración de indefinidos era eminentemente nominativa, puesto que en la práctica se les confirió el tratamiento de funcionalmente temporales.

En consecuencia, se trata de una modalidad patológica que es peculiar desde su origen, puesto que no nace, como es común, de un acuerdo de voluntades de las partes, sino que es consecuencia de una irregularidad del empleador seguida de la correspondiente declaración judicial o resolución administrativa que reconoce la prórroga indefinida del inicial contrato temporal. Por lo tanto, la conversión en contrato por tiempo indefinido se configura como una sanción o castigo por el incumplimiento de la ley.

Cierto es que esta característica es común a todos los contratos que devienen indefinidos *ex art.15.3 ET* -independientemente del carácter privado o público del empleador-, puesto que la indefinición es el efecto que el ordenamiento jurídico vincula al fraude de ley en materia de contratación temporal. No obstante, en el ámbito privado indefinición y fijeza del vínculo van unidos, mientras que en el ámbito público únicamente opera la primera de estas notas. Precisamente por ello es por lo que se origina el contrato indefinido no fijo, que en consecuencia es específico del sector público, puesto que nunca podría darse en la empresa privada, ya que en caso de que procediera la conversión en indefinido en virtud del art.15.3 ET en este ámbito, no se podría excluir la fijeza del contrato.

La noción de “indefinición sin fijeza” da idea de cuál será el otro momento crítico de este contrato. Éste no se situará durante su transcurso, dado que al no ser sino la prórroga por tiempo indefinido de otro temporal, ordinariamente no se produce cambio alguno en las condiciones de trabajo aplicables. Ello, claro está, no supone la imposibilidad de introducir variaciones en dichas condiciones, puesto que, como en cualquier otra modalidad contractual, éstas pueden llevarse a efecto a través del procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo establecido en el art.41 ET.

Por ello, esa situación clave es la de su extinción, cuya difícil interpretación en el marco de la indefinición de la relación laboral se evidencia en la confusa jurisprudencia que ha ido definiendo las circunstancias en que se produce y los efectos que se vinculan a ella, según se expondrá en el siguiente epígrafe.

3. DE LA PROGRESIVA EVOLUCIÓN DE LA IDENTIFICACIÓN PEYORATIVA CON LOS CONTRATOS TEMPORALES HASTA EL SOMETIMIENTO AL IMPERIO DE LA LEY

Como se apuntaba anteriormente, uno de los momentos críticos de este contrato es el de su finalización, puesto que no es sencillo perfilar el carácter de “indefinido no fijo”, pues si bien conceptualmente “indefinido” implica que no tiene fijado un término de conclusión y “ausencia de fijeza” significa que carecen de vinculación permanente en la plantilla, en el plano práctico su aplicación tiene relevantes implicaciones. La complejidad de la interpretación de estas notas se agudiza si se tienen en cuenta los criterios aplicados por la jurisprudencia, que degradan la nota de indefinición hasta conseguir el paradójico efecto de hacer de peor condición a efectos laborales a los trabajadores indefinidos no fijos que a los temporales.

Con todo, esta situación parece haber sido atajada por la DA 20ª ET que, aun con demora, ha reconducido al imperio de la ley esta modalidad, introduciendo así mayor claridad y racionalidad en la jurisprudencia.

3.1. Primera etapa.- Vacío total de normativa reguladora específica y asimilación al contrato de interinidad por vacante

La identificación jurisprudencial de la categoría de trabajadores indefinidos no fijos no llevó consigo una regulación legal de la misma, si bien el ordenamiento jurídico incorporaba algunas referencias atinentes a este supuesto. De este modo, la DA 15ª del ET, introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, extendió la aplicación de los límites al encadenamiento de contratos a las Administraciones Públicas y sus organismos autónomos, aunque sin perjuicio de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que se mantenía la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo mediante los procedimientos establecidos. Posteriormente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, precisó que cuando se procediera a la cobertura reglamentaria del puesto, se producía la extinción de la relación laboral, salvo que ese trabajador superase el proceso selectivo.

Si bien no se trataba de una previsión con importante contenido en orden a la regulación de esta modalidad, dejaba claro que se refería al supuesto de indefinición de la relación laboral por irregularidades en la contratación laboral por las Administraciones Públicas, estableciendo como causa de extinción la cobertura reglamentaria de la plaza. De este modo, la norma acogía el criterio jurisprudencial

que mantenía que el contrato indefinido no fijo se extinguiría cuando se produjera la provisión reglamentaria de la plaza⁶.

Años más tarde, el Tribunal Supremo abundó en esta dirección, buscando apoyo en un referente normativo a través de la analogía, lo que supuso una deriva hacia planteamientos incomprensibles. Así, la referencial STS 27 de mayo de 2002 (recud.259/2001), basándose en criterios meramente funcionales, reiteró la idoneidad extintiva de la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada, encuadrándola en la causa del art.49.1,b) ET,], con lo que asimilaba estos contratos a los de interinidad por vacante⁷. Pese a lo poco comprensible que resulta la referencia a esta causa legal de extinción, el Tribunal sólo especificaba que la razón a que respondía esta subsunción era funcional, pues la existencia de unos y otros respondería a una misma causa y necesidad. En suma, pese a la indefinición de los primeros, los equiparaba a un contrato temporal sujeto a condición resolutoria -la cobertura definitiva del puesto-, lo que, además de ser técnicamente incorrecto, suponía la eliminación *de facto* de su mayor protección derivada de la indefinición, comportando con ello en un plano práctico que la ruptura del vínculo contractual no fuera acompañada de indemnización en favor del trabajador.

Posteriormente, el Tribunal Supremo derivó de dicha jurisprudencia, como nueva causa de extinción del contrato indefinido no fijo, la amortización directa de la plaza, sin necesidad de acudir al despido y, en consecuencia, sin indemnización⁸. De este modo, nuevamente por aplicación analógica de la interinidad por vacante, extraía otra causa extintiva que carecía de base normativa en relación a la modalidad contractual de indefinido no fijo, que encontró firme oposición en algunos Tribunales Superiores de Justicia⁹.

Esta poco inteligible equiparación entre la contratación temporal de interinidad por vacante e indefinida no fija fue desmentida poco después por la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), que en sus arts.8.1,c) y 11.1 establece tres posibles clases de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en función de la duración del contrato, a saber, fijo, por tiempo indefinido o temporal. Con ello, por una parte, incidía en la diferencia existente entre trabajadores fijos e indefinidos, aludiendo con ello indirectamente a los trabajadores indefinidos no fijos. Por otra, deja clara una cuestión que, pese a resultar evidente, obviaba en la práctica el Tribunal Supremo, que es la diferencia que existe entre los trabajadores indefinidos y los temporales y la consecuente inoportunidad de asimilarlos. Sin embargo, esta

⁶ En este sentido, STS 20 de enero de 1998, citada

⁷ Sobre esta cuestión se formuló voto particular en el que se abogaba por la aplicación de la causa prevista en el art.49.1,l) ET, discrepando particularmente del efecto no indemnizado de la extinción derivado de la aplicación de la causa prevista en el art.49.1,b) ET.

⁸ Auto del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2010 (rcud.4480/2009).

⁹ En este sentido, STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de enero de 2009 (rec.1741/2008)

norma no realiza ninguna aportación más allá de esta triple distinción, de modo que el legislador dejó pasar esta oportunidad de poner orden en las caóticas reglas por las que se regía este contrato.

Sin embargo, si bien es cierto que el efecto del EBEP sobre el tratamiento de los trabajadores indefinidos no fijos no podía haber sido más que tenue, ya que esta norma no incorporaba previsión sustantiva alguna sobre ellos, en la práctica fue nula. Ello es debido a que la jurisprudencia siguió abundando en la confusión, incurriendo además en evidentes contradicción. Así, a la par que reconocía la diferencia de los indefinidos no fijos respecto de las restantes categorías previstas en el EBEP, mantenía inalterado su precedente criterio interpretativo. De este modo, afirmaba que debía dispensarse diferente tratamiento a los trabajadores indefinidos no fijos y a los interinos por vacante¹⁰, pero simultáneamente abundaba en la equiparación completa entre ambas modalidades contractuales, aplicando de modo directo los preceptos reguladores de la interinidad por vacante, incluso sin mencionar que se trataba de una aplicación analógica¹¹.

3.2. Segunda etapa.-Introducción del despido económico en la Administración Pública por la Ley 3/2012 e ignorancia jurisprudencial de la novedad normativa

3.2.1. Extensión normativa del despido económico al ámbito público ex DA 20ª ET

La aparición de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, constituyó un importante hito normativo que pudiera y debiera haber llevado al Tribunal Supremo a modificar su criterio para ajustarlo a este marco jurídico que, por vez primera, aportaba una solución para la extinción de los contratos indefinidos no fijos. En este sentido, esta ley de reforma introdujo la DA 20ª del ET, a fin de dotar de base legal a la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. De este modo, sin sombra de dudas, esta disposición a firma que el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público se realizará por las vías de los arts.51 y 52,c) ET.La efectividad de esta medida en el ámbito público se reforzó de forma indirecta al exceptuar de éste la aplicación de las medidas de flexibilidad interna previstas en el art.47 ET, a tenor de la DA 21ª ET¹².

¹⁰ En este sentido, SSTS 16 de septiembre de 2009, citada, y 26 de abril de 2010 (rcud.2290/2009).

¹¹ STS de 3 de febrero de 2011 (rcud.142/2010).

¹² Así lo destaca MOLINA NAVARRETE, C. “Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿<<cesantía>> o <<despido objetivo>>?”, Aranzadi Social, nº9-10, 2014, p.62.

En consecuencia, el ordenamiento jurídico introducía en el ámbito público el favor absoluto por las medidas de flexibilidad externa -despido- sobre las internas -suspensiones de contrato o reducción de jornada- en supuestos de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. De la exigencia de la utilización de la extinción por causas objetivas o despido colectivo para rescindir contratos por causas económicas en la Administración Pública deriva la obligación de cumplir el procedimiento establecido para la aplicación de estas modalidades y el abono de la indemnización de 20 días de salario por año deservicio con el máximo de 12 mensualidades. En consecuencia, pese al nocivo impacto en las condiciones laborales que con carácter general ha producido la reforma de 2012, paradójicamente, reportó un efecto beneficioso para los trabajadores indefinidos no fijos, respecto de quienes mejoró considerablemente las condiciones de extinción contractual, al exigir que se realizara con las garantías de los procedimientos establecidos en los arts. 51 y 52,c) ET y con el percibo de la indemnización correspondiente.

Particularmente significativo en relación a los trabajadores indefinidos fijos es el último párrafo de la DA 20^a, que establece la prioridad de permanencia en dichos procedimientos del personal laboral fijo que hubiera superado un proceso selectivo. De este modo, contempla de forma indirecta a los trabajadores indefinidos no fijos en el ámbito del precepto, al indicar que, junto con los temporales, resultan afectados por la medida extintiva prioritariamente a los indefinidos fijos.

3.2.2. *La neutralización de la DA 20^a por la jurisprudencia*

La introducción de la DA 20^a ET, dada su especificidad y claridad, debiera haber alterado esa jurisprudencia inconsistente argumentalmente y confusa que asimilaba el contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante. No obstante, sorprendentemente, el Tribunal Supremo fue insensible a este importante cambio normativo y, dando la espalda a la ley, continuó instalada incomprensiblemente en la equiparación entre contrato indefinido no fijo y contrato de interinidad por vacante. Señera es al respecto la STS de 22 de julio de 2013 (rcud. 1380/2012) primer pronunciamiento dictado en la materia tras el cambio normativo que, insensible a éste, no sólo continuaba anclada en los criterios establecidos en la STS de 27 de mayo de 2002, sino que abundaba aún más en la senda de la confusión. Esta Sentencia, que contiene un voto particular muy importante cualitativa y cuantitativamente¹³, examina el supuesto de extinción de contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza ocupada, fundamentando la resolución en los criterios establecidos en dicho pronunciamiento de 2002 respecto de la extinción por

¹³ Formulado por el Magistrado Jordi Agustí Julia al que se adhieren cinco Magistrados de la Sala. Sobre este voto particular, vid. LÓPEZ LLUC, M.I. “La extinción del contrato indefinido no fijo de las Administraciones públicas en la Sentencia del Tribunal Supremos de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, RDS, nº64, 2013, p.184 ss.

cobertura de la plaza. Así, con argumentos peregrinos, mantiene la equiparación del contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante también en supuestos de amortización de la plaza, obviando la aplicación del nuevo marco normativo *ex* DA 20ª ET del despido económico.

Tres son los aspectos más destacables de esta sentencia. En primer lugar, el mantenimiento de la asimilación del contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante. En segundo lugar, la relegación de los argumentos normativos en favor de la aplicación del criterio mucho más inconsistente, de más compleja aplicación en el ámbito laboral y menos riguroso de la aplicación de la condición resolutoria como causa de extinción en base a los arts.1117 Código Civil y 49.1,b) ET. Por último, el reconocimiento del eventual derecho a la indemnización prevista en el art.49.1,c) ET ante la extinción del contrato indefinido no fijo.

Estos aspectos son vivamente criticados en el voto particular, con argumentos que se comparten. Por lo que respecta al primero de ellos, como es de pura lógica, frente al anclaje de la mayoría de la Sala a la jurisprudencia que equipara el contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante también en supuestos de amortización de la plaza con la única base de su valoración funcional, el voto particular incide en la nítida diferencia existente entre ambas modalidades contractuales, que se desprende del EBEP y que determina que no proceda aplicar analógicamente las previsiones del segundo al primero.

En cuanto a la inaplicación de la DA 20ª en favor de la extinción por aplicación de la condición resolutoria prevista en los arts.117 Código Civil y 49.1,b) ET, así como de la consideración de “la naturaleza de la relación contractual”, resulta particularmente sorprendente que el Tribunal ignore el incontestable efecto de la primera sobre la extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos para aferrarse a argumentos cuya única consistencia deriva de su reiteración jurisprudencial. El voto particular incide de modo especial en esta idea, al considerar que la DA 20ª ha despejado cualquier duda acerca de cuál es el régimen extintivo del contrato indefinido no fijo en supuestos de amortización de la plaza, pues el precepto deja claro que ha de aplicarse la extinción por causas objetivas o despido colectivo. Asimismo, trae a colación la también obviada por los Magistrados que mantienen el criterio mayoritario Directiva 1999/70/CE, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEPP, sobre el trabajo de duración determinada y la doctrina que al respecto ha establecido el TJUE. Ésta, en base a la obligación de los Estados de adoptar medidas para evitar abusos en la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, que es el objetivo de toda la norma y que se materializa en medidas concretas en la cláusula 5, considera que los Estados han de prever medidas frente a los abusos en la utilización de los contratos temporales en el sector público, que han de respetar el principio de equivalencia -no ser menos favorables a situaciones similares prevista en el ordenamiento interno- y de efectividad -no

impedir el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario-. Según el criterio expresado en el voto particular, el fallo de la Sentencia no supera este doble juicio, puesto que no establece ninguna medida para evitar y sancionar la utilización abusiva de contratos temporales, como pudiera ser la reparación en forma de indemnización por extinción del contrato, y por tanto, es contraria a la Directiva. De este modo, el voto particular se alineaba con la posición mantenida por un número considerable de Tribunales Superiores de Justicia, que destacaban lo irrazonable de la asimilación del contrato indefinido no fijo al de interinidad por vacante, con aplicación de la consecuencia de extinción directa en caso de amortización, al suponer la impunidad de la Administración ante la contratación ilegal¹⁴ y restaurar un régimen de cesantías¹⁵.

Por lo que respecta al eventual derecho al percibo de la indemnización prevista en el art.49.1.c) ET por los trabajadores indefinidos no fijos que ven extinguido su contrato, el Magistrado que formula el voto particular critica que no se conceda en base a que no se solicitó, puesto que de este modo obliga al trabajador a acudir a una posterior acción indemnizatoria, con menoscabo del principio de tutela judicial efectiva, y porque obvia el principio reiterado por la Sala de “quien pide lo más, pide lo menos”, que habría de determinar su reconocimiento por cuanto la solicitud de declaración de nulidad la englobaría como subsidiaria. Estos argumentos se reiteran en la STS de 14 de octubre de 2013 (rcud 68/2013), en la que, a modo de caritativa compensación, sí se reconoce el derecho al percibo de esta indemnización pese a no haber sido solicitada por el trabajador, al entender que se trata de una consecuencia legal inherente a la desestimación de las pretensiones de declaración de nulidad o de improcedencia de la extinción. No obstante, junto a estos argumentos, debe destacarse también que esta sugerida aplicación de la indemnización prevista para la extinción de contratos temporales abunda en la senda de la confusión y resolución *contra legem*.

Así, el posible reconocimiento de esta indemnización no tiene base razonable alguna, sino que nuevamente se fundamenta en la aplicación analógica injustificada, por cuanto no hay similitud entre los supuestos, ya que responden a fundamento muy diverso, suponiendo, en consecuencia, una manifestación de aplicación creativa de la ley. Sin duda, lo incomprensible que resultaba la consecuencia de la aplicación del propio argumento del Tribunal Supremo, también resultante de la aplicación analógica aunque de figura de contrato temporal distinta, que suponía que la extinción de los contratos de trabajadores indefinidos no fijos-muchas veces con larga antigüedad en la empresa- no comportara indemnización, haciéndoles así de peor condición que los temporales, llevó al Tribunal a esta asombrosa conclusión. De este modo, se opta por una rocambolesca solución en lugar de aplicar las figuras con las que el supuesto tiene perfecto encaje jurídico-la extinción por causas

¹⁴ STSJ de Baleares de 9 de abril de 2013 (rec.689/2012)

¹⁵ STSJ Castilla y León (Valladolid) de 17 de julio de 2013 (rec.1087/2013).

objetivas o despido colectivo por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción-, y los consiguientes efectos económicos que prevén.

En suma, con la introducción jurisprudencial de esta nueva e ilógica regla aplicativa, el Tribunal abundaba en un incomprensible régimen extintivo que, a modo de “Frankenstein contractual”, se iba formando de piezas discordantes tomadas de las diferentes modalidades de contratos temporales. Así, en su funcionalidad se identificaba con la interinidad por vacante, pero respecto de sus consecuencias económicas se aplicaba la prevista respecto de los contratos de obra o servicio o eventual, que además de forma expresa excluye que sea de aplicación al contrato de interinidad.

3.3 Tercera Etapa.-Rectificación y sometimiento al imperio de la Ley: aplicación del despido económico a la extinción del contrato indefinido no fijo

El galimatías jurídico expresado en la posición mayoritaria de la STS 22 de julio de 2013, que apuntaba a que la jurisprudencia sobre la extinción del contrato indefinido no fijo había tocado fondo, así como la irreprochabilidad jurídica del voto particular, hacían prever el final de la inercia interpretativa del Tribunal Supremo sobre la extinción de los contratos indefinidos no fijos¹⁶. Esta idea se confirmó unos meses más tarde, con la STS 24 de junio de 2014 (rcas.217/2013), que aprovecha el análisis judicial de un supuesto de extinción colectiva de contratos interinos por vacante para cambiar su postura respecto de los indefinidos no fijos en la línea del voto particular de aquélla.

En esta Sentencia, el Tribunal recuerda que tras la DA 20ª ET las extinciones por causas económicas en el sector público han de canalizarse por la vía de los arts.51 y 52,c) ET. Es de destacar que este pronunciamiento continua atendiendo a la identidad funcional entre los interinos por vacante y los indefinidos no fijos para mantener la paridad de tratamiento¹⁷. No obstante, en el primer caso, llega a la conclusión de la aplicabilidad de dichos preceptos tras un análisis jurídico de su naturaleza y causa. Sin embargo, respecto de los indefinidos no fijos concluye de forma inmediata que resulta indudable la aplicación de estas medidas, por cuanto, señala, el art.51.1 ET, en una interpretación *contrario sensu*, los incluye en el cómputo del número de extinciones a efectos de valorar el carácter colectivo de la medida, dado que sólo excluye extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador distintas de las previstas en el art.49.1,c) ET.

¹⁶ Así lo preveía MOLINA NAVARRETE, C. “Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿«cesantía» o «despido objetivo»?”, op. cit., p.78.

¹⁷ Pese a que algunos autores habían puesto de manifiesto la diversidad de supuestos, que debía comportar diferentes efectos jurídicos, vid. LÓPEZ LLUC, M.I. “La extinción del contrato indefinido no fijo de las Administraciones públicas en la Sentencia del Tribunal Supremos de 22 de julio de 2013. Importante voto particular”, RDS, nº64, 2013, p.192.

En consecuencia, la STS 24 de junio de 2014 supone, como expresamente indica, una rectificación de la jurisprudencia precedente en pro de la aplicación de la ley a la extinción del contrato de los trabajadores indefinidos no fijos. Supone, de este modo, tras veinte años de desconcierto, abandonar la senda de la confusión jurisprudencial, recuperar el papel referencial de la ley y resituarse la función del más alto de los órganos judiciales, que es la de ser intérprete supremo del derecho, pero no creador de la ley.

4. VIENTOS DE FUTURO: UNA NUEVA VÍA DE CONFUSIÓN EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

La rectificación jurisprudencial expuesta ha contribuido a poner orden en las vías de acceso al empleo público, en las que, pese al pretendido marco ordenado que pretende establecer el EBEP, el caos ha sido la norma. En consecuencia, el criterio establecido en la STS 24 de junio de 2014 sin duda abre una nueva etapa que debería suponer una mejor y más garantista ordenación de los contratos indefinidos no fijos en su momento clave- el de la extinción- y más ampliamente, del empleo público.

Sin embargo, revelando nuevamente las tensiones entre jurisprudencia y legislador, muy reciente la ley ha incorporado un nuevo elemento distorsionante que torna a añadir confusión en este ámbito. De este modo, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, introduce un nuevo apartado 6 en el art.10 del EBEP, relativo a los funcionarios interinos designados en el marco de programas temporales o exceso o acumulación de tareas, a fin de favorecer al máximo su movilidad funcional. Con ello se exorbita la figura del funcionario interino, desnaturalizándola para ampliar al extremo las posibilidades de extender sus funciones.

Esta reforma ha de ser interpretada dentro del contexto del empleo público, por cuanto tiene clara conexión con el nuevo criterio jurisprudencial sobre la extinción contractual de los trabajadores indefinidos no fijos¹⁸. En este clave puede apreciarse que el cambio normativo producido sugiere una “huida” del ámbito del Derecho del Trabajo -ahora más protector- para la cobertura de las necesidades de empleo temporal, en favor de la figura del funcionario interino. Con este proceder parece buscar la utilización de esta figura en detrimento del uso de la contratación laboral temporal, al estar sujeta a mayores condiciones y comportar el riesgo de convertirse en indefinida de rebasarse sus límites, con extinción, en tal caso, gravosa económicamente para la Administración Pública.

¹⁸ Una interpretación en sentido contrario, VELA DÍAZ, R. “Una rectificación jurisprudencial esperada: el despido en los interinos por vacante en el sector público”, RTSS CEF, nº380, 2014, p.188.

Así, en lugar de avanzar hacia la racionalidad y el orden en un ámbito tan necesitado de ello como es el del empleo público, cuando uno de sus aspectos más problemáticos parecía clarificarse, el legislador introduce nuevos factores de confusión a través del subterfugio de extender la potencialidad de la figura de los funcionarios interinos para la realización de actividades temporales.

5. REFLEXIÓN FINAL

A modo de muy breve conclusión, ha de destacarse que el caos creado con la figura de los “indeterinos” es resultado de la combinación de tres elementos: Administraciones Públicas fraudulentas, jurisprudencia confusa y legislador ausente. Con este panorama, no sorprende que el proceso hasta su relativa normalización jurídica haya sido largo y costoso.

Con todo, cuando el legislador actuó y la jurisprudencia -tras un período de asimilación- parecía reconducida a la aplicación de la tutela del marco legal en el complejo momento de la extinción del contrato por amortización de la plaza, el primero ha abierto un nuevo foco de confusión. Así, al incrementar las posibilidades de movilidad en las funciones de los funcionarios interinos, se persigue el objeto de refuncionarizar el empleo público temporal y contrarrestar así la mayor rigidez extintiva introducida por la jurisprudencia respecto de los contratos de indefinidos no fijos e interinos por vacante.

Con este panorama, parece que se abre el enésimo episodio de disintonía o directamente pugna entre el legislador y la jurisprudencia por la regulación del empleo público temporal, de modo que a una acción de uno sigue la rectificación de otro, con el resultado de una permanente inestabilidad y confusión. Por tanto, en esta incomprensible y nociva escalada no parece atisbarse fin, puesto que cuando todo apunta a la resolución del problema, se produce un retroceso que nuevamente lo hace emerger.

**LA TASA DE REPOSICIÓN Y LOS
EVENTUALES PROBLEMAS QUE
PLANTEA EN EL ACCESO Y PROMOCIÓN
AL EMPLEO PÚBLICO EN LA
UNIVERSIDAD**

Eider Larrazabal Astigarraga
*Profesora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad Pública del País Vasco (EHU-UPV)

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LA TASA DE REPOSICIÓN EN LA UNIVERSIDAD ENTRE LOS AÑOS 2011-2014: EL 10% O LA DISMINUCIÓN DE EMPLEO Y EL AUMENTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL**
- 3. LA TASA DE REPOSICIÓN DEL 50% PARA EL AÑO 2015: ¿CÓMO AFECTA AL ACCESO DE EMPLEO DEL PROFESORADO EN LA UNIVERSIDAD?**
- 4. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN

Del latín *repositio*, reposición es la acción y efecto de reponer o reponerse (volver a poner o colocar a algo o alguien en el lugar o estado que tenía antes, reemplazar lo que falta)¹. La tasa de reposición en la Administración Pública hace referencia al número de funcionarios que ingresan dividido por el número de funcionarios que salen de ella por jubilación o por haber causado baja debido a alguna otra circunstancia (excedencia, traslado, fallecimiento, etc.). La evolución de esta tasa ha pasado a ser del 100% en el año 2007, al 10% en el año 2014, pasando por el 30% y el 15%. Esta tasa es aplicable a determinados sectores y administraciones considerados prioritarios (educación, sanidad, etc.) y en el resto de casos queda prohibido el ingreso de nuevo personal. Se trata, por tanto, de un mecanismo de ahorro de gastos en personal en las Administraciones Públicas. De hecho, de la aplicación de las leyes de Presupuestos del Estado en el periodo 2007-2014 se desprende una reducción significativa en las ofertas de empleo público en general. Asimismo, los nombramientos interinos y las contrataciones temporales se han venido realizando en el marco de las disponibilidades presupuestarias de las Administraciones Públicas, lo que ha generado una situación del empleo público envejecido y precario².

En este trabajo se expondrán algunos de los eventuales problemas que origina la aplicación de la tasa de reposición en el ámbito de las universidades públicas, es decir, cómo afecta dicha tasa sobre el acceso y la promoción en el empleo público de las universidades. Mientras que el acceso supone la posibilidad de ser seleccionado mediante procedimientos que garanticen ciertos principios³ para adquirir la condición de personal funcionario o laboral de las Administraciones Públicas, la promoción supone un derecho del empleado público⁴ consistente en ascender desde Cuerpos o Escalas de un Grupo de titulación a otro inmediato superior o en acceder a Cuerpos o Escalas del mismo Grupo de titulación.

Pese a que la tasa de reposición es un factor muy discutible para los especialistas de derecho administrativo, debe tenerse en cuenta que las universidades no son administraciones similares al resto. Gozan de “autonomía universitaria”, es decir, de independencia política y administrativa respecto a factores externos, lo que da lugar a que en el acceso y promoción al empleo sea posible establecer otro tipo de criterios distintos a los constitucionalmente admitidos (igualdad, mérito y capacidad). Por ello, aplicar la tasa de reposición en las universidades, como

¹ <http://definicion.de/reposicion/> y <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=lex0M69IXDXX2t0DTlw0>

² SERRANO PASCUAL, A., “Las ofertas de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº2, 2014, p. 182 y ss.

³ Los constitucionales: de igualdad, mérito y capacidad (CE art. 103.3) y otros establecidos en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP art. 55).

⁴ EBEP art. 14.c.

si se trataran de una administración pública cualquiera y sin tener en cuenta sus peculiaridades, puede dar lugar a una serie de problemas como los que se presentan a continuación.

2. LA TASA DE REPOSICIÓN EN LA UNIVERSIDAD ENTRE LOS AÑOS 2011-2014: EL 10% O LA DISMINUCIÓN DE EMPLEO Y EL AUMENTO DE LA PRECARIEDAD LABORAL

Durante los ejercicios 2011-2014, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido estableciendo una tasa de reposición, esto es, el número de contrataciones públicas por cada baja, del 10% para las universidades. El establecimiento de un porcentaje de estas características ha obligado, cada año, a reducir la plantilla de profesorado universitario hasta el 90% de las plazas del personal universitario que se ha jubilado o causado baja por alguna otra circunstancia (excedencia, traslado, fallecimiento, etc.)⁵.

En efecto, desde que el Gobierno del PP instauró la tasa de reposición en 2011, las grandes universidades han perdido al menos el 10% de su plantilla –de personal docente e investigador– mientras que las universidades más pequeñas se han visto impedidas a la hora de contratar a docentes ya habilitados por las agencias de la propia administración para presentarse a dichas plazas⁶.

Según la CRUE⁷, la rígida aplicación de la normativa que ha impedido la reposición del 90% del profesorado universitario ha conducido a una merma en la captación de talento y reducción de capital humano. Así, son de destacar: a) la reducción de efectivos de 4.653 profesores desde el año 2011 hasta el 2013, a lo que debe añadirse más de 600 nuevas plazas que quedarán vacantes por jubilación forzosa en 2014; b) la interrupción prácticamente total del flujo de renovación del talento docente e investigador y c) la paralización de la incorporación del talento más joven. Todo ello afecta, de forma negativa, a la producción investigadora de las universidades y la pérdida de posición en el marco científico internacional, así como a una disminución de su capacidad de innovación y de transferencia de conocimientos al sector productivo. En el caso de mantenerse la tasa en dicho porcentaje, se preveía una severa amenaza en las universidades cuya estructura de profesorado tiene un elevado grado de madurez en su pirámide de edad. Si a ello añadimos que las bajas no tienen porqué ser necesariamente uniformes entre especialidades dentro de las universidades, el efecto es aún más perjudicial en el

⁵ Datos extraídos de la “Propuesta para paliar los efectos de la aplicación de las restricciones presupuestarias sobre la plantilla de profesorado de las universidades públicas”, accesible en:

<http://crue-web.sharepoint.com/Boletin/Documents/74Boletin/Tasa%20de%20reposici%C3%B3n.pdf>

⁶ http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/07/12/madrid/1405186516_247249.html

⁷ Véase la Propuesta anteriormente citada.

caso de que sean varios los profesores de una misma especialidad los que se jubilan en un mismo año. En la medida en que el progreso en la carrera profesional de los profesores universitarios se basa en la evaluación permanente de su actividad académica e investigadora y en la acreditación externa a la universidad de sus méritos, la limitación tan estricta de la entrada de nuevos profesores impide que puedan desarrollar su carrera académica, cuestión imprescindible de cara a poder ocupar los puestos vacantes en el futuro. Esta tasa –del 10%- limita extremadamente la incorporación de nuevos puestos y, en concreto, elimina la posibilidad de estabilizar la situación de jóvenes profesores ayudantes doctores y de investigadores Ramón y Cajal, entre otros, ya que estos puestos son de un periodo limitado en el tiempo y una vez cumplido ese tiempo –si se impide la incorporación a un puesto permanente- deben abandonar la institución en la que se encuentran. Otra cuestión a tener en cuenta es que todas las plazas de carácter permanente a convocar (profesor contratado doctor, profesor titular y catedrático) se consideran de nueva creación, por lo que la limitación que sufre el profesorado a la hora de promocionarse resulta aún más desmedida y discriminatoria.

Es más, a tal limitación debe sumarse la discriminación en el acceso al empleo –por razón de edad y por razón del vínculo contractual- existente en la actualidad, lo que dificulta aún más, si cabe, la promoción y estabilización en el empleo del profesorado más joven. De hecho, en determinadas universidades han establecido la forma de acceso a ese 10%, y han señalado que se accederá por antigüedad, pero también por tipo de contrato (dándose prioridad a los que más tiempo llevan y los que están a jornada completa, ya que estos últimos tienen prioridad sobre los que están a jornada parcial)⁸. Otra barrera más, por tanto, para el profesorado joven, ya que ni llevan muchos años ni suelen estar, de forma habitual, a jornada completa.

Por otra parte, no podemos olvidar que otra de las graves consecuencias del establecimiento por Ley de una tasa de reposición afecta de manera directa a algunos profesores en la Universidad española; no en vano, el gobierno ha impugnado muchas de las plazas ofertadas durante estos años que habían sido ocupadas en su momento⁹. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas entiende que a las plazas ofertadas les es aplicable la tasa de reposición del 10%- la cual se sobrepasó- ya que, a su parecer, se trata de plazas de nueva creación –acceso al empleo- en la medida en que se ofertan en concursos abiertos donde pueden concursar tanto miembros de esa universidad como de cualquier otra. En cambio, las universidades sostienen que a través de tales plazas no se crean nuevos puestos,

⁸ Este es el caso, por ejemplo, de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Puede verse la prelación en cuestión en: https://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/7105/7105498/tasa_de_reposicion.pdf

⁹ Se trata de alrededor de 250 profesores titulares y catedráticos de Universidad. Ganaron sus puestos en 2012. El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas impugnó dicho año los nombramientos de 15 universidades por considerar que sobrepasaban la tasa de reposición del 10%. En mayo de 2014 ya se contaba con al menos 8 sentencias contrarias a las universidades. Puede verse la noticia completa al respecto en: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/05/25/actualidad/1401038071_685323.htm

sino que más bien dan lugar a la promoción interna (pasando por ejemplo de profesor titular a catedrático) y por tanto estarían fuera del límite de la tasa de reposición, ya que no existe tasa alguna para los casos de promoción interna. El problema es que se desconoce la situación en la que quedarán dichas plazas y las personas afectadas por dichas impugnaciones: las plazas que ocupaban anteriormente se amortizaron y las que ocupan actualmente pueden ser declaradas nulas de pleno derecho¹⁰, pero, al tratarse de personal funcionario no cabría el despido y no está claro cómo serían desprovistos de su condición de funcionario.

La consecuencia ineludible de esta rígida tasa de reposición ha sido – y seguirá siendo-, que muchos de los jóvenes profesores que ya se encuentran habilitados para presentarse a estas plazas desconocen si éstas se llegarán a ofertar, y en su caso, en qué tiempo. En función del tiempo de espera o de la situación en que se encuentren, esta realidad ha llevado, y muy probablemente continuará siendo así, a que muchos decidan marcharse al extranjero, donde la posibilidad de obtener alguna plaza es mayor. Por tanto, la universidad pública española estaría, de esta forma, perdiendo parte de su inversión, tanto económica como de otro tipo, ya que no se verá beneficiada por el talento y conocimientos del profesorado afectado por esta medida, que –se insiste- al no tener ninguna opción a acceder a plazas en el estado español, decide buscar su camino en otras instituciones investigadoras en el extranjero.

3. LA TASA DE REPOSICIÓN DEL 50% PARA EL AÑO 2015: ¿CÓMO AFECTA AL ACCESO DE EMPLEO DEL PROFESORADO EN LA UNIVERSIDAD?

A la vista de las circunstancias apenas señaladas, el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015 subraya en su exposición de motivos que, a través de estos presupuestos, “*se persigue continuar con el mismo objetivo que en ejercicios anteriores de garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española, y reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria*”. Lo curioso viene cuando añade que “*el logro de estos tres objetivos permite consolidar el marco de una política económica orientada al crecimiento económico y la creación del empleo*”, ya que, como ha podido observarse previamente, con tasas de reposición como la indicada, los efectos vienen a ser los contrarios, sobre todo de cara a la destrucción del empleo en el ámbito de las universidades, pero también en relación con el crecimiento económico, no en vano la mayor parte del I+D+I que se produce en España tiene lugar precisamente en estos ámbitos.

¹⁰ Se espera que el TS dicte sus sentencias a partir de mayo de 2015 resolviendo estos casos.

Como venían haciendo sus predecesoras, el proyecto de Ley para el ejercicio 2015 mantiene la imposibilidad de incorporar nuevo personal al sector público. No obstante, para este ejercicio, se aumenta hasta el 50% la tasa de reposición permitida a ciertos sectores y administraciones considerados prioritarios¹¹. Por otra parte, se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal y al nombramiento de funcionarios interinos, atribuyendo a ésta un carácter rigurosamente excepcional y vinculándolo a necesidades urgentes inaplazables¹².

En cuanto a la tasa de reposición del 50% indicada, se aplica, entre otros sectores y administraciones¹³: "...a las plazas de los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad y a las plazas de personal de administración y servicios de las Universidades"¹⁴. A tal fin, se exige que por parte de las administraciones públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias. Para autorizar éstas, debe acreditarse previamente que la oferta de empleo de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La norma específica que dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad, cada Universidad estará obligada a destinar, como mínimo, un 15 por ciento del total de plazas que oferte, a la contratación, como personal laboral fijo, de personal investigador doctor que haya finalizado el Programa Ramón y Cajal y haya obtenido el certificado I3. Como puede observarse, parece que en este punto la norma se hace eco de las denuncias emanadas de la CRUE relativas a este personal en concreto. Finalmente, de las restantes plazas que oferte, se deja en manos de cada Universidad destinar una parte de las mismas para el ingreso como profesor contratado doctor, eso sí, en los términos previstos en el artículo 52 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

¹¹ La tasa de reposición de hasta el 50% supone un incremento respecto a la tasa del 10% fijada para el 2014. Aunque dicho giro podría ser fruto de las diferentes presiones de universidades, sindicatos y otros colectivos, y por tanto evaluarse como un paso positivo, no debe olvidarse que las elecciones autonómicas y municipales están muy cerca (mayo de 2015) por lo que puede tratarse de un simple gesto electoralista.

¹² Art. 21. Dos.

¹³ Art. 21. Uno. 2.

¹⁴ Téngase en cuenta que, según la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, el profesorado universitario funcionario pertenecerá a los siguientes cuerpos docentes: a) Catedráticos de Universidad y b) Profesores Titulares de Universidad (art. 56.1.). No obstante, las universidades también pueden contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en la citada Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Así, las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario previstas en esta Ley son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante.

El artículo 52 de la citada Ley establece, en exclusiva, las reglas a las que se ajustará la contratación de “Profesoras y Profesores Contratados Doctores”¹⁵. Por tanto, una vez que se hace alusión expresa a dicha figura de contratación, surge la duda sobre la posibilidad –o imposibilidad- de destinar una parte de las plazas para el ingreso de profesorado a través de las otras figuras contractuales existentes junto a la de “Contratados Doctores”, como son las de: Profesores Ayudantes Doctores, Profesores Colaboradores, Profesores Asociados, Profesores Visitantes y Profesores Eméritos. Es decir, ¿puede en el 2015 ofertarse alguna plaza para el ingreso de, por ejemplo, un Profesor Ayudante Doctor?

A su vez, la norma señala la forma en la que se calculará la tasa de reposición de efectivos: el porcentaje máximo del 50% se aplicará sobre la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario de 2014, dejaron de prestar servicios “en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías” y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en las mismas en el referido ejercicio, por cualquier causa. Se exceptúan los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos, se computarán los ceses por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa. No obstante, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos, aquellas plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna. En este punto, ha de tenerse en cuenta que pasar de una figura de profesor a otra (por ejemplo, de Ayudante Doctor a Doctor Contratado) no se considera como un “proceso de promoción interna”, como ya se ha indicado anteriormente, ya que se estaría ante la creación y, por tanto, ante el acceso a un puesto de nueva creación. Consecuentemente, se deduce la imposibilidad de crear nuevos puestos para que el profesorado universitario pueda ir promocionándose, fuera de los casos en los que no se opte a la figura del Profesor Contratado Doctor o a las plazas reservadas para los que hayan finalizado el Programa Ramón y Cajal y hayan obtenido el certificado I3.

Respecto a la forma de calcular la tasa de reposición, ha de tenerse en cuenta que el porcentaje máximo del 50% se aplicará sobre la diferencia resultante entre el

¹⁵ A saber: “ a) El contrato se celebrará con doctores que reciban la evaluación positiva por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externo que la ley de la Comunidad Autónoma determine; b) La finalidad del contrato será la de desarrollar, con plena capacidad docente e investigadora, tareas de docencia y de investigación, o prioritariamente de investigación y c) El contrato será de carácter indefinido y con dedicación a tiempo completo.” Sobre la contratación laboral en el ámbito universitario puede verse, RAMÓS MORAGUES, F., “El personal laboral de las Administraciones Públicas”, *La Ley-Actualidad*, 2011, pp. 316 y ss.

número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario de 2014, dejaron de prestar servicios “en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías” – es decir, en “las plazas de los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad y en las plazas de personal de administración y servicios de las Universidades”- y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en las mismos en el referido ejercicio. Lo que hace plantearse la siguiente cuestión: ¿deben sumarse, en su conjunto, la totalidad de personas que dejaron de prestar servicios como Catedráticos, Profesores Titulares y personal de administración y servicios? O, ¿únicamente deben tenerse en cuenta los ceses en cada uno de los colectivos indicados y aplicarse la tasa del 50% sobre los mismos independientemente? La primera opción daría lugar a que no se proceda a crear puestos de forma proporcional dentro de cada colectivo, lo que puede llevar a que se produzca, por ejemplo, una reposición del 40% en el colectivo de administración y servicios y del 10% en el del profesorado universitario aludido (Catedráticos y Profesores Titulares) o viceversa. La segunda opción implicaría aplicar la tasa del 50% en cada uno de los colectivos indicados, y no de forma conjunta.

El motivo por el que surge tal duda es el cambio producido en la literalidad/redacción de la disposición de cara al 2015 –en comparación con la norma para el ejercicio 2014- destinada al colectivo en cuestión. La Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, en su artículo 21, establecía una tasa de reposición de hasta un máximo del 10 por ciento aplicable a ciertos sectores, entre otros, “a las plazas de los Cuerpos de personal investigador de las Universidades”¹⁶. No se mencionaba, por tanto, al personal de administración y servicios de la universidad. Asimismo, con carácter excepcional y una vez se acreditara que las plazas no afectarían al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente universidad, parte de las plazas resultantes de la aplicación del límite de la tasa de reposición del 10 por ciento correspondiente a los Cuerpos de personal investigador de las Universidades, es decir, Cuerpo de Catedráticos de Universidad y Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 56 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, podría ofertarse para el ingreso como profesor contratado doctor en los términos previstos en el artículo 52 de la citada Ley Orgánica. Es decir, dentro de la tasa del 10% podían ofertarse plazas para la incorporación de profesores a través de la modalidad “Profesor Contratado Doctor”.

De la comparación de la redacción entre ambas normas (para el ejercicio 2014 y para el 2015) han de destacarse dos aspectos. Por un lado, en la norma para el

¹⁶ Siempre que por parte de las administraciones públicas de las que dependan se autoricen las correspondientes convocatorias, previa acreditación de que la oferta de empleo público de las citadas plazas no afecta al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para la correspondiente Universidad, ni de los demás límites fijados en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

2014 no se nombraban, junto a los cuerpos docentes universitarios, el personal de administración y servicios. Lo anterior, genera la incertidumbre a la que se ha hecho mención con anterioridad, es decir, determinar si la tasa del 50% es aplicable a ambos colectivos en su conjunto o por separado. Por otro lado, mientras que la norma para el 2014 solo establecía que dentro de dicha tasa una parte de las plazas podrían ser destinadas a la contratación de Profesor Contratado Doctor, la norma para el 2015 reserva el 15% (dentro de la tasa del 50%) para la contratación, “como personal laboral fijo, de personal investigador doctor que haya finalizado el Programa Ramón y Cajal y haya obtenido el certificado I3”. De las restantes plazas que oferte, se deja en manos de cada Universidad destinar una parte de las mismas para el ingreso como profesor contratado doctor. Por tanto, la norma para el 2015 ha ampliado en este punto las opciones de contratación, ya que además de contratar a profesores contratados doctores, una parte de las plazas se destinará obligatoriamente a contratar personal investigador doctor que haya finalizado el Programa Ramón y Cajal.

En este sentido, de cara al 2015, y partiendo de la literalidad de la norma, son dos las principales consecuencias con respecto a la tasa de reposición del 50%. En primer lugar, la tasa del 50% se aplicaría sobre el conjunto de los cuerpos docentes universitarios y el personal de administración y servicios. En segundo lugar, las plazas que pueden ofertarse son, además de las relativas a los cuerpos de funcionarios docentes (Catedráticos y Profesores Titulares) las de la modalidad expresa de “profesor contratado doctor” y las reservadas al personal que haya finalizado el Programa Ramón y Cajal, por lo que quedarían excluidas las restantes modalidades de contratación específicas en el ámbito universitarios (es decir, Ayudante Doctor, Asociado y Visitante).

Una vez expuestas algunas de las consecuencias de la tasa de reposición impuesta en el proyecto de Ley de Presupuestos Generales para el 2015, llaman la atención, especialmente, dos cuestiones.

Por un lado, ¿realmente hay un aumento de la tasa de reposición? ¿O es simplemente un lavado de cara? Si dentro de la misma tasa del 50% deben contarse al profesorado junto al personal de administración y servicios y, además, en la correspondiente al profesorado un 15% está reservado para el personal proveniente del Programa Ramón y Cajal, quedaría –en el caso de no contar a nadie de administración y servicios- un 35% para los cuerpos de funcionarios docentes, de donde una parte puede destinarse al ingreso como profesores contratados doctores. Por tanto, puede concluirse que no se llega a dar un aumento real en la tasa de reposición y que en el 2015 tendremos una tasa tan restrictiva como la actual. A ello debe añadirse, además, la discriminación en el acceso al empleo por razón de edad o tipo de contrato que han establecido determinadas universidades anteriormente mencionada.

Por otro lado, ¿cómo afecta la tasa de reposición sobre el resto modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario? Es decir, sobre las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante. En la medida en que la norma menciona únicamente de forma expresa la posibilidad de ofertar parte de las plazas bajo la figura de Profesor Contratado Doctor y que se mantienen las restricciones a la contratación de personal laboral temporal- atribuyendo a ésta un carácter rigurosamente excepcional y vinculándolo a necesidades urgentes inaplazables- no podrán ofertarse figuras como la de Ayudante o Ayudante Doctor, lo que perjudicará, más si cabe, al profesorado más novel, ya que son éstas las más accesibles en los inicios de su andadura académica profesional. Así, profesorado joven que hoy día se encuentra con contratos de interinidad –realizando sustituciones- pero con expectativas de acreditarse de forma inminente o ya acreditados para acceder a dichas figuras se verá ante la imposibilidad de poder optar a ningún puesto más estable. En el mejor de los casos, si su contrato de interinidad perdura en el tiempo –algo no frecuente ya que estos contratos son, entre los temporales, los de más corta duración- les tocará esperar a que la tasa desaparezca, a que acoja al resto de figuras contractuales o a llegar a acreditarse y poder optar a la figura de Profesor Contratado Doctor. Sino, una vez finalice su contrato de interinidad, quedará en desempleo, con el impedimento añadido que supone poder seguir aumentando sus méritos y capacidades docentes e investigadores fuera del mundo universitario.

Por otra parte, la aplicación por parte de las universidades de la tasa de reposición del 50% en el 2015 dependerá de su financiación, ya que como se ha indicado la oferta de empleo no puede afectar al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos para las universidades. Por tanto, si tales objetivos se vieran afectados, ni siquiera podría llegar a aplicarse la tasa del 50%. En este sentido, si el fin es garantizar la estabilidad presupuestaria, y no otro, ¿puede una universidad que cumple con los objetivos de estabilidad presupuestaria aumentar la tasa de reposición del 50%?¹⁷. Por otro lado, ¿debe ser la estabilidad presupuestaria el único factor que condicione la reposición del profesorado universitario?

4. CONCLUSIONES

En la medida en que la tasa de reposición es aplicable en el acceso al empleo (nuevo ingreso de personal) y no en la promoción interna, la clave estaría en diferenciar cuándo se da una situación y cuándo la otra en el empleo público de las

¹⁷ En este sentido, es significativo el decreto ley aprobado el 7 de noviembre de 2014 por el Consejo de Ministros, ya que permite una tasa de reposición del 100% de las plazas vacantes de la Ertzaintza (Policía autonómica) y del resto de policías autonómicas de las comunidades que cumplan los objetivos de déficit y de deuda pública. Este acuerdo viene a resolver el conflicto surgido entre el Ejecutivo central y el vasco por una oferta de empleo público de la Ertzaintza en la que se convocaron 120 plazas y que el Gobierno recurrió por superar la tasa del 10% establecida por la normativa.

universidades. La forma de promocionarse profesionalmente en la universidad es presentándose a las plazas –de categoría superior- ofertadas en concursos públicos, lo que da pie a que a tales puestos pueda acceder tanto personal interno como externo a la universidad en cuestión. Este hecho supone que siempre que se oferten plazas se consideren de nueva creación, y por tanto, de acceso al empleo público en la universidad. Lo que siempre llevará a aplicar una tasa de reposición, ya sea cuando se acceda por primera vez a cualquier puesto en la universidad, ya sea cuando se pase de un puesto a otro superior. ¿No limita esto, de forma arbitraria y discriminada, la promoción al empleo en la universidad? De esta forma se está impidiendo que cada año profesorado universitario, ya acreditado para categorías superiores, se vea imposibilitado de promocionarse profesionalmente, lo que vulnera uno de los derechos básicos del empleado público (EBEP artículo 14.c.).

Eso, en el caso de admitir la idoneidad de establecer una tasa de reposición en las universidades públicas. Sin embargo, la cuestión principal sería la siguiente: ¿deben las universidades públicas estar sujetas a una tasa de reposición –cualquiera que sea su porcentaje- teniendo en cuenta las peculiaridades de éstas? No son una administración cualquiera ni son similares al resto. De hecho, tanto para acceder al empleo como para promocionarse profesionalmente se exigen mayores requisitos (méritos, etc.) que en el resto de administraciones públicas.

Por otra parte, son los organismos principalmente encargados de producir y transmitir el conocimiento. La imposibilidad de renovar con personal joven sus plantillas así como el impedimento a su promoción –una vez que están sometidos a la consecución de enormes méritos sólo para poder acreditarse y poder optar a categorías superiores- repercute drásticamente y de forma negativa en la calidad y necesidades que acarrea la producción y transmisión del conocimiento. Condicionar el acceso y promoción al empleo en la universidad a factores presupuestarios supone condicionar la generación y transmisión del conocimiento y puede tener consecuencias irreversibles. No en vano, “el conocimiento es la mejor inversión que se puede hacer” (Abraham Lincoln).

TERCERA PONENCIA

**LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL
ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO.
BALANCE DE APLICACIÓN TRAS “CASI”
TRES AÑOS DESDE SU REFORMA**

Sebastián de Soto Rioja
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Departamento Anton Menger
Universidad de Huelva

SUMARIO

- 1. AGRADECIMIENTOS E INTRODUCCIÓN**
- 2. LA IRRUPCIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO CON MOTIVO DE LA REFORMA DE 2012, UNA APROXIMACIÓN A SU IMPACTO CUANTITATIVO**
 - 2.1. Las dificultades metodológicas para la evaluación de su verdadera trascendencia**
 - 2.2. Una vía indirecta: primeras impresiones por descarte**
- 3. LOS GRANDES EJES DE CONFLICTO**
 - 3.1. Determinación del ámbito objetivo de la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores: la bifurcación de regímenes jurídicos**
 - 3.2. Los sujetos**
 - 3.2.1. La irrupción y renovación del concepto de «grupo de empresas»*
 - 3.2.2. El RD-1 11/2013, de 5 de agosto y su intento de clarificar el ámbito de referencia a través de las reglas de legitimación de los representantes de los trabajadores*
 - 3.2.3. Corporaciones mixtas: los sujetos olvidados*
 - 3.3. Cuestiones de procedimiento**
 - 3.3.1. Limitación de la obligación de información documental*
 - 3.3.2. Periodo de consultas y principio/deber de buena fe*
 - 3.3.3. Trabajadores afectados. Determinación y criterios de selección*
 - 3.4. Sobre las causas justificativas de los despidos y su ponderación judicial**
 - 3.4.1. La causa económica y la anulación parcial del artículo 35.3 del RD 1483/2012*
 - 3.4.2. Una especial referencia a la de tipo organizativo*
 - 3.5. La figura del trabajador indefinido no fijo, su equiparación al interino por vacante y la incidencia de los cambios operados en la doctrina jurisprudencial**
 - 3.6. Algunas implicaciones procesales**
- 4. UNAS BREVES VALORACIONES CONCLUSIVAS: LA PERSISTENCIA DE, AL MENOS, ALGUNA DE LAS CAUSAS REMOTAS DEL PROBLEMA**

1. AGRADECIMIENTOS E INTRODUCCIÓN^{1*}

Esta primera mención de agradecimiento quiere ser algo más que el mero cumplimiento de una formalidad, aunque ésta sea siempre y desde luego necesaria por razón de las normas de cortesía y debida correspondencia, pues representa el reflejo de un verdadero sentimiento que quiero subrayar por ello desde este inicio, al aunarse una serie de circunstancias que se han de poner de manifiesto.

Y es que al honor que siempre representa recibir una invitación de este tipo, que me permite estar además, una vez más, en esta Universidad de Sevilla, a la que por múltiples razones considero también como propia, se une el hecho de que se trata de una propuesta que surge de mis propios compañeros, en especial de los que conforman el Comité Científico de estas Jornadas, a los que quiero agradecerles de manera expresa la deferencia que han tenido al confiar en mí para lo que considero sin duda alguna una tarea de tanto compromiso como es la defensa de una Ponencia en “nuestras” Jornadas.

Jornadas Andaluzas que se han erigido por derecho propio y desde hace ya muchos años en un encuentro científico de primera magnitud y en todo un referente de la disciplina mucho más allá de lo que pudiera indicar el ámbito geográfico al que en principio abarca, que ya de por sí no es poco sino todo lo contrario, dicho sea en todos los sentidos posibles, ahora que vivimos tiempos de tanta reivindicación nacionalista.

Pero también, y muy especialmente, por las facilidades y consideraciones que en todo momento se me han concedido. En esto último tiene mucho que ver desde luego la persona que ostenta actualmente la Presidencia del CARL, nuestro apreciado compañero y amigo Ángel Gallego, máximo representante de un organismo con el que creo que estamos en deuda todos los departamentos universitarios andaluces de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y muy especialmente yo, pues junto a la relación de colaboración que mantengo desde hace ya mucho tiempo, o quizás precisamente por ello, se me han concedido casi tantas peticiones adicionales como las que he elevado en este caso. Entre las que se encuentra tanto la de alterar “ligeramente” la materia de exposición como incluso la de posponer la fecha de entrega de la versión última de este trabajo, extremo éste que ha tenido que sufrir sobre todo el coordinador de las Jornadas y de la publicación, mi también querido amigo –más que compañero- José Manuel Gómez, a quien le tengo que agradecer por ello la infinita paciencia que ha tenido conmigo.

¹ *En la redacción final de este trabajo se ha optado por respetar el cuerpo principal del guion que sirvió para su defensa pública, con las debidas actualizaciones y añadidos bibliográficos, de ahí el estilo directo que muestran algunos de sus pasajes.

En todo caso, lo que quiero es dar las gracias en alta voz y a todos, a la Universidad de Sevilla, por acogernos; al Comité Científico de las Jornadas, por la oportunidad que me brindan; y, sobre todo, al CARL, por permitir y facilitar un año más, y son muchos, que podamos reunirnos todos los que nos dedicamos a esta singular tarea que es estudiar -y algunos me atrevería a decir que hasta amar, aunque solo sea por el tiempo que se le dedica- el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dicho lo anterior, y sin necesidad de desarrollar una introducción al uso acerca de la significación que ha tenido en la reforma estrictamente laboral de 2012 el nuevo régimen jurídico del despido, y dentro de éste el fundado en causas objetivas, más específicamente aún el de carácter colectivo -porque éste ha sido, sin duda, uno de los tres/cuatro temas, no más, que verdaderamente han causado un profundo impacto en nuestro nuevo sistema de relaciones laborales-, se sitúa el objeto de esta intervención, coincidente con el del despido colectivo en el ámbito del sector público.

Una materia que va a resultar mucho más extensa en términos de regulación y riqueza de matices de lo que en un principio pudiera pensarse, pues al contrario de lo que reza en el título exacto del programa original²-quizás porque yo mismo lo he cambiado tal y como acabo de confesar-, no habré de centrarme solo, aunque sí preferentemente, en el ámbito estricto de las Administraciones Públicas (AAPP), sino en el más amplio conjunto o superestructura que conforma el sector público. Un concepto éste que no solo integra al denominado sector administrativo o jurídico-público sino también al de carácter empresarial y fundacional, en el que priman, bien en el momento de la constitución inicial, bien en el de determinar las reglas de funcionamiento en sus relaciones con terceros, las normas propias del derecho privado y comercial³.

² En dicha programación el objeto exacto del encargo era el de «Reestructuraciones en las Administraciones Públicas», materia que podía comprender, desde luego, muchos más institutos jurídicos, desde los propios de la flexibilización interna hasta los que cercenan las posibilidades de nuevos accesos de personal, eso sí, siempre que tuviesen el carácter de novedosos y, al menos, de instrumentos extraordinarios, de acuerdo con la concepción teórica que construye con acierto Martín Valverde, A., en «Reestructuración laboral de las Administraciones y Entidades Públicas», Documentación Laboral, núm. 97/2013, pp. 75-99, pero no en otro tipo de entidades que no respondan a ese concepto estricto de Administración.

³ Sobre las dificultades de delimitación de esa noción de lo público, incluso desde una perspectiva estrictamente jurídica, me ocupé en el trabajo que sirvió de lección inaugural para la apertura del curso académico de la Universidad de Huelva 2012-2013, editado por el servicio de publicaciones como *La reestructuración del empleo en el sector público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, en especial, en sus pp. 47-58, también disponible en el repositorio digital rabida.uhu.es, razón última por la que se optó por modificar el objeto material de esta ponencia a fin de no reiterarla. En todo caso, lo que interesa destacar ahora es que tras su cierre, y al listado de definiciones legislativas que en él se exponen, aún cabe adicionar otras, como la que representa la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Una ley que extendía

En efecto, la idea es centrarnos ahora en la significación que ha tenido casi tres años después de su aprobación la Disposición Adicional 20ª ET, no tanto la siguiente, la 21ª, de ámbito objetivo y repercusión mucho menor en todos los sentidos, una vez alterada también, y de forma algo desapercibida, la regla introducida por la Ley 12/2001 y que dio lugar a esa causa específica de extinción que supuso para el conjunto del sector público el artículo 52, e) ET. Un precepto que ha de entenderse reservado ahora en exclusiva para entidades sin ánimo de lucro distintas a las Administraciones públicas *stricto sensu* e incluso de aquellas que conforman el sector público –tal y como se define en la misma DA 20ª-, por mucho que algunas de estas entidades y organismos también se caractericen por carecer de idéntico afán enriquecedor. Salvo que evidentemente se cumplan todos los nuevos requisitos que ahora se exigen⁴.

Una disposición central, la adicional 20ª ET, que fue objeto de reforma expresa tras su primera proclamación con motivo de la ley que se tramitó una vez convalidado el RD-I 3/2012, la Ley 3/2012, de 6 de julio -tal y como se destaca en todos los trabajos que se han publicado desde entonces-, pero que va a ser retocada también de forma indirecta y de ahí quizás su menor repercusión, al haberse materializado sobre la norma con la que se articula la remisión o reenvío técnico que en ella se incorpora. Esto es, en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre⁵, aunque ello no represente sino una cuestión ahora de también claro tono menor.

Reformas, retoques y/o adaptaciones que no serán exclusivos de la ley originaria sino que se extenderán también al resto de los preceptos que hemos de entender como fuentes principales a estos efectos, es decir, tanto al RD 1483/2012, de 29

en principio su ámbito de aplicación a todas las Administraciones públicas y a todo el sector público estatal, así como a otras instituciones semejantes, como son: la Casa de Su Majestad el Rey, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Banco de España, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con las actividades sujetas a Derecho Administrativo; pero que finalmente ha terminado afectando también, aunque sea de forma parcial, a entidades estrictamente privadas, bien por razón de su especial relevancia social y constitucional, como es el caso de los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, bien porque perciben determinadas ayudas o subvenciones públicas. Criterio éste que, por razón de sus cuantías, hace que queden también englobadas un altísimo número de entidades privadas.

⁴ Un giro interpretativo sugerente sobre esta nueva realidad jurídica en el análisis de Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Entidades sin ánimo de lucro y resolución por «causas de empresa»: ¿es el art. 52.E) una regla especial de la DA 20ª ET?”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 165/2014, pp. 139-151.

⁵ La reforma a la que hacemos referencia es la operada por el número uno de la disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, que suprime la letra f) del número 2 del artículo 3 de la primera, de forma que se excluye del concepto de Administración pública o subsector administrativo a: Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, como al art. 124 LRJS, y en más de una ocasión además, conformando la trilogía que representa la ley formal y sustantiva, la norma reglamentaria de desarrollo y las reglas procesales que permiten el enjuiciamiento y la garantía última de la aplicación de los mandatos, sin las cuales difícilmente se puede comprender el verdadero significado de esta nueva regulación.

Por todo ello, y desde un punto de vista metodológico, toda vez que esta ponencia se construye bajo la idea que trasluce su subtítulo añadido, esto es, la del análisis del impacto (real) que cabe atribuir a esta concreta reforma material transcurridos casi tres años desde su irrupción, se realizarán dos aproximaciones principales. Una, claramente instrumental, será la de intentar desbrozar la maraña de datos estadísticos y cuantitativos que se presentan no pocas veces como contradictorios; la otra, que será sin duda la principal por tener un alcance estrictamente jurídico, tratará de exponer el estado de la cuestión a la luz de las experiencias acumuladas, sobre todo judiciales, en cuanto que auténtico crisol para evaluar su auténtica significación.

Y es que se ha de adelantar también que la idea no va a ser en absoluto la de desgranar pormenorizadamente el régimen jurídico aplicable a los despidos colectivos que se promueven en este ámbito funcional, ni siquiera la de intentar sistematizarlo, pues resulta poco menos que obvio que a estas alturas ha de ser de sobra conocido por todos con independencia de que algún pequeño detalle nos pueda pasar siempre, como a cualquiera y en todos los campos, como desapercibido. Además, por supuesto, de que existen ya extraordinarios y numerosos análisis disponibles en nuestra bibliografía⁶.

⁶ Sin ánimo alguno de exhaustividad son de destacar, sin embargo, los trabajos de: Alfonso Mellado, C.L., *Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública*, Bomarzo, 2013; Barros García, M., “Despido colectivo en el sector público”, en AAVV, *Despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada un año después de la reforma laboral* (Dir. I. García-Perrote), Lex Nova, 2013; Falguera Baro, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas*, Bomarzo, 2015; Gárate Castro, J., “Régimen jurídico del despido colectivo”, *Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 22/2013, pp. 115-137; García Murcia, J., “La reforma del despido colectivo: reajustes legales y primeras experiencias de aplicación jurisdiccional”, *Relaciones Laborales*, núm. 12/2013, pp. 123-150; Pérez Capitán, L., *El despido colectivo y las medidas de reducción de la jornada*, Aranzadi, 2013; Molina Hermosilla, O., “Balance de la aplicación de la reforma laboral en materia de despidos colectivos en la Administración”, *Relaciones Laborales*, núm. 10/2013, pp. 45-67; Monereo Pérez, J.L., *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Tirant lo Blanch, 2012, tb., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 315 y ss; Rodríguez-Piñero Royo, M. C., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/2013, pp. 37-67; Rodríguez Escanciano, S., *Despidos y Otras Medidas de (re) estructuración de Plantillas Laborales en el Sector Público*, Iustel, 2013, tb. “Los despidos colectivos en la Administración Pública”, Ponencia presentada a las XXIV Jornadas Catalanas de Derecho Social (21 y 22 de febrero de 2013); Roqueta Buj, R., *La reestructuración de las plantillas laborales en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2013; tb. “Los despidos colectivos en el sector público”, disponible en la red y “Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimientos”, Documentación

Para ese concreto fin que se anuncia, el de valorar y situar en su justa medida la verdadera incidencia que ha tenido hasta el momento este nuevo régimen extintivo, que en un principio provocó un enorme revuelo en todos los órdenes viéndose incluso agravado tras su primera gran reforma, y eso que tenía un fin principalmente tuitivo -me refiero a la producida con motivo de la introducción de esa mención a la preferencia o prioridad de permanencia de los trabajadores fijos, entendiéndose por tales a los que *hubieran adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*, pues convertirá lo que es una garantía para ese colectivo en el recordatorio de que ellos también podían ser afectados-, es para lo que se utilizarán estos dos métodos de aproximación y, sobre todo, el primero.

2. LA IRRUPCIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO CON MOTIVO DE LA REFORMA DE 2012. UNA APROXIMACIÓN A SU IMPACTO CUANTITATIVO

Sin necesidad de tener que remontarse ahora al origen y las causas de la última gran crisis económica que viene azotando a la práctica totalidad del orden mundial, mucho más que meramente financiera y/o bancaria como se llegó a vaticinar en su inicio, y cuyas últimas consecuencias últimas están aún por evaluar; ni a las primeras medidas de respuesta que sobre todo a nivel europeo se anunciaron con motivo de los procesos electorales generales desarrollados en los principales países de la Unión Europea (Gran Bretaña, Francia y Alemania) y muy poco después se pusieron en práctica -de contención del gasto público y reducción del peso de las Administraciones, posteriormente rebautizadas como políticas de recorte y/o de austeridad-, lo cierto es que nuestro país pronto se tendrá que abonar también a las mismas con motivo de la multiplicación de las cifras de su déficit público y el consiguiente crecimiento de su nivel de endeudamiento.

Medidas que conocerán en el ámbito estrictamente laboral y sobre todo en el sector público dos grandes hitos, primero, el que representó el RD-1 8/2010, de 20 de mayo, por el que se establecerá un recorte lineal e intemporal del cinco por ciento de promedio en el volumen de las retribuciones del conjunto de los empleados

Laboral, 97/2013, pp. 101-123; Sáenz Lara, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, 2014. Así como el Blog del Prof. Rojo, con una entrada específica sobre esta voz y en la que se sistematizan incluso, con sus respectivos análisis, las primeras 100 Sentencias sobre la materia, “Estudio de 100 sentencias en materia de procedimientos de despidos colectivos instados tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (95 de la Sala Social del TS, 3 del TJUE, 1 de la Sala C-A del TS y 1 del TC)”, www.eduardorotorrecilla.es. Igual de recomendables los trabajos de sistematización y recopilación de Bodas Martín, R., “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa. Requisitos de la directiva comunitaria 1998/59/CE”, en fsima.es; y Preciado Doménech, C.H., “El nuevo proceso de despido colectivo en la Ley 3/12, de 6 de julio. Aplicación judicial del despido colectivo 2012-2013”, en <http://www.cgtcatalunya.cat/>

públicos; segundo, el que supondrá el RD-l 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre las que se incluirá la posibilidad de acometer despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas. Normas que por supuesto se verán acompañadas de otras tantas complementarias y proclamadas en todos los niveles territoriales, como el que significará sobre todo el RD-l 20/2012, de 14 de agosto, así como el sinfín de disposiciones autonómicas con idénticos objetivos de contención presupuestaria⁷, por no mencionar la reforma del artículo 135 de la Constitución y la subsiguiente LO 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, con el que se configura el marco más general en el que se han de situar todo este tipo de políticas.

De cualquier modo, y por lo que más interesa ahora, será la proclamación abierta de la posibilidad de afrontar despidos colectivos en el ámbito de las Administraciones públicas, junto con la práctica desaparición de la necesaria intervención administrativa con carácter previo y profiláctico en este tipo de procedimientos –que queda reducida a los casos de fuerza mayor-, la que más llamará la atención en esta materia. Y ello porque pondrá fin a las dudas que sobre su viabilidad se había venido vertiendo con anterioridad, sin perjuicio de que el recurso al despido objetivo individual por causas económicas en este mismo ámbito objetivo y funcional [*ex art. 52, c) ET*] fuese comúnmente aceptado y aplicado con la mayor de las naturalidades por la totalidad de los operadores jurídicos.

2.1. Las dificultades metodológicas para la evaluación de su verdadera trascendencia

Situados en este punto y a efectos de realizar esa aproximación cuantitativa, es decir, de intentar averiguar cuántas relaciones laborales han podido ser realmente finiquitadas por esta vía y ponderar la realidad del alcance de la reforma, lo primero que hay que destacar es que no parece que vaya a ser ésta una operación de cálculo ni mucho menos fácil si es que quiere hacerse con un mínimo de exactitud. Entre otras razones por las carencias que aún hoy siguen mostrando los datos estadísticos y registrales en materia de relaciones laborales, muy especialmente en el ámbito del llamado “sector público”, que tampoco es ni siquiera una realidad homogénea en términos de Derecho comparado. De ahí probablemente la proliferación de noticias que en estos últimos tiempos se han venido publicando en todo tipo de medios de difusión –generalistas, especializados y científicos-, con contenidos y mensajes que no pocas veces se muestran como aparentemente contradictorios u opuestos⁸.

⁷ Casas Baamonde, M^a E. y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012 (La Ley 3/2012 y el RDL 20/2012)”, *Relaciones Laborales (LA LEY 16451/2012)*; De Sande Pérez-Bedmar, M^a, “La aplicación de la reforma laboral en el sector público”, pp. 323-338, en AA.VV., *Reforma Laboral 2012* (Dir. I. García-Perrote y J.R. Mercader), Lex Nova, 2012; González González, C., “Novedades principales de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2012 (BIB 2012\1318); Palomar Olmeda, A., “El despido colectivo en el ámbito del Sector Público: primeras consideraciones”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012 (BIB 2012\364); Sempere Navarro, A.V., “Constitución y Reforma Laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 843/2012 (BIB 2012\966).

⁸ Valga como muestra la siguiente reseña del diario Cinco Días [01-07-2015]: “Los ayuntamientos, los

Y es que cualquier lector habrá podido encontrarse en este periodo reciente con alguno de los numerosos informes y artículos, o reseña de los mismos, que lo mismo predicaban el aumento del número de empleados públicos durante la crisis, al menos hasta el año 2013⁹, al igual que el del coste de la masa salarial de estos, con otros en los que la pérdida total de dicho volumen de efectivos podía cifrarse en torno a los trescientos mil empleados, igualándose con ello los niveles de ocupación existentes en el año inmediatamente anterior al comienzo de la crisis, que suele situarse en el ejercicio de 2007. Todo ello, por supuesto, pese a la aprobación coetánea de esas numerosas normas referidas sobre congelación salarial, cuándo no de nuevos recortes retributivos (vgr., paga extraordinaria de 2012, complementos de productividad autonómicos, locales y provinciales), o sobre la fijación de una tasa general de reposición cero en las nuevas ofertas públicas de empleo.

Evidentemente no se trata ahora de describir o de intentar identificar una por una a todas estas fuentes, pues es obvio que en la mayor parte de los casos se basan en datos normalmente oficiales y por ende contrastados, pero sí de poner de manifiesto que en la mayor parte de ellas se utilizan datos heterogéneos¹⁰; o, lo que es más importante, se obvian los múltiples factores a considerar a efectos de poder deducir las oportunas consecuencias.

En ese último sentido es obvio que existen diferentes tipos de razones que provocan y hasta justifican esa distinta descripción de la realidad. En ocasiones tiene que ver, desde luego, con la falta de homogeneidad de los datos base o del propio método de estimación, ya sean de naturaleza estadística o producto del recuento de verdaderos asientos registrales. Así, y aunque la EPA suele ser el instrumento mejor valorado a casi todos los efectos, más aún que el Boletín de Estadísticas Laborales pese a su carácter especializado por razón de la materia, no

que más personal han perdido. Según datos del registro de Personal de las Administraciones Públicas, los Ayuntamientos incrementaron en el último año un 3% el número de efectivos, no obstante, son los que más destruyeron empleo durante esta crisis. Es decir, unos 17.000 más hasta alcanzar los 577.164. Lo que significa que han parado el ajuste y que las corporaciones que gobernaban el año pasado, y ante la posibilidad de perder las elecciones del 24-M, han aumentado sus plantillas”.

⁹Por todos, Informe de Asemplo (4T/2013), <http://www.asemplo.com/>, en el que se leen pasajes como: “Por otro lado, el sector público conduce en dirección contraria al del sector privado, puesto que es este tipo de empleo el que ha tenido que hacer un mayor ajuste en la segunda mitad del periodo de crisis. Este tipo de empleo estuvo creando empleo hasta el tercer trimestre de 2011, y desde ahí no ha dejado de destruir empleo de manera interanual.... Desde que se inició la crisis, han sido seis comunidades autónomas las que han creado empleo público, entre ellas, destacan Cataluña, Navarra y Murcia, seguidas de I. Baleares, Cantabria y Andalucía. En todo el resto de comunidades, la destrucción del empleo privado supera a la del público con la excepción de Madrid, donde el sector público (-14,6%) destruye empleo a mayor ritmo que el privado (-14,3%).

Desde que comenzó la crisis, hay 10 comunidades que crean empleo público indefinido, entre las que destacan Cataluña (21,3%), Murcia (19,8%) y Navarra (17,4%). A estas le siguen Andalucía, I. Baleares, Canarias, Cantabria, C. La Mancha, C. Valenciana y País Vasco. En el lado contrario, la comunidad que más empleo indefinido destruye es Asturias (-12,4%), seguida de Madrid (-9,4%)”.

¹⁰ López Cumbre, L., “La contratación laboral en el sector público y los derechos de los empleados públicos: los efectos de la reforma laboral en el empleo público”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Iustel, núm. 34/2013.

deja de presentar al mismo tiempo carencias importantes hasta el punto de haberse llegado a proponer su sustitución por los de la Contabilidad Nacional¹¹, también a estos específicos efectos, en tanto que tienen las mismas bases metodológicas que el Sistema Europeo de Cuentas Económicas Integradas. A nivel de inscripciones formales y por encima de los datos que facilita la Seguridad Social sobre el número y clasificación de sus afiliados o los Servicios Públicos de Empleo sobre el número y tipo de contratos, es claro que el principal protagonismo lo adquiere en este ámbito específico el Registro Central de Personal adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Un centro de datos que cuenta sin embargo con innumerables limitaciones materiales, hasta el punto que en la última edición de su Boletín (enero-2015) se ha decidido la exclusión de un subsector tan importante como es el de las Universidades Públicas –que cuenta con unos 150.000 empleados–, por razón, según se explicita, de los cambios operados en la metodología de recopilación.

En cualquier caso, lo que sí cabe adelantar ahora es que los resultados finales no van a ser ni mucho menos los que anticipaban los peores augurios, debido sobre todo a razones que de hecho podían hasta presuponerse, por mucho que esos primeros análisis fuesen excesivamente pesimistas en tanto que críticos con las “facilidades” que la nueva redacción legal parecía otorgar a los gestores públicos.

Me refiero fundamentalmente al coste político que siempre supone la adopción de una decisión de este tipo; y, también, a las posibilidades disponibles para su elusión, sea a través del diseño de otro tipo de políticas de gestión de personal, como las que se adoptaron por ejemplo en el marco de alguna Administración autonómica –vgr., la de Andalucía, que optó por una suerte de mecanismo de reparto del empleo disponible mediante la conversión temporal (*ope legis*) de relaciones laborales a tiempo completo en otras tantas a tiempo parcial¹²–, mucho más eficaces incluso que las más generales sobre flexibilización interna previstas en el ET, incluida alguna norma específica que ha resultado poco menos que inusitada en su aplicación (vgr. Disposición Adicional 2ª RD-ley 20/2012 en relación con el artículo 32 EBEP)¹³; sea como consecuencia de su compatibilidad con las normas que a la postre parece

¹¹ Montesinos, A., Pérez, J.J. y Ramos, R., *El empleo de las Administraciones Públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis*, Banco de España, Documentos Ocasionales, núm. 1402/2014.

¹² La referencia ineludible en este caso es la de los Decretos-leyes 1 y 3/2012, así como la de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre, normas todas de la CCAA de Andalucía, en especial a aquellos preceptos que ordenan el pase o transformación de todos los contratos de personal interino y de naturaleza temporal –incluido el colectivo de personal “subrogado” nacido con ocasión de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía– del 100 al 90 por ciento de dedicación, o la prohibición de contratación de personal eventual estatutario en el ámbito del servicio público de salud a no más del 75 por ciento de la jornada completa. Disposiciones que analizo en el trabajo “Autonomía colectiva y legislación presupuestaria”, *Temas Laborales*, núm. 120/2013, pp. 509-557.

¹³ Fernández Domínguez, J.J., “El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes”, *Documentación Laboral*, núm. 97/2013, pp. 13-28. En ese mismo volumen, Rodríguez-Ramos Velasco, P., “Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: suspensiones de contrato y reducciones de jornada”, pp. 125-144.

que han resultado las más contundentes en la consecución del objetivo principal, las relativas a la prohibición de contratación de nuevo personal. Prohibición que ha llegado a extenderse incluso al conjunto de las sociedades mercantiles y de las fundaciones públicas, *ex sucesivas leyes generales de presupuestos del Estado*.

Son estas razones en definitiva, así como otras complementarias, solo que más técnicas o de detalle y a la postre solo explicativas –utilización de códigos CNAE por parte de empresas públicas por razón de su actividad productiva y/o de servicios y no de su titularidad dominical, lo que dificulta su cómputo-, las que nos harán optar por otro método de aproximación, sin duda alguna más indirecto y por tanto no del todo fiable desde una perspectiva rigorista, pero que en alguna medida sí nos llevará a un análisis sobre datos absolutamente ciertos que es lo que como mínimo es dable esperar en una investigación de esta naturaleza. Me refiero, sobre todo, a los datos que se van a poder extraer e inducir de los repertorios y los anales jurisprudenciales.

2.2. Una vía indirecta: primeras impresiones por descarte

Aunque es cierto que en este tema de los despidos colectivos se ha de partir siempre de la premisa que del total de los expedientes que se registran por la Autoridad Laboral–que se siguen denominando, por cierto, de regulación de empleo en las principales series estadísticas oficiales-, apenas una minoría de los mismos son objeto de impugnación y revisión judicial¹⁴, entre otras razones porque sigue siendo toda una constante de nuestro sistema de relaciones laborales la tradición de consensuarlos o alcanzar un acuerdo en más del noventa por ciento de los casos¹⁵, así como que el número total de aquellos parece que tocó techo en todo caso en el año 2013 más que en el 2014¹⁶, algunas circunstancias propias y muy especiales del sector público permiten aventurar que en dicho ámbito específico la tendencia que puede defenderse como más general es justamente la contraria, es decir, la de la mayor proclividad a su revisión judicial. Muy fundamentalmente por la tensión y

¹⁴ Palomo Balda, E., cifra en un 5 por ciento el número de procesos que terminan en vía contenciosa, en su trabajo “120 sentencias en materia de despido colectivo (y 2 más): un balance provisional (1)”, Diario La Ley, núm. 8165/2013, artículo en el que ofrece una visión general de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012. Por su parte, Preciado Doménech, C.H., cit., sitúa la tasa de judicialización en el periodo febrero 2012-marzo 2013 en el 1,45 %, pudiendo alcanzarse “como mucho el 2 % si se tienen en cuenta las sentencias aún no publicadas”.

¹⁵ El último avance publicado por la Subdirección General Estadística del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, correspondiente al periodo enero-mayo 2015, cifra el total de los expedientes con acuerdo en el 92,3%, eso sí, sin desagregar los relativos a extinción por despidos, suspensión de contratos o reducción de jornada. Disponible en <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/>.

¹⁶ Según estas mismas fuentes estadísticas oficiales (BEL), en el año 2013 el número total de empresas afectadas por procedimientos de despidos colectivos, suspensión de contrato y reducción de jornada fue de 21.228. En el mismo periodo el número de procedimientos finalizados con acuerdo representó el 93,6%. Del total de trabajadores afectados, 70.351 (18,5 %) fue por despidos colectivos. En el año 2014, por el contrario, el número total de expedientes descendió a 10.637 y el de trabajadores a 159.566, 1.153 de los primeros específicos de despidos colectivos, afectando a 35.875 (22,48 %) trabajadores.

la conflictividad política que les resulta inmanente a estos peculiares escenarios, así como por el mayor grado de implantación sindical que por natura les caracteriza, esto último, también, por razón del mayor volumen de empleo medio de sus estructuras, algo que garantiza al menos la existencia efectiva de la representación legal o unitaria.

Lo anterior no significa obviamente que dejen de existir excepciones, en el sentido de que se hayan podido protagonizar procedimientos de despido colectivo que finalmente no hayan sido objeto de conocimiento judicial, sobre todo a nivel de ayuntamientos y entidades locales y muy fundamentalmente durante los primeros meses de vigencia de la reforma (vgr., municipio de Espartinas en Sevilla), tiempos en los que irrumpirá con fuerza la aprobación de los famosos Planes de Ajuste y de Viabilidad Económico-financiera, en virtud de la normativa que permitirá a estas Administraciones acceder a las operaciones de préstamo y financiación especial establecidos por Estado para poder hacer frente a las obligaciones de pago pendiente con proveedores (RD-I 4/2012 y 7/2012, de 24 de febrero y 9 de marzo, respectivamente)¹⁷, en tanto que se extendió una especie de convicción generalizada acerca de su necesidad y procedencia; e, incluso, si se permite la expresión, de su carácter poco menos que forzoso si el propio plan resultaba aprobado u homologado por el Ministerio de Hacienda –a la sazón, también, de Administraciones Públicas-¹⁸.

Por ello, y porque algunas de las valoraciones anteriores podrían tildarse de voluntaristas, ya que como se ha expuesto los problemas de calificación de las actividades económicas no permiten concluir indubitablemente el número total de expedientes tramitados en este concreto ámbito sectorial¹⁹, aún cabe hacer referencia a otras fuentes de aproximación, que poco diferirán no obstante de la impresión inicial de la que se ha partido, en el sentido de defender un mayor nivel de litigiosidad en los EREs protagonizados por el sector público que en el ámbito de las empresas privadas. Y ello pese a que tampoco se encontrarán en estas otras fuentes una verdadera desagregación de los datos por razón de la actividad administrativa o empresarial; mejor, por razón de la titularidad de las empresas.

¹⁷ Con posterioridad, y abierto ya a las CCAA, se establecieron también las bases de los Fondos de Liquidez Autonómica (FLA), con idéntica filosofía que los específicos de las entidades locales, si bien, y como se verá, con muy distinto alcance, pues en éstas, al menos en sus estructuras centrales, no se ha llegado a conocer ni un solo proceso de despido colectivo.

¹⁸ Fernández-Mota Marcos, M^o T., “Los expedientes de regulación de empleo. En particular los despidos colectivo en la Administración Local”, Revista CEMCI, núm. 18/2013, pp. 1-20.

¹⁹ En todo caso no deja de ser significativo también cómo en este último avance reseñado del Boletín Estadístico del MTIN, al igual que en la serie correspondiente a la anualidad de 2014, no existe ningún expediente registrado bajo el epígrafe CNAE O-84, que es el relativo a «Administración pública, Defensa y Seguridad Social obligatoria». En el año 2013 se registraron con este mismo epígrafe solo 10 expedientes que afectaron a 214 trabajadores, mientras que en el año 2012 se alcanzó el número total de 100 procedimientos, con más de 1.900 trabajadores afectados. Siempre, en estos últimos casos, hay que insistir, computando exclusivamente los registros encuadrados en dicho título.

Nos referimos sobre todo a los trabajos de recopilación y recuento estadístico que se han realizado sobre las primeras resoluciones judiciales que han tenido que dirimir los procesos de impugnación colectiva instados al amparo del art. 124 LRJS. Trabajos que parten de un material reducido y de más fácil acceso por cuanto que, como se sabe, la competencia objetiva y funcional de instancia corresponde a las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, cuyas resoluciones, en su inmensa mayoría -salvo declaración de nulidad que se intente subsanar con un nuevo procedimiento negociador-, serán revisadas en casación ordinaria por la misma Sala del Tribunal Supremo.

A tales efectos, y como se sabe también, las reglas comunes aplicables en este Orden Jurisdiccional en materia de costas procesales y hasta de tasas judiciales (prácticamente inexistentes incluso antes de su derogación), así como las especialidades existentes en materia de consignación y depósito previo para recurrir cuando se trata de una entidad de derecho público (arts. 229.4 LRJS), facilitan extraordinariamente el agotamiento de todo tipo de remedios procesales, tanto ordinarios como extraordinarios. Por no mencionar el poco apego que a veces se muestra a los (sobre) costes que representa el asesoramiento jurídico especializado y la defensa letrada ante los Tribunales, aunque tenga que ser contratada de forma externa.

En este último sentido va a destacar el informe realizado por el gabinete de prensa del Consejo General del Poder Judicial, fechado a 30 de diciembre de 2014 y titulado “Sentencias del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos regulados por la reforma laboral de 2012”²⁰, y de cuyo resumen cabe destacar lo siguiente:

Desde que en marzo 2013 la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictase la primera sentencia sobre despido colectivo en los que se aplica la reforma laboral de 2012 hasta el final del año en curso, la Sala, que decidió resolver en el Pleno de la misma esta materia por su trascendencia social y por la novedad de la normativa aplicada, ha dictado un total de 79 sentencias en recursos de casación relativos a procedimientos de esta naturaleza, sentencias que afectan a un total de 11.900 trabajadores.

Como resultado, en las sentencias dictadas por la Sala sobre despido colectivo se han declarado ajustados a derecho 31 de los despidos enjuiciados, otros 9 no ajustados a derecho y 18 nulos²¹ (en estos se agrupa como un solo supuesto la serie relativa a consorcios de empleo²² por la identidad de las situaciones resueltas).

²⁰ www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/Sentencias-del-Tribunal-Supremo-sobre-despidos-colectivos-regulados-por-la-reforma-laboral-de-2012

²¹ Lo que no llega a especificar la nota es si entre los casos de nulidad se encuentran también aquellos en los que ésta queda referida a las actuaciones judiciales y no a los propios despidos, como es el caso, entre muchas, de las SS TS de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 176/2013), caso UGT-Andalucía; y 2 de diciembre de 2014 (Rec. 97/2013), asunto Ayuntamiento de Estepona (Málaga).

²² La mención se refiere realmente a los Consorcios Uniones Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico de (UTEDLT) de Andalucía, que en el año 2012 protagonizaron 84 expedientes de despido

De estos últimos, en los que se reconoce el derecho a la readmisión de los trabajadores despedidos, sin opción empresarial de indemnización, en 5 ocasiones se ha apreciado fraude de ley, en otras 5 había vicios de procedimiento de importancia relativos al período de consultas, en 4 de los recursos se ha estimado que concurría grupo irregular de empresas, en 2 ocasiones vulneración de derechos fundamentales (huelga y libertad sindical) y en otros 2 falta de la documentación necesaria para una negociación efectiva durante el período de consultas.

En la mayoría de las Sentencias se confirma la Sentencia previamente dictada por la Audiencia Nacional o por el Tribunal Superior de Justicia (en el 83% de los casos). En las sentencias desestimatorias de los recursos, el porcentaje mayoritario corresponde a recursos intentados por la representación laboral, mientras que los recursos de empresas que son desestimados representan un 37% (teniendo en cuenta que son mayoría las ocasiones en que recurren los trabajadores).

Datos²³ que no desdican, sino que confirman, la idea que se puede deducir también del Boletín de Estadísticas Laborales y de los asientos que muestran el último avance reseñado de la Subdirección General Estadística del Gobierno, en los que se certifica que en la serie correspondiente a las anualidades de 2014 y 2015 no existe ningún expediente extintivo registrado bajo el epígrafe CNAE O-84, que es el relativo a «Administración pública, Defensa y Seguridad Social obligatoria». En los mismos instrumentos se indica, por su parte, que en el año 2013 se registraron bajo este mismo epígrafe solo 10 expedientes de índole extintiva, que afectaron a 214 trabajadores, mientras que en el año 2012 se alcanzó el número total de 100 procedimientos, con más de 1.900 trabajadores afectados. Siempre, en estos últimos dos casos, hay que insistir, computando exclusivamente los registros encuadrados en dicho título de actividad económica, lo que supone la exclusión de la mayor parte de las empresas con forma societaria o fundacional.

De ahí que aun aceptando que no todos los procedimientos que ahora interesen hayan sido objeto de impugnación judicial²⁴, sí se va a poder ratificar la razonabilidad de esa inversión de la tendencia apuntada al inicio para este ámbito tan específico,

colectivo [de los 91 noventa y uno existentes, por cuanto aquellos Consorcios que no alcanzaban el mínimo de 5 de trabajadores fueron liquidados utilizando la vía de art. 52, c) ET], en un proceso general de cierre que afectó a la totalidad de sus plantillas (algo más de 785 trabajadores).

²³ A los trabajos de análisis y recopilación citados cabe adicionar también el de A. Desdentado Bonete, que cifra, como resultado de un análisis propio, en la mitad de los 79 despidos colectivos presentados ante el Tribunal los declarados nulos. Reseña de «El Economista», 26.3.2015. La cuenta se coteja a poco que se añadan a las cifras del CGPJ, las 21 sentencias relativas a Consorcios Andaluces y los otros casos de nulidad por cuestiones procesales –que, por cierto, no cesan, vgr. STS 28 de enero de 2015 (Rec. 35/2014), asunto Santa Bárbara Sistemas–.

²⁴ En el sentido de impugnación directa de carácter colectivo, pues a éstas aún cabe adicionar las individuales e incluso algunas indirectas, como ocurre en los casos de la llamada vía de hecho, que es la que acontece cuando el empleador no sigue los trámites procedimentales establecidos pero se superan los umbrales del art. 51 ET (STS 25 de noviembre de 2013, Rec. 52/2013). Así ha ocurrido, por ejemplo, con las extinciones individuales de personal de Capítulo VI (contratados por obra o servicio) en la Universidad de Huelva, y que están siendo declaradas como despidos nulos al no haberse seguido los trámites del despido colectivo.

sobre todo a poco que se repare en el hecho de que algo más de la mitad de esas primeras 79 sentencias del Alto Tribunal están referidas a Administraciones y empresas públicas, esto es, a entes o entidades de naturaleza jurídico-pública o titularidad pública, lo que representa un muy alto porcentaje respecto del total de los casos registrados.

3. LOS GRANDES EJES DE CONFLICTO

Situadas las premisas de partida sobre el número real de expedientes de extinción tramitados en este sector, así como de trabajadores o empleados públicos realmente afectados por los efectos de la nueva regulación, corresponde presentar ahora las cuestiones estrictamente jurídicas al hilo del material que facilitan los litigios protagonizados por las diferentes Administraciones y demás entidades pertenecientes a la categoría de lo “público”. Evidentemente no solo estos, pues en ocasiones la doctrina habrá podido fijarse en otro tipo de procesos en tanto que tenga por objeto mandatos o cuestiones generales que pueden considerarse por ello mismo comunes para todos los tipos de caso²⁵, con independencia de que sea en las primeras en las que habremos de centrarnos con algo más de detalle.

Litigios que se van a presentar, por lo general, acompañados de una enorme repercusión mediática y social—probablemente por ese orden—, mucho más, cabe añadir, de la que le sería propia a cualquier otro conflicto laboral de esta misma entidad y naturaleza, salvo casos muy puntuales que también la han adquirido por derecho propio (Coca-cola). Entre otras razones por la fuerte contestación política y sindical que ha caracterizado, sobre todo, a esta parte de la reforma laboral desde su inicio. De ahí, más que probablemente también, la envergadura material que van a adquirir los Autos y Rollos judiciales que se van a conformar, lo que se traducirá en el dictado de un modelo de sentencia extraordinariamente extensa, en las que se superarán con creces, y en más de una ocasión, los cien folios de contenido, medidos además con formatos de edición digital y no con el generoso de los documentos procesales clásicos. Por supuesto, ricos en análisis y en matices, lo cual convierte a este material en una fuente excepcional de conocimiento jurídico, y que no hace sino poner de manifiesto la sensibilidad de los órganos del poder judicial para con las preocupaciones del tiempo en el que se solicitaba su intervención.

Es verdad que en no pocos de estos procesos tanto el carácter emblemático y la dimensión de las entidades, como la intensidad de las propias medidas propuestas o finalmente ejecutadas, sobre todo en términos de porcentaje de trabajadores afectados sobre el total de cada plantilla (Tragsa, Paradores Nacionales, Telemadrid, Bankia, Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, por citar solo algunos de los casos

²⁵ Goerlich Peset, J.M^a, “Despido colectivo en el sector público: problemas comunes y especialidades”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5/2013 (BIB 2013\1676).

más representativos en cada sector de actividad), justificaban perfectamente esa profusión en el estudio. Pero probablemente van a ser otros factores adicionales y concomitantes los que mejor van a ayudar a comprender ese esfuerzo ímprobo, casi titánico, con el que todas las partes y operadores, no solo los Magistrados por cierto, van a afrontar la preparación y el enjuiciamiento de estos conflictos.

En ese sentido cabe destacar, en primer lugar, el elemento cualitativo que trasciende de esta reforma, pues afronta una realidad que se ha venido considerando como todo un tabú en nuestro país, el de la estabilidad del empleo en el sector público (para toda la vida). Y es que no se acertará a distinguir con la suficiente claridad, probablemente sin pretenderlo, entre los diferentes tipos de relación laboral existentes en el seno de las Administraciones públicas *stricto sensu*, máxime, según se hayan tenido que superar o no, para el acceso al puesto, pruebas objetivas desarrolladas en el marco de un procedimiento informado por las notas de igualdad, mérito y capacidad –elementos a los que se ha de añadir, porque a veces se olvida más que se obvia, el de la publicidad suficiente-. Pues en este último caso se está ante un modelo de empleo que no es sino un reflejo alternativo pero completamente equiparable al de la función pública, de ahí que la mera preferencia en el momento de la selección no hiciese sino emborronar más que garantizar o aclarar la situación. Una posibilidad ésta, por cierto, que afortunadamente no se ha llegado a desplegar con todo su potencial, toda vez que no consta supuesto alguno en el que se hayan extinguido plazas de verdadero personal laboral fijo (“de plantilla”) de ninguna Administración, habiendo resultado por ello poco menos que inéditos los informes e indicaciones a los que se refiere el art. 41 RD 1483/2012, de 29 de octubre. Si a ello se unen las sensibilidades surgidas con ocasión de la privatización de ciertos servicios públicos, cuando no de los cierres o de su reducción, se comprenderá mejor el clima generalizado de preocupación.

En segundo lugar se encuentra un elemento cuantitativo, pues son muchas las reglas diferenciales introducidas y en muy poco tiempo, con lo que ello conlleva de necesaria acomodación. En ese sentido, la remisión que se hace al artículo 51 ET como régimen jurídico base hace que sean también trasladables a los despidos del sector público el común de los problemas que le son ínsitos a este precepto y que no siempre han quedado del todo resueltos pese a que buena parte de su contenido lleve muchos años de vigencia (empresa vs. centro de trabajo, reglas de cómputo de días²⁶, concepto de fraude, tipos de extinciones computables²⁷, etc.); y, sobre

²⁶ SS TS de 3 de julio de 2012 (Rec. 1657/2011) y 26 de noviembre de 2013 (Rec. 334/2013).

²⁷ Sobre este concreto aspecto cabe destacar la STS de 8 de julio de 2012 (Rec. 2341/2011), que aplica evidentemente normas anteriores a la reforma pero cuya doctrina sigue siendo perfectamente válida al referirse a aspectos que no han sido alterados, en particular, sobre la necesidad de computar a efectos de superación o no de los umbrales mínimos del art. 51 ET las extinciones de contratos temporales de obra o servicio determinado si se consideran celebrados en fraude de ley. Si se superan dichos umbrales y no se tramita el correspondiente periodo de consultas, el resultado habrá de ser la nulidad (STS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 52/2013). Solución que debe extenderse también a otros casos equiparables como los que representa la declaración de una cesión ilícita ex art. 43 ET.

todo, el espinoso asunto del tipo de control o el grado de intervención que puede realizarse por parte de la autoridad judicial (funcionalidad vs. razonabilidad y proporcionalidad). A todo ello deben adicionarse las dudas que generan las propias reglas especiales añadidas, algunas de las cuales no estaban explícitas al tiempo de la irrupción legislativa, como sucedió con el fallido intento de adaptación del anterior desarrollo reglamentario (RD 801/2011, de 10 de junio) hasta que se aprobó el RD 1483/2012, por no mencionar las reformas sucesivas efectuadas apenas unos meses después por el RD-ley 5/2013, de 15 de marzo, el RD-ley 11/2013, de 2 de agosto y la Ley 1/2014, de 28 de febrero, y que afectarán tanto al marco sustantivo como al procesal.

En tercer y último lugar, y a modo de corolario de todo lo anterior, lo cierto es que los casos se presentarán también por lo general como excepcionalmente complejos, tanto desde una perspectiva fáctica, lo que afecta tanto al relato de hechos probados y a la cuestión probatoria, como a la estrictamente jurídica, en la que, a su vez, confluirán los importantes problemas sustantivos que genera la nueva regulación con los innumerables temas procesales que surgen con ocasión de la compatibilidad que se quiere instaurar entre los planos individual y colectivo.

El resultado es que todo será manifiestamente desproporcionado. Como lo será también el número de votos particulares y los distintos posicionamientos que mostrarán los miembros de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en los distintos plenos celebrados, con situaciones de equilibrio que pueden considerarse límite. Hasta el punto que llegará a exigirse en algún caso certificación acerca de la situación administrativa de un concreto Magistrado en el día exacto de la votación, en el sentido de si podía ejercer o no la función jurisdiccional toda vez que en las fechas coetáneas disfrutaba de un permiso por razones de conciliación de la vida profesional y familiar²⁸.

A las principales cuestiones planteadas se dedicarán las siguientes reflexiones y presentaciones, sin que, ya se deba advertir, se pretenda en modo alguno alcanzar un mínimo de exhaustividad pues se excedería con mucho el ámbito de esta ponencia. De ahí que la idea principal sea exponer tanto las cuestiones más conflictivas y que pueden considerarse como resueltas, como las que podrán o deberían serlo en atención a su actual tratamiento.

²⁸ STS de 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013). La situación culmen de este escenario de conflicto entre los miembros de la Sala se alcanzó sin duda en el marco de otro supuesto protagonizado también por un caso de despido colectivo, aunque del sector privado (Celsa-Atlantic), en el que por Auto -de 26 de marzo de 2014- se declaró la nulidad de la anterior Sentencia de 20 de septiembre de 2013 (Rec. 11/2013), volviéndose a reproducir una nueva cascada de votos particulares, solo que la inversa, y que no impedirán evidentemente una nueva resolución definitiva en sentido opuesto a la primera, cuál es la Sentencia de 18 julio de 2014 (RJ 2014/4277). Resolución que al tiempo de su dictado no firmarán, por no formar ya parte de la Sala, ni el ponente de la primera Sentencia (A. Martín Valverde), ni el del voto particular principal al Auto anulatorio (A. Desdentado Bonete).

3.1. Determinación del ámbito objetivo de la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores: la bifurcación de regímenes jurídicos

El régimen jurídico instaurado por la DA 20ª ET es todo un ejemplo de técnica legislativa compleja, no ya por la mayor o menor claridad que pueda presentar su redacción sino porque incluirá varias remisiones y reenvíos técnicos en su seno. Sobre su contenido es habitual partir de la existencia de una bifurcación de regímenes según se esté ante lo que simplícidamente puede denominarse una Administración pública “pura”²⁹ o ante otro tipo de manifestación del sector público, en el que se incluyen tanto los sujetos que nacen conforme a normas propias del Derecho privado (sociedades y fundaciones), como los que adquieren su personalidad bajo las reglas del Derecho público. Sujetos, sobre todo estos, que por razón de su múltiple funcionalidad –hasta intervenir como proveedores de bienes y servicios en el mercado-, pueden adoptar una configuración formal de lo más diversa, de ahí la expresiva referencia legal a «organismos, entidades o entes».

Para el establecimiento de esta primera distinción el legislador laboral se apoyará en una de las últimas sistematizaciones elaboradas en el seno de la legislación administrativa, concretamente en la establecida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). En concreto, la de su artículo 3. Un precepto en el que a modo de círculos concéntricos se define, primero, al sector público *lato sensu* (art.3.1), con una noción que va a coincidir plenamente con la establecida en la legislación general presupuestaria e incluso en la de carácter patrimonial, por lo que puede decirse que se trata de un concepto plenamente asentado y poco discutido. La clave para la inclusión en esta categoría a los diversos sujetos de derecho no es que deban primar como reglas de funcionamiento las normas y las garantías propias del Derecho público o administrativo, sino que su titularidad o los recursos económicos de los que disponen son mayoritariamente públicos. Dentro de este primer círculo es en el que se ha de situar a lo que podría denominarse el núcleo duro o más auténtico de lo público, a la Administración pública, aquella que sirve e instrumentaliza la manifestación última del Poder Público, ámbito para el que se reservará la voz de sector administrativo o sector jurídico-público (art.3.2), pues en él no se aplican las normas de Derecho privado sino las propias.

Una distinción que en un principio habría de tener un muy corto alcance pues en su formulación laboral legal se limitaba a adaptar la correlativa definición de las causas justificativas del despido, muy especialmente la económica, a las categorías que le son propias a la legislación presupuestaria, que se es la que se ha de aplicar en el ámbito de estas entidades jurídico-públicas. Poco después será, junto con

²⁹ Expresión que utilizan Roca Valero, V. y Arche Castillo, A.P., en “El despido objetivo en las Administraciones Públicas: algunas cuestiones problemáticas”, *El Derecho* (www.derecho.com), 1.11.2012; tb. Ares González, B. “El nuevo régimen del despido objetivo en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 35/2015.

la confirmación de la eliminación más que del olvido de la causa de carácter productivo, cuando se le añadirá la segunda especialidad que le es propia a este ámbito más restringido, la referida a la prioridad de permanencia que se le ha de reconocer a quien tenga la condición de trabajador “fijo” de sus plantillas.

Pero en realidad no es ésta la única remisión ni la única especialidad que se instaura por la norma sustantiva de referencia. A poco que se repasa la redacción completa del precepto habrá de convenirse que el primer mandato que efectúa la DA 20ª ET es el relativo a que el despido del personal laboral del sector público *se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo*. De ahí que sea éste el que se ha de considerar como el régimen jurídico base o primario y a cuya regulación habrá de estarse en todo caso. Afirmación de cabecera que contendrá una última mención adicional pero de aplicación general para todos los despidos objetivos que se produzcan en el ámbito del entero sector público, en tanto que habrán de desarrollarse *en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas*.

La conclusión de lo anterior es que la DA 20ª ET termina instaurando, a través de sus distintas remisiones y reenvíos, no ya una bifurcación de regímenes dentro del sector público, sino toda una triada de normas aplicables según el ámbito que tengan los despidos, es decir, 1) para el sector privado; 2) para el sector público que queda fuera del ámbito estrictamente administrativo; 3) para el caso de que se lleve a cabo en el seno de las Administraciones públicas. Incluso dentro de estas últimas aún cabe hacer una bipartición más, pues en los arts. 34 y ss del RD 1483/2012, en especial en su art. 36, se distinguirán las normas y requisitos aplicables según se trate de Administración mayor o menor, en el sentido de que en las primeras el ámbito de referencia será el del Departamento Ministerial o la Consejería, mientras en la Administración Local será la propia entidad.

Y es que todo despido que se produzca dentro del sector público queda sometido a esa especialidad que consiste en el sometimiento a las normas sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que lo aleja en parte del régimen común de los artículos 51 y 52 ET, y con independencia ahora de que no se sepa muy bien en qué consista o cual ha de ser el verdadero alcance de esa nueva remisión. Entre otras razones porque en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, no habrá más menciones específicas a estas otras entidades conformadoras de lo público pero que no son administraciones que aquélla que las declara insertas en su ámbito subjetivo de aplicación, en tanto que: *quedarán sujetos a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas* (art. 2.2). Una referencia específica que, sin embargo, al menos de forma directa, no se efectuará en esa misma LO, pues

en su texto no se encontrará ni una sola llamada a las sociedades, a las fundaciones, a los patronatos o consorcios, ni tampoco a las entidades público-empresariales³⁰.

Establecido ese régimen general de encuadre pronto se pondrá de manifiesto que una buena parte del problema no iba a poder considerarse resuelto tan fácilmente con su mera traslación al ámbito laboral. Probablemente porque la *ratio* última de la Ley de Contratos del Sector Público, muy en especial de su artículo 3, no es ni mucho menos la de determinar qué entidades del sector público están o no sometidas a las reglas propias de la Ley General Presupuestaria, motivo en el que ha de residenciarse en principio esa redefinición de la causa económica del art. 51 ET y que es la que justifica en parte la DA 20^a, sino la de definir el concepto de Poder Adjudicador. Una noción que surge de la necesidad de acomodar nuestra legislación nacional interna a las exigencias comunitarias de la libre competencia, muy señaladamente a los requisitos de transparencia y objetividad, respecto de todo tipo de sujeto que tengan disponibilidad para decidir o ejecutar un “gasto público”.

Es verdad que a estos efectos podrían haberse utilizado otros parámetros de definición de lo que ha de entenderse por sector público o que dicho problema también podría haber quedado minimizado si los regímenes jurídicos a aplicar, en materia sobre todo de procedimiento más que de definición de la causa justificativa de los despidos, no divergieran tanto según se esté ante una Administración o ante otro tipo de sujeto encuadrable en el sector público. Pero lo cierto en realidad es el que el verdadero problema de fondo es otro es bien distinto y no está ni mucho menos resuelto por la legislación administrativa, entre otras razones por la difícil conjugación que tienen los mandatos del art. 148 y 149.1.18CE, con competencias exclusivas y compartidas en materia de autoorganización y bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, respectivamente.

Nos referimos al auténtico enjambre de situaciones que puede observarse en la praxis cotidiana como consecuencia sobre todo de las facultades que tiene la ley de creación de cualquier nuevo ente jurídico-público a la hora de definir su estatus jurídico, no resuelto en absoluto por el intento parcial que supuso la LOFAGE –entre cuyas exclusiones se contempla nada menos que toda la organización administrativa de la seguridad social, aparte de la que no es estrictamente estatal-; y, por tanto, a la hora de encontrar su encaje en alguna de las categorías pre-establecidas por otra ley ordinaria, en este caso, las que representan los listados de los apartados 1 y 2 del art. 3 TRLCSP.

³⁰ De forma indirecta, mejor, en otros desarrollos normativos del nuevo régimen instaurado por el art. 135 CE, que es el que en realidad instaura la imperatividad del principio de estabilidad presupuestaria, sí pueden observarse cuáles podrían ser esos condicionantes de encuadre de un despido colectivo en el sector público como consecuencia la sumisión al mismo. Como las limitaciones que representan, por ejemplo, los nuevos requisitos establecidos en el art. 85.2 de la Ley de Bases de Régimen Local a efectos de establecer mecanismos de gestión directa de los servicios públicos distintos a los de carácter estrictamente público o jurídico-administrativo (vgr., la propia Corporación o algún Organismo Autónomo), en especial, a través de entidades locales empresariales o sociedades mercantiles. Redacción dada por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Ejemplos paradigmáticos de ello van a ser los casos de Telemadrid y de la sociedad mercantil estatal Tragsa; el primero, como ya es de sobra conocido, resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido de confirmarse la declaración de los despidos como no ajustados a derecho, si bien, por razón de la desproporción existente entre la insuficiencia presupuestaria alegada y las pérdidas probadas en relación con el número total de extinciones acometidas. El segundo pendiente de que se resuelva de manera definitiva en sede casacional, aunque en primera instancia la Audiencia Nacional ya ha declarado la nulidad del procedimiento seguido hasta por tres motivos o razones distintas³¹.

Y es que en el caso de Telemadrid lo primero que hubo de determinarse es cómo había de calificarse su estructura organizativa desde el punto de vista del art. 3 TRLCSP. Una estructura prácticamente idéntica por cierto a la que presentan todos los grupos audiovisuales de titularidad pública existentes en nuestro país y equiparable a la de otras muchas infraestructuras con las que se prestan distintos tipos de servicios públicos (puertos, aeropuertos y hasta asistencia sanitaria), y que se presenta formada por la unión de un “ente” situado en la cabecera, creado por una ley específica que es la que señala su condición de persona jurídico-pública así como su estatuto básico de funcionamiento –sometido al derecho privado en sus relaciones con terceros pero dependiente de forma directa del poder ejecutivo y hasta del legislativo, que son quienes proponen su consejo de administración y la figura de su Presidente-, y dos sociedades anónimas instrumentales, llamadas de gestión (una para la televisión, otra para la radio), cuyo capital social está íntegramente suscrito por el primero.

En virtud de los correspondientes contratos-programas, así como de la actividad económica y productiva que les es propia a cada una de las mercantiles, son éstas las que operan finalmente en el mercado obteniendo sus ingresos por dos vías paralelas y constantes. De una parte, la que representan las transferencias corrientes de los presupuestos de la Administración territorial de la que en última instancia dependen y que normalmente pasan a través del Ente de cabecera; de otra, la que obtienen como consecuencia de la venta de espacios comerciales y de publicidad.

El supuesto de complicará algo más desde el inicio pues los responsables de la entidad empleadora partirá de la auto calificación de dicha estructura organizativa como la propia de un grupo mercantil patológico o de trascendencia laboral, aunando causas y consecuencias en un único expediente que se tramitará como si de una única empresa pública se tratase, en ningún caso como una Administración, esto es, como sujeto de los del art. 3.1 pero no de los del art. 3.2 TRLCSP.

A partir de ese momento, y como consecuencia de la falta de acuerdo en la mesa de negociación, las impugnaciones y la resolución judicial definitiva girarán

³¹ STS 26 de marzo de 2014 (Rec. 158/2013) y SAN 59/2014, de 28 de marzo (Proc. 499/2013), respectivamente.

por lo que ahora interesa en torno a dos cuestiones principales. La primera, la de qué concreto tipo de sujeto público es ese conglomerado grupal; la segunda, y en consecuencia, la de qué tipo de procedimiento y de causas económicas le han de resultar aplicables (insuficiencia presupuestaria vs. pérdidas actuales o futuras). Entre otras razones por la confusión que provocará la propia memoria justificativa que se presenta, en la que no se dejará de hacer alusión a los recortes que necesariamente se iban a tener que producir en todos los eslabones de la cadena como consecuencia de la imposibilidad legal de seguir sufragando con los presupuestos públicos un determinado tope de financiación. En definitiva, el ERE se presenta como si de una única empresa pública se tratara, pero la causa, aunque remota, debía residenciarse en la insuficiencia presupuestaria sobrevenida.

En este último sentido ha de destacarse también que la realidad económica del ente y de cada una de sus sociedades instrumentales mostraba un alto nivel de endeudamiento acumulado; y, sobre todo, que incluso antes de que comenzaran a descender de forma notable los ingresos por publicidad, los recursos obtenidos por vía transferencia corriente de los presupuestos habían sido siempre muy superiores a los primeros.

En términos de calificación jurídica, y conforme al TRLCSP, las posibilidades principales que se expusieron por las partes fueron: 1) se trata de una entidad asimilable a una Administración pública, pues el art. 3.2.d) del TRLCSP integra en su seno a las entidades de derecho público (sinónimo ahora de su forma de creación y personificación, con independencia del régimen que fuera aplicable en sus relaciones con tercero) que tengan atribuida funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad; 2) se trata de una entidad de las previstas en el art. 3.1.h), entidades con personalidad jurídica propia que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad o nombren a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, dirección o vigilancia. En este último caso la idea subsiguiente era la de defender la de su falta de parangón con ninguna de las posibilidades de asimilación previstas en el art. 3.2.

Más allá del alcance de cada una de estas dos posibilidades concretas lo cierto es que en el supuesto sometido a enjuiciamiento se mezclaban las dos notas principales que suelen presentarse como antagónicas en las principales definiciones de sector público, ya sea en otras disposiciones de nuestra legislación nacional interna, ya en las distintas normas comunitarias que postulan la necesaria defensa de la libre competencia y de las que en última instancia es también tributario como se ha dicho este art. 3 del TRLCSP. De una parte se encuentra el elemento de la dependencia orgánica y funcional del ente o empresa de una Administración pública, aunque pueda ser de forma indirecta por existir algún tipo de estructura intermedia, y que se manifiesta sobre todo en el modo de designación de sus órganos

directivos; elemento que es característico de las Administraciones públicas a la hora de exigirsele el cumplimiento de los requisitos de objetividad y transparencia. De otra el elemento de su fuente principal de financiación, pues para que se produzca la exclusión de un ente o empresa del concepto más restringido de sector público lo importante no es que se dedique a proveer bienes y servicios al mercado, sino que sea de la contraprestación que obtenga de estos con los que garantice su subsistencia.

La idea principal que traslucen estas reglas y principios es la de que en absoluto está vedado que el poder público pueda intervenir en el mercado de producción de bienes y servicios a través de las correspondientes empresas o entidades que decida crear, ahora bien, lo que sí ha de tenerse en cuenta es que esa posibilidad cuenta con el límite infranqueable que representa la opción de sufragar de manera indefinida las pérdidas que conlleve su diseño de explotación, salvo que se trate de un supuesto especialmente excepcionado y por ello mismo justificado, pues de lo contrario lo que se estará restringiendo es la libertad de empresa y de establecimiento ante la falta de una verdadera situación de leal competencia.

Como las notas identificativas del caso llevaban a una solución contraria en principio a la opción seleccionada por la empleadora, tanto por razón de donde reside el verdadero poder de decisión del ente, como por la realidad de las fuentes de financiación principal del grupo, también porque el listado de asimilaciones del art. 3.2 TRLCSP no deja de resultar poco funcional en casos límite como éste, pero y sobre todo porque ésa había sido la opción convalidada en la instancia, el TS tendrá que aportar un nuevo criterio de aproximación al no estar nada convencido de ella. Criterio que encontrará en las fuentes de la normativa comunitaria y que no será por cierto la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, en la que se llega a prever la exclusión de su aplicación a los trabajadores del sector público³², sino la que representa el Reglamento 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema europeo de cuentas nacionales y regionales de la Comunidad.

Un instrumento sin duda sorpresivo por cuanto que su finalidad es esencialmente informativa, dictado con el objetivo principal de uniformar los datos que habrán de tenerse en cuenta con vistas a hacer efectivos los múltiples mandatos

³² El artículo 2, b) establece que: *La presente Directiva no se aplicará a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)*. Fórmula mucho más amplia y flexible que la establecida en otras disposiciones de derecho social comunitario, como es la utilizada por ejemplo en la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, 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.

y consecuencias de la Unión Económica y Monetaria, en especial el objetivo de estabilidad presupuestaria, y en cuyo anexo se encontrará una definición estricta de Administración pública y, otra, de sector público, en el que se diferenciará tanto a las sociedades financieras como a las no financieras (además de las cuasisociedades), las cuales, pese a poder formar parte del sector público no lo son del de las Administraciones públicas. Sector restringido en el que únicamente se incluyen cuatro subsectores: a) administración central (S.1311); b) comunidades autónomas (S.1312); c) corporaciones locales (S.1313); y d) administraciones de seguridad social (S.1314).

Forma de resolución del problema que plantea enormes dudas y lo que es más importante, otros tantos de mayor envergadura aún, porque ¿significa esta doctrina que deja de ser operativo entonces el listado de asimilaciones al concepto de Administración pública establecido en el art. 3.2 del TRLCSP? ¿No requeriría ello, como mínimo, de la elevación de la correspondiente cuestión al TJUE?

Lo más llamativo de todo, a mi juicio, es que no parece que se agotaran todas las posibilidades de aproximación al TRLCSP antes de dar un salto argumentativo de esas características, pues existía otra opción a sumar a las anteriores sin que el limitado carácter del recurso de casación supusiera un obstáculo insalvable a estos efectos, tal y como pone de manifiesto esa misma puesta en marcha del principio *iura novit curia* que acomete el TS. Opción que pasaba por considerar al “autodeclarado” grupo laboral como una entidad empresarial jurídico-pública de las previstas en el art. 3.1.c). Fórmula que está expresamente excluida además de toda posibilidad de asimilación al concepto de Administración pública en sentido estricto, *ex art. 3.2.e) in fine*, con independencia de que fuese autonómica y no estatal, del tipo de actividad que desempeñe o de la vía por la que obtenga la mayoría de sus ingresos; e, incluso, cabe añadir, de que hubiese sido autocalificada como tal en su ley de creación o no, pues ésa parece que ha de ser la idea principal a deducir de la forma en que se redacta esa regla excluyente a poco que se tenga en cuenta que la definición de esta concreta figura (art. 44 de la Ley 6/1997, de 14 de abril) es de exclusiva aplicación en la Administración General del Estado –LOFAGE-. Entre otras razones, como consecuencia necesaria del ya citado art. 149.1.18 CE, pero y sobre todo porque a esa condición es a la que responde toda entidad jurídico-pública que obtiene una parte de sus recursos como consecuencia de protagonizar actos de comercio con terceros³³.

³³ En relación a dicha opción, y como afirma Pérez Pérez, J.A., “En este punto es preciso tener en cuenta que el SEC 95, a la hora de delimitar institucionalmente el sector Administraciones públicas y el sector sociedades no financieras, atiende a la realidad económica del ente en cuestión, sin que su clasificación como tal quede prejuzgada por la forma jurídica que adopte”, en “Introducción sobre la aplicación de los criterios del SEC 95 a las cuentas públicas”, Presupuesto y Gasto Público, núm. 54/2009, pp. 115-126.

El otro supuesto a destacar por razón de la complejidad de la calificación de la naturaleza jurídica de la entidad empleadora que promociona los despidos es el que protagonizará la empresa pública Tragsa, y eso que en principio el caso debía resultar mucho más fácil a poco que se partiera de su carácter formal y nominal como sociedad mercantil estatal. Y ello fundamentalmente por dos razones, primero, porque de nuevo aparecerá entremezclado en el objeto de la litis el argumento grupal, al existir tanto sociedades filiales de ésta como y sobre todo transversales y superiores de las cuales depende; segundo, porque el caso de esta mercantil es tan peculiar que dispone hasta de un régimen jurídico propio en el TRLCSP (Disposición adicional 25^a), un régimen por el que se declara su condición de ente instrumental y propio de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, teniendo en todo caso la consideración de poder adjudicador a los efectos previstos en el artículo 3.3 de la misma ley.

Desde la primera perspectiva, su condición grupal, lo que significa ampliación de la obligación documental e informativa conforme a lo establecido en el art. 4.5 RD 1483/2012, aunque no del ámbito al que ha de quedar referida la existencia de la causa justificativa -salvo que sea una manifestación de las calificadas como patológicas-, equívoco que se suele cometer con frecuencia en estos casos, llamará la atención por dos cuestiones. Una, porque se intentará traer a juicio hasta la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), titular de las acciones de la mercantil aunque no última propietaria, en tanto que ésta y aquélla pertenecen a su vez al Ministerio del ramo y, por tanto, al patrimonio de la propia AGE. Pero sobre todo, y dos, porque tendrá que aclararse su relación con Tragsatec, una sociedad transversal-filial del mismo grupo, a la que Tragsa le factura de forma habitual la prestación de los servicios de dirección técnica y de carácter administrativo que le proporciona, en cuanto que no tiene, parece ser, estructura propia para tal fin.

Lo más curioso de todo este conjunto de circunstancias, más allá del análisis contable un tanto extraño que hará la Sala de lo Social de la AN sobre las normas aplicables en materia de precio razonable y/o de mercado a efectos de valorar la correcta cuantificación de esos servicios que le facilita una mercantil a la otra – sobre todo por el carácter revisor universal e intemporal con el que se muestra-, es el reconocimiento palmario de la ausencia de infraestructuras propias de empresa que se hará respecto de esta segunda mercantil, sin ello vaya a provocar sin embargo mayores consecuencias en el caso. Probablemente por la condición íntegra y exclusivamente pública que tiene el grupo y la falta de trascendencia que ello suele suponer desde la perspectiva de los intentos de elusión de responsabilidades en caso de condena, aunque evidentemente nada se diga sobre esto, pues se añadirá también con carácter de hecho probado que el trasvase y la confusión de plantillas y de personal fue nota común desde la práctica puesta en marcha del grupo.

Algo que contrasta y mucho con la reacción que mostró esta misma Sala en el caso del grupo encabezado por «Bureau Veritas» y en el que también se enfrentaba a una estructura grupal caracterizada por el desplazamiento de todo el cuerpo directivo de una sociedad hacia otra distinta, que facturaba por ello a las filiales a las que aconsejaba y ordenaba. Supuesto en el que se hablará incluso de “jibarización” y que fue duramente sancionado pese a que se descartó que ninguna de las empresas partícipes fuesen una mera apariencia o pantalla de empleadora y de que incluso era más que posible que existiese causa económica justificativa para los despidos que se realizaron, por la sencilla razón de que es inconcebible una empresa sin estructura directiva alguna, de ahí que el verdadero y único empresario haya de ser el conjunto o comunidad que forman jerárquicamente todas las que sean necesarias para su identificación como tal. Realidad a la que debe quedar referida por tanto el ámbito de los despidos en todos los sentidos y consecuencias (informativas, documental, procedimental y causal)³⁴.

Volviendo al caso Tragsa, y pese a que en este supuesto caso no hubo una autodeclaración de inicio sobre existencia alguna de carácter grupal, menos aún en el sentido de laboral o patológico, de hecho se tramitará un proceso de consultas distinto para cada empresa, se salvará expresamente la posibilidad de declarar la nulidad del procedimiento por ese exclusivo motivo –lo que es, hay que insistir, norma general en todos los demás casos-, toda vez que se entenderá que ni se ocultó información, sino todo lo contrario a través de las memorias, ni se requirió nada adicional por parte de los representantes de los trabajadores que no les fuera facilitado; lo mismo que tampoco tuvo incidencia alguna en la composición de la mesa de negociación, como pone también de manifiesto la falta de queja o crítica alguna por parte de éstos en la fase de consultas. Lo que se considerará determinante para que no pueda plantearse en el procedimiento judicial de impugnación, al considerarse una cuestión “sobreenvenida”.

Desde la segunda perspectiva, la correcta calificación de Tragsa desde la perspectiva de si es o no asimilable al concepto de Administración pública *ex art.* 3.2 TRLCSP, a efectos de determinar cuál había de ser el procedimiento a seguir, si el específico de los entes administrativos, si el del resto de los componentes del sector público –que fue el seguido por la empresa-, la SAN hará un excursus extraordinario en largos fundamentos jurídicos que sobrepasan la decena de páginas. Argumentación en la que analizará toda clase de normas y de jurisprudencia, desde la comunitaria (con referencias al derecho originario y derivado), hasta la del orden contencioso-administrativo, pasando por la legislación general presupuestaria y la

³⁴ SAN 20.1.2014, confirmada por la STS de 21 de mayo de 2015 (Rec. 257/2014). En ellas se dirá, una vez acreditado que la empresa, promotora del despido, no tenía dirección desde 2011, ejerciéndose por trabajadores de la otra empresa, que: “la externalización de las tareas de dirección de una empresa constituyen una práctica artificiosa, fraudulenta y abusiva del uso de la personalidad jurídica de las empresas, por lo que se declara la nulidad del despido y se condena solidariamente a las tres empresas, porque el período de consultas se negoció con la empresa aparente y no con la empresa real”.

significación del necesario encuadre que ha de hacerse de todos estos procesos desde la perspectiva de los nuevos mandatos sobre estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera. Toda vez que, respecto de este último extremo, las memorias presentadas a efectos justificativos no contenían mención alguna a esta cuestión.

Tras exponer los resultados contradictorios a los que se llega según se siga un criterio formalista o material, en cuanto a la verdadera naturaleza que ha de predicarse de un ente instrumental de la Administración pública que no actúa en régimen de verdadero mercado, y tras desechar la sanción de nulidad por las omisiones informativas detectadas, la sentencia se decantará por aceptar la necesidad de aplicar el TRLCSP tal y como ordena la DA 20ª ET, no sin dejar de exponer las pertinentes críticas a su técnica legislativa e incluso de dejar de observar que otro resultado tendría que producirse si el tipo de servicios públicos hubiese sido distinto (vgr., sanidad o educación), por mucho que también se hubiese elegido una fórmula societaria para su implementación a favor de los ciudadanos³⁵. Observación última que no se termina de entender pues no parece que el tipo de actividad económica o el sector en el que se incardine sea determinante de la aplicación de una normativa u otra a estos efectos.

Lo que no hace sino confirmar la afirmado con anterioridad acerca de que el verdadero problema se ha de situar en la «huida del Derecho Administrativo» que viene efectuando nuestro sistema público desde hace décadas, y en el verdadero galimatías en el que se ha convertido el conjunto de organismos, entidades y entes que pueden encontrarse a cualquier nivel, sea el estatal, el autonómico, el local y/o provincial, pues en definitiva es en torno a los grandes ámbitos territoriales de cada Administración sobre los que aglutina la totalidad del conjunto.

Excedida con creces la virtualidad de este epígrafe no pueden dejar de apuntarse aunque sea muy brevemente la realidad protagonizada también por las entidades financieras que fueron objeto de rescate a través del FROB, por cuanto que no hay mayores dudas acerca de su carácter de entidades netamente públicas, al menos, hasta que se concluyan plenamente los procesos puestos ya en marcha para su reprivatización. En ese sentido destacan los casos de Nova Caixa Galicia³⁶, Caixa Catalunya y Bankia, todos cerrados con acuerdo –bastante beneficiosos por

³⁵ Anótese en todo caso que este proceso culminó con la declaración de nulidad de los 720 despidos practicados, de un total de 836 propuestos al inicio, con base en las siguientes razones: 1) falta de puesta a disposición de cierta documentación contable de la empresa; 2) extemporaneidad e imprecisión de los criterios de selección de los trabajadores afectados; y 3) falta de actualización de la causa organizativa expuesta en la memoria justificativa –que preveía la reducción del número de Delegaciones a nivel estatal, que pasaban de 17, una por CCAA, a solo 5 nuevas unidades, lo que provocaba sobre todo sobredimensionamiento del número de técnicos-, toda vez que fue modificada como consecuencia de la propia negociación desarrollada.

³⁶ STS 18 de julio de 2014 (Rec. 288/2013).

cierto desde el punto de vista de las condiciones reconocidas a los trabajadores³⁷, máxime si se comparan sus términos con los de cualquier otra experiencia del sector público, incluidas las de AENA y RTV de la Comunidad Valenciana³⁸-, aunque no en todos ellos se presenten características idénticas. De hecho, y en la última de las entidades financieras citadas se ha de tener en cuenta que no hubo ni si quiera impugnación judicial colectiva, lo que no quita para que se hayan presentado también ante los Tribunales algunas cuestiones del mayor interés³⁹.

Por lo que hace a las revisiones de los primeros supuestos⁴⁰, de nuevo el carácter paccionado de los EREs y el hecho de que los sujetos impugnantes fuesen sindicatos minoritarios, aunque sea un elemento que evidentemente no se mencione como fundamento decisivo en ninguna resolución, parece que tuvo su particular incidencia. Pero lo que destacará sobre todo de este caso es el hecho negativo de la falta de discusión acerca del ámbito y el procedimiento a seguir, *ex art.* 3.1 vs. 3.2

³⁷ En el despido de NCG, y para el caso de adscripción voluntaria, el acuerdo comprendía los siguientes términos: los mayores de 54 años y 20 de antigüedad percibirán el 80% de la retribución fija neta hasta alcanzar los 63 años de edad y con límite de siete. El resto de trabajadores percibirán una indemnización de 30 días de salario por año de servicio con el límite de 22 mensualidades, más una prima de acogimiento según escala en función de la antigüedad. En el caso de adscripción forzosa la indemnización se reduce a 25 días por año con tope de 16 mensualidades, pero si en el plazo de 18 meses el trabajador despedido no hubiera recibido una oferta de empleo con el 60% del salario anterior, genera el derecho a una cantidad complementaria de hasta 30 días por año de servicio, más 2.000 euros por cada 3 años.

³⁸ Despido colectivo que se resolvió también con una declaración de nulidad de los más de 1.000 trabajadores afectados en el único pronunciamiento judicial que se produjo al no ser recurrido (STSJ Comunidad Valenciana, núm. 2338/2013, de 4 de noviembre, Proc. 17/2012). Y es que con posterioridad a dicho fallo se decidirá por ley autonómica el cierre y disolución de la sociedad gestora del servicio, lo que abrirá un nuevo proceso negociador en el que finalmente se alcanzará un acuerdo. De sus términos ha trascendido que el coste global, incluidos salarios de tramitación, alcanza los 86 millones de euros, y de su detalle, que la indemnización se ha calculado a razón de 35 días de salario por año de antigüedad, con un lineal adicional de entre 5 y 8.000€. El asunto no parece que pueda darse sin embargo como definitivamente cerrado, toda vez que se ha presentado recurso de inconstitucionalidad por el grupo socialista en el Congreso contra dicha Ley.

³⁹ De todas ellas cabe destacar como mínimo tres. La primera, la que ha servido para que se implante la doctrina acerca de la validez de la remisión en la carta de despido a la documentación obrante en el procedimiento colectivo, salvo aquellos aspectos que requieran de la necesaria individualización. De hecho, y este sería el segundo tema a destacar, el procedimiento seguido en este caso ha servido también para poner de manifiesto la necesidad de que el trabajador conozca la valoración que han merecido sus méritos cuando aún esté abierto el periodo de adscripción voluntaria –dada la sensible variación que en ese caso tiene la indemnización–, pues qué duda cabe que ello influye y mucho a la hora de tomar ese tipo de decisión. Por último, y en tercer lugar, se ha planteado también el problema de ciertas consecuencias indirectas, como el hecho de que la extinción contractual provocaba de forma poco menos que automática la resolución anticipada de los créditos con garantía hipotecaria que el trabajador pudiera tener suscrito con la empresa. A estos efectos el acuerdo alcanzado a nivel colectivo preveía un cambio en las condiciones del tipo de interés, pero lo que realmente se habría de plantear es si esa materia es realmente disponible en el plano colectivo; y, sobre todo, si el despido objetivo es o no a estos efectos un acto voluntario y unilateral del prestamista-acreedor hipotecario, que tiene por ello a su exclusiva disposición un elemento discrecional que condiciona la validez del propio negocio jurídico causal, toda vez que incide sobre su plazo de duración o vencimiento.

⁴⁰ El caso «Caixa Cataluña Banc» ha sido realmente resuelto en instancia por una sentencia de las denominadas meramente procesales, al estimarse la excepción de falta de legitimación activa de la asociación impugnante por falta de acreditación de su implantación en el ámbito del conflicto [SAN 10.2.2014 (Pr. 451/2013)]. El periodo de consultas se había resuelto, en todo caso, con otro acuerdo entre las partes de los que son propios en este sector de actividades financieras.

TRLCSP, tal y como había sucedido en los otros casos analizados, así como la total ausencia de mención al Reglamento comunitario 2223/96 que sirvió para excluir a las sociedades no financieras del concepto estricto de Administración pública. Y eso que en el debate procesal no faltarán menciones al problema de la localización del verdadero centro decisorio en el que se forjó la decisión de acometer estas reestructuraciones (acuerdo entre el Gobierno y las Autoridades Comunitarias); o a la necesidad de evaluar la existencia de la causa una vez se había procedido ya a realizar el saneamiento financiero de estas entidades. Argumentos que decaerán sin embargo con la unanimidad de los votos de los miembros de la Sala, lo que es de por sí otro dato a reseñar.

3.2. Los sujetos

3.2.1. La irrupción y renovación del concepto de «grupo de empresas»

Como se habrá podido inducir por algunas de las reflexiones anticipadas e incluso por ciertos datos de los casos expuestos, y dejando de momento al margen la cuestión de la representación de los trabajadores, es el resurgir y los problemas que genera el concepto de grupo de empresas el que mayor protagonismo va a alcanzar en el campo estricto de los sujetos durante estos últimos años, por cuanto que va a permitir el afloramiento de toda una línea de defensa y de tutela de los trabajadores de lo más eficaz –causa de nulidad de los despidos-, así como algo sorpresiva, en tanto que insospechada al tiempo de instaurarse esta reforma.

En ese sentido hay que destacar que ha sido la tradicional amplitud del objeto de la modalidad especial de despidos, extendida sin mayores reservas y pese a su diversa funcionalidad al nuevo proceso colectivo del art. 124 LRJS, la que va a favorecer que se pueda cuestionar en todos estos casos de reestructuración del empleo hasta la legitimidad formal de los contratos y las relaciones laborales individuales, en el sentido de que se podrá indagar lo que resulte necesario en aras a detectar e identificar quién ha de ser la persona, la comunidad o el ente que debe ser considerado como el verdadero empresario. Incluso, aunque no existan en principio problemas de solvencia económica o de estricta necesidad, en el sentido de extender el ámbito subjetivo de la condena para que ésta resulte efectiva. Una indagación que, no obstante, sí cabe encuadrar en la previsión del art. 103 LRJS, más que en la derivada de la existencia de posibles relaciones triangulares al amparo de lo previsto en el art. 43 ET.

Ello va a hacer que estos procesos judiciales de impugnación se conviertan en ocasiones en verdaderos juicios revisores del actuar de una empresa a modo de auténticas auditorías de legalidad, sin mayores límites materiales ni temporales, lo cual no deja de ser todo un reto para un orden jurisdiccional en el que priman los principios de inmediatez, oralidad y celeridad, además del de especialidad que

le es consustancial. Y ello pese a que no haya más prejudicialidad estrictamente impositiva que la penal, como bien se sabe (art. 86 LRJS), pues los necesarios datos de apoyo van a proceder de calificaciones jurídicas más propias de la legislación fiscal o mercantil que de la laboral. Pero más aún para las propias empresas investigadas, en tanto que la resulta final se va a extraer a veces de la suma de una serie de datos puntuales e indiciarios.

Y es que la mera falta de presencia del empresario real en la necesaria mesa de negociación que se ha de constituir para llevar a cabo estos despidos, no tanto a efectos de información o documentación, ni siquiera de extensión del ámbito material de la causa motivadora, aunque todo ello sea siempre relevante, va a provocar *per sé* la declaración de nulidad de todo lo actuado. Y eso que el art. 4.5 del RD 1483/2012 -*ex* Ley 1/2014, de 28 de febrero- fue también objeto de reforma expresa a fin de concretar precisamente la extensión de dichas obligaciones iniciales en el caso de que la promoción de los despidos se realizase por entidades que conformaran un grupo de empresas. Reglas que, en lo esencial, limitarán esos deberes informativos a aquellas manifestaciones internas o de nivel nacional del grupo y que difieren según se trate de una causa económica o técnica, organizativa y de producción.

Lo que se ha extraer en todo caso de esta última norma es que por el simple hecho de la existencia de un grupo de empresas mercantil, que puede presentar cuentas consolidadas y auditadas, no se convierte a éste, y por ello mismo, en el ámbito material de referencia. Lo que supone tener que obviar la antigua jurisprudencia del orden contencioso-administrativo que sí admitió la posibilidad de dicha promoción conjunta y por tanto la extensión del ámbito objetivo y causal en los antiguos EREs⁴¹. Otra cosa resultará si dicho grupo se califica como un fenómeno patológico o de trascendencia laboral, pues en ese caso habrá de considerarse que el empleador o empresario es la comunidad de bienes que conforma la suma de los distintos patrimonios que aparecen como formalmente separados, en tanto que verdadera receptora y beneficiaria de las prestaciones de servicios de los trabajadores que finalmente se le adscriban.

La clave para alcanzar esta solución final de nulidad se situará en cualquier caso en la virtualidad que se va a predicar del periodo de consultas, al que se considera instrumento indispensable para atenuar, evitar o minorar las consecuencias sociales que provoca cualquier proceso de despido colectivo, fin que se entenderá de imposible cumplimiento si el empresario real –así como la realidad de la empresa- se encuentra ausente durante el proceso negociador. Una ausencia que puede material o solo formal, es decir, porque no se asuma tal papel desde el inicio por el grupo en su conjunto o porque éste no esté presente de hecho en la mesa de decisión, extremos ambos de indudable trascendencia en cualquier caso.

⁴¹ STS C-A de 23 de noviembre de 2011 (Rec. 5364/2009).

Lo más curioso de toda esta construcción es quizás que este tipo de incidencias están previstas de algún modo por el art. 2.4 de la Directiva 98/59/CE, al igual que en nuestro art. 51.8 ET, sin que en un principio nada hiciera prever que se le fueran a anudar tan drásticas consecuencias. Máxime si se recuerdan resoluciones del TJCE como la dictada en el asunto «AEK y otros», en el que se negará la condición de empresario, a estos específicos efectos, a la sociedad matriz de un grupo por el mero hecho de serlo, incluso, aunque haya sido ésta la que de facto haya ordenado la adopción de la medida.

Se trata además de una aproximación que operará tanto en el sector público como el privado aunque con algo más de intensidad en éste que en aquél. Aproximación que conocerá también de dos formas fundamentales de manifestarse. Una, que sería la más clásica u ortodoxa, consiste en la indagación de las posibilidades de alterar una calificación inicial de grupo mercantil en otra de trascendencia laboral, a través sobre todo de las conclusiones que se obtengan de los distintos medios probatorios que se practiquen durante el juicio. Otra, aquella que imputa directamente la condición de empresario a una entidad distinta de la formal en cuanto que se considere que aquélla es la única empleadora posible de los trabajadores⁴². Y ello, ya esté presente o no en los autos, aunque lo normal es que haya sido emplazada a efectos de posibilitar su condena y evitar una más que posible nulidad de actuaciones. En este último sentido, las siempre complejas reglas procesales sobre la conformación del litisconsorcio pasivo necesario, por insuficientes, así como por la artificiosa distinción que en ocasiones se establece entre la legitimación *ad causam* y *ad procesum* de los distintos demandados, no deja de provocar también ciertas insatisfacciones⁴³.

Desde otro punto de vista, el de si esta calificación ha de ser siempre *ex post* y heterónoma, impuesta en realidad por una autoridad externa y tras esa tarea de fiscalización y comprobación, o cabe una auto declaración previa en forma de asunción voluntaria de responsabilidades, pronto se admitirá también esta última hipótesis que lo que viene a significar de algún modo es la admisibilidad de la catarsis, es decir, de subsanación o amnistía, a efectos sobre todo de que se puedan practicar los despidos colectivos. En ese segundo caso, y de no existir oposición por parte de los propios trabajadores, lo cierto es que las tareas de indagación de la verdad material quedarán notablemente más reducidas⁴⁴, salvo que se discuta también la propia delimitación real del perímetro.

⁴² STSJ Andalucía (Sevilla) 23.5.2013 (Pr. 29 y 30/2012), primer despido colectivo –declarado nulo- de la empresa municipal Sevilla Global, S.A. En el mismo sentido la ya citada STS sobre el caso «Bureau Veritas».

⁴³ SAN 2.6.2015 (Proc. 5/2015), en contraste con la ya citada del caso Tragsa. Sobre el carácter “no necesario” del litisconsorcio si no se pide la condena solidaria STS de 18 de marzo de 2014 (Rec. 114/2013). Y, sobre todo, STS de 2 de junio de 2014 (Rec. 543/2013), en la que llega a reconocer la defectuosa constitución de la relación procesal, al no demandarse a las empresas del grupo, pero no se declara la nulidad de actuaciones por el signo absolutorio que contendrá el fallo.

⁴⁴ STS de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013).

La construcción gira en todos los casos, y como se ha dicho, sobre el concepto derivado de empleador o empresario del art. 1.2 ET, sin que tampoco sea óbice para todo ello que la empresa formal disponga de una verdadera capacidad organizativa, es decir, con infraestructuras propias y hasta un volumen de actividad productiva real y/o suficiente. De modo que no ha de operar necesariamente una suerte de cesión ilícita de trabajadores en la que un empresario se limite a suministrar mano de obra a otro, a modo de mero intermediario o de clásico empresario aparente y, menos aún, que se limite a reclutar trabajadores como decía en sus orígenes el art. 43 ET, pues bastará con que considere acreditada la confusión patrimonial, el uso abusivo del poder de dirección y/o de la personalidad jurídica para poder alcanzar tal resultado⁴⁵. Y, por supuesto, todo ello será compatible además con la tradicional teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, con la que se consigue extender también la condición de empresario y el correspondiente régimen de responsabilidades solidarias a las personas físicas que pretendan permanecer ocultas tras la primera. Fundamentalmente aplicable respecto de socios y administradores sociales, realidad ésta que no dejará de protagonizar también un buen número de litigios⁴⁶.

Siendo consciente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la relevancia que comenzaba a adquirir esta cuestión, pronto intentará reordenar esta materia⁴⁷. Sobre todo tras conocerse los primeros casos en los que es el propio grupo el que promueve el proceso con esa especie de auto declaración previa e inculpatoria, a efectos de evitar el consiguiente pronunciamiento de nulidad de los despidos⁴⁸. Y es que en caso contrario todo queda al albur de lo que suceda en un hipotético juicio por impugnación y en función además de cómo se planteen las pretensiones. Una solución aquélla, por cierto, la de admitir estas confesiones empresariales previas, que se matizará algo después si con ello se pretende la obtención de un beneficio adicional o desproporcionado, lo que terminará causando lo que se ha venido a calificar como todo un supuesto de perplejidad, al impedirse la posibilidad de que el grupo “debuté” como tal con ocasión de un proceso de despido colectivo⁴⁹.

⁴⁵ Serrano Olivares, R., “Grupos de empresa a efectos laborales y «cash pooling»”, IUSLabor núm. 1/2014.

⁴⁶ Un caso en el que la condena se extenderá a todos ellos, en la STS de 29 de enero de 2014 (Rec. 121/2013).

⁴⁷ GoerlichPeset, J. M^a, “ Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”,

Revista de información laboral, núm. 5/2014, págs. 17-49, que destaca cómo el TS, solo en el año 2013, hubo de pronunciarse sobre esta cuestión en cinco ocasiones, y otras tantas en los primeros tres meses de 2014, cuando en los diez años anteriores apenas lo había hecho en tres ocasiones. Tb., García-Perrote Escartín, I., “Grupo de empresas y Derecho del Trabajo: el abandono del criterio de la dirección unitaria como elemento adicional determinante de la responsabilidad solidaria”, Actualidad Laboral, núm. 7-8/2014; y Esteve Segarra, A., “El marco de referencia en los procedimientos de consultas en los grupos de sociedades: la necesidad de una reinterpretación. Comentario a la SAN en el despido colectivo de COCA COLA IBERIAN PARTNERS”, Aranzadi Doctrinal (BIB 2014/2873).

⁴⁸ SS AN 26.7.2012 (Proc. 124/2012) y 28.9.2012 (Proc. 252/2012).

⁴⁹ Giro que García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R., “La iniciación del procedimiento de despido colectivo por los grupos patológicos: algunos extraños efectos”, Aranzadi Doctrinal (BIB 2015/226), sitúan en la SAN 12.6.2014 (Pr. 81 y 86/2014), y a la que puede añadirse también la de la misma Sala de

Por su parte, hay que insistir, si el grupo no tiene esa trascendencia laboral y es exclusivamente mercantil o fisiológico, la opción de la presentación conjunta del expediente se le seguirá también denegando de forma expresa⁵⁰.

En ese sentido, la primera aproximación que se realizará por esta nueva jurisprudencia social tendrá una clara intención restrictiva, con el objeto declarado de aunar y hacer homogéneas las construcciones existentes en el orden laboral con las de otras parcelas del ordenamiento jurídico, en particular con las procedentes de la doctrina mercantilista que es la que más y mejor ha venido trabajando este concepto⁵¹. Se trata de pronunciamientos en los que se partirá de la idea de que elementos como la unidad económica y la unidad de dirección, incluso la imagen de grupo (apariciencia externa de unidad), son consustanciales a esta forma legítima de organización y estructuración empresarial, por lo que no pueden servir como criterios de valoración perjudicial o para una evaluación negativa de su fisonomía⁵². Fuera de ese cuadro seguirá quedando no obstante toda manifestación que se considere abusiva y/o fraudulenta.

El problema principal que se generará con esta reformulación conceptual, cuyo acomodo ha de producirse en cada caso concreto y según sus circunstancias, será el de si significa que solo procede extender la condición de empresario y las consiguientes responsabilidades en los casos extremos de abuso y/o de fraude o simplemente cuando se detecte un uso “promiscuo” de la personalidad jurídica; mejor, de las normas sobre limitación de la responsabilidad patrimonial, pues a la postre son éstas las que dejan de aplicarse.

En este último sentido el elenco de asuntos que podrían citarse es sin duda amplísimo, todos ellos apegados como no puede ser de otra manera a las singulares características de cada supuesto, y en los que los elementos clave se situarán siempre en determinados hechos probados o en consideraciones valorativas sobre los mismos. Dejando al margen los casos más incontestables, pero por el

15.10.2014 (grupo Freiremar). De este último autor, Mercader Uguina, J. R., “El desconcertante mundo de los grupos «laborales» de empresas y sus nuevas formulaciones jurisprudenciales”, en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 483-498, disponible en <http://hdl.handle.net/10016/21023>

⁵⁰ STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) y SAN 25.2.2013 (AS 2013\177).

⁵¹ Doctrina de la que son exponentes, por la reiterada cita que hace la Sala de las mismas con ese carácter, las SS TS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012) y 19 de diciembre de 2013 (Rec. 37/2013), en las que se resumirá la nueva posición del siguiente modo: “la enumeración de los elementos adicionales que determinan la responsabilidad de las diversas empresas del grupo bien pudiera ser la que sigue: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo –simultánea o sucesivamente– en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa «aparente»; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores”.

⁵² STS de 28 de enero de 2014 (Rec. 16/2013), en la que se revocará un anterior pronunciamiento de instancia, basado principalmente en el dato de la existencia de un préstamo participativo entre empresas del mismo grupo.

carácter ilustrativo del grado de inseguridad jurídica que aún conlleva todo este nuevo intento de sistematización, quizá quepa destacar de entre todos el de la STS de 19 de febrero de 2014 (Rec. 60/2013), en la que se llegará a afirmar que, –si bien, ciertamente, como argumento *obiter dicta*- “si algún aspecto de las notas jurisprudenciales de dicha patología puede entenderse insuficiente para entenderla presente en este caso, es la suma de todos ellos y la apreciación del fraude referido lo que puede llevar a otra conclusión”.

A modo de colofón, pues es indudable que solo esta materia requeriría de una ponencia monográfica, cabe destacar de forma sintética y por lo que ahora más nos interesa -que son los procesos en el ámbito del sector público-, hasta tres supuestos o escenarios principales.

En primer lugar se encuentra la hipótesis de que la iniciativa se adopte por algún tipo de conglomerado organizativo de ámbito local, autonómico o estatal, obviaremos ahora la condición específica de grupo mercantil o de sociedades, toda vez que no siempre tendrán que estar presentes estas formas jurídicas de derecho privado, incluso la propia noción de organización empresarial, pues no toda entidad jurídico-pública merece evidentemente tal calificación salvo como empleadora, y que sin reconocimiento alguno de elementos patológicos pretenda tramitar un expediente colectivo de manera conjunta (total o parcial como se decía), porque lo entienda, por ejemplo, como la opción más favorable y garantista para los propios trabajadores. Se trata de una opción que será rechazada desde el inicio por la misma autoridad laboral, a requerimientos de la Inspección de Trabajo –pese a las escasas competencias que les quedan a ambas⁵³-, en atención al argumento básico de que las normas de procedimiento aplicables no contemplan literalmente esa posibilidad. Y ello a pesar de que dichas normas son sobre todo de índole reglamentaria e incluso de la recepción explícita que se ha hecho por el ET y otras normas de desarrollo de esta figura del grupo de empresas, en materia por ejemplo de nuevos ámbitos funcionales para la negociación de convenios colectivos estatutarios (art.87.1), en las que no se distingue por cierto sobre su consideración pública o privada; a efectos de determinación de la exigibilidad de otras obligaciones complementarias, como la relativa al Plan de Recolocación externa, al tener que computarse en ese caso a todos los trabajadores del grupo (art. 9.5 RD 1483/2012); así como en materia aportaciones económicas al Tesoro Público previstas en el art. 51.11 ET.

Entre los problemas o consecuencias directas que un rechazo de este tipo genera se encuentra, como resultado de la consiguiente parcelación por entidades -lo que supone que no se superen en todos o en algún caso los umbrales del art. 51.1 ET-, la más que posible inviabilidad del convenio especial de seguridad social

⁵³Negativa que desde un punto de vista práctico, más que estrictamente jurídico, sí tiene una gran trascendencia, como por ejemplo a la hora de asignar un código de expediente y el correspondiente traslado de la notificación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, en aras a agilizar los trámites para su abono.

específicamente previsto en estos casos para mayores de 55 años⁵⁴, o la referida aportación necesaria por razón de despidos de trabajadores de más de 50 años, para lo que también ha de computarse a los trabajadores empleados por el grupo [art. 2.1,a) RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años].

En este caso es cierto el argumento de que las normas aplicables no contemplan tal posibilidad, normas que son además algunas más de las que en un principio cabe pensar pues no deben incluirse solo las específicas para el conjunto de las empresas del sector privado, aplicables a las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración en sentido estricto o asimilado, sino también las especiales para éstas (arts. 34 y ss RD 1483/2012). Toda vez que como ya se ha subrayado los ámbitos de referencia en estos procesos de reestructuración en las AAPP se encuentran igualmente predeterminados por el desarrollo reglamentario; y con carácter, al menos aparente, de norma indisponible o de orden público, muy especialmente en el caso de las entidades locales que es donde más proclive resulta la existencia de supuestos de este tipo. Lo que obliga en definitiva, de querer dar un tratamiento unitario a todo el proceso, a una negociación y tramitación plural, en tanto que formalmente separada aunque paralela e incluso idéntica en cada una de las entidades y empresas del sector implicado (local, autonómico y/o estatal), sin que nada impida que de hecho o materialmente sea conjunta, lo que permitirá dar un tratamiento con presupuestos y soluciones idénticas para todo el conjunto. Esto es, toda una vuelta para llegar al mismo sitio.

El segundo supuesto sería el del grupo de empresas y/o de administraciones públicas que se autocalifica como tal a efectos laborales a fin de evitar la más que presumible declaración de nulidad por ausencia en el proceso del empresario real. Supuesto que en realidad solo debiera ser imaginable respecto de auténticas

⁵⁴ Problema distinto, aunque igual de vinculado a este de los trabajadores de mayor edad, es el concerniente a si una Administración pública debe considerarse siempre “empresa no incurso en procedimiento concursal”, que es el supuesto al que se refiere literalmente el art. 51.9 ET para imponer la obligación de abono de las cuotas de los convenios especiales para mayores de 55 años, incluso si está sometida, por ejemplo, a un Plan de Ajuste de los previstos en los RR DD-II 4 y 7/2012 para las entidades locales. Y es que ha de tenerse en cuenta que en virtud de lo establecido por el art. 1.3 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *no podrán ser declaradas en concurso la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público*. De hecho, y en respuesta a una consulta específica elevada sobre este particular a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que es el órgano competente para la emisión de informes y dictámenes jurídicos tendentes a interpretar y elaborar normas del sistema, establecerá que el condicionante anterior no es óbice para defender la validez de la obligación de suscripción de estos convenios especiales, en atención, sobre todo, a lo dispuesto por las normas propias e internas (artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003 de 13 de octubre y disp.. adic. 31ª LGSS, que cuenta con nueva redacción tras la Ley 13/2012, de 26 de diciembre), a las que se han de considerar de aplicación preferente con independencia de su rango o modernidad, fundamentalmente por razón del aforismo *ubilex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Tampoco aclara nada sobre el particular el nuevo Criterio Técnico 91/2012 de la Dirección General de la ITSS, que deja sin efecto el anterior (74/2009, de 12 de junio), sobre los supuestos sancionables en estos casos *ex art. 22.3 LISOS*.

empresas públicas con formas de derecho privado, pues en principio resulta inconcebible para cualquier entidad sometida a un régimen jurídico-público, no ya por el reconocimiento de los ilícitos laborales que ello supone sino por los de carácter administrativo, sobre todo, dada la directa conexión de estos con los de naturaleza penal. No obstante, y como se ha visto en el caso Telemadrid, ello se ha producido y no ha presentado de hecho mayores dificultades conceptuales⁵⁵. Hasta el punto, cabe añadir, que tanto por el Tribunal de instancia como por el casacional se ha aceptado dicha condición sin necesidad de superar grandes test de requerimientos, sea en modo de fraude o de abuso de la personalidad jurídica, más bien al contrario, pues el apoyo se ha fijado en indicios y elementos completamente lícitos y fisiológicos como el que puede representar compartir un mismo domicilio social o hasta la existencia de un convenio colectivo común o para el grupo⁵⁶.

El tercer escenario, sin duda el más estándar desde una perspectiva contenciosa, es el del expediente que se tramita por alguna de las entidades que forma parte de cualquiera de los sectores públicos territoriales sin reconocimiento alguno de patología punible, pero que jurisprudencialmente es considerado sin embargo como tal, esto es, grupo laboral o categoría asimilada a éste. Se trata de un supuesto en el que de aplicarse con un mínimo de rigor cualquiera de los criterios previstos para los grupos de sociedades o de empresas privadas, tendría sin duda alguna un carácter muy común, más aún cuanto menor sea el ámbito territorial de referencia, pues qué duda cabe que en muchos de esos supuestos la unidad económica y la unidad de dirección, que va de suyo, va a llevar a aparejada un trasvase o movilidad de la plantilla, una dependencia y una subordinación patrimonial y de caja y, por supuesto, una imagen innegable de grupo⁵⁷.

⁵⁵ Sobre todo si comparadas con las del caso Coca Cola (STS de 20 abril de 2015, Rec. 354/2014), en tanto que en ambos supuestos hubo un debut del grupo laboral con ocasión de la promoción del procedimiento de reestructuración, algo que conllevará aquí a la declaración de nulidad de los despidos –unido al dato de la calificación de la conducta empresarial como contraria al derecho de huelga–, mientras que en el de Telemadrid, como ya se ha dicho, a una declaración de no ajustados a derecho.

⁵⁶ En la Sentencia de instancia (STSJ Madrid 9.4.2013), confirmada también en este punto por la del TS, se consideró suficiente, por ejemplo, lo siguiente: “en el caso de autos existe una apariencia externa de unidad empresarial, unidad de dirección y gestión, idéntico domicilio social... a lo que se suma el que las codemandadas presentan cuentas anuales auditadas consolidadas... Suscripción al efecto de diversos contratos de financiación con entidades bancarias para la refinanciación de la deuda... cierta coincidencia en el objeto social,... un Convenio Colectivo del Ente Público y sus Sociedades...”.

⁵⁷ No en todos los supuestos se analiza en profundidad esta posibilidad pese a haber sido expresamente alegada entre los motivos del recursos. En ese sentido, STS 22 de diciembre de 2014 (Rec. 316/2013), sobre el Parador de Turismo de Fuerteventura, regido por un Patronato que es considerado Organismo Autónomo del Cabildo Insular. La clave, muy sintéticamente, se situará en la no dependencia funcional de éste, es decir, en su verdadera autonomía de funcionamiento, pese a que eran las transferencias directas de los presupuestos de la Administración pública las que habían sufragado directamente más de la mitad de los costes de explotación (en torno al 58 por ciento). Dato que se utilizará para certificar la realidad y entidad de sus pérdidas, pero que igualmente podría haber servido para denegar su consideración de sujeto que se financia “mayoritariamente” con operaciones de mercado.

Subsumibles en esta categoría se encuentran asuntos como el del caso Tragsa, así como el también citado de Sevilla Global, S.A. (primer despido). Si bien, con diferentes consecuencias finales, por cuanto que en el primer supuesto no se entendió que ello fuese causa suficiente para declarar su nulidad –sorpresivamente-, mientras que en el segundo sí.

3.2.2. *El RD-1 11/2013, de 5 de agosto y su intento de clarificar el ámbito de referencia a través de las reglas de legitimación de los representantes de los trabajadores*

Establece la exposición de motivos del RD-ley11/2013, de 5 de agosto, por el que se modifican diferentes preceptos del ET y por derivación del RD 1483/2012, en especial todos los que hacen referencia a la composición de las comisiones negociadoras representativas de los trabajadores en los diferentes periodos de consulta que con motivo de la crisis empezaron a implantarse con la reforma de 2010, y que han seguido en la posterior de 2012, tales como las previstas en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82ET, que el objetivo principal de la reforma es que este tipo de negociaciones se lleve a cabo en una sola mesa de consultas, si bien, y para el caso de que en una misma empresa sean varios los centros de trabajo pero no todos, lo es también asegurar que la representatividad de los sujetos negociadores alcance realmente a todos los trabajadores afectados.

Y es que la fórmula ideada de la comisión ad hoc, que en un principio estaba pensada sobre todo para las microempresas que carecen casi por definición de modelo alguno de representación a nivel propio o inferior, pronto comenzará a presentar lagunas y deficiencias en aquellas entidades que combinan centros medianos y grandes con otros pequeños, hasta el punto de poner en peligro la funcionalidad del nuevo modelo implantado para el tratamiento de las situaciones de crisis a nivel empresarial, basado fundamentalmente en la celeridad y el intento real de negociación, con preeminencia incluida de la representación sindical sobre la unitaria.

De hecho, es en ese marco y en el (erróneo)⁵⁸entendimiento de que la legislación comunitaria tiene como eje principal de referencia el centro de trabajo

⁵⁸ Cerrado ya este trabajo se ha publicado la STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto «Rabal Cañas» (C-392/13), en la que se señala la divergencia existente entre la normativa española y la Directiva 98/59/CE en un caso muy concreto por razón de las combinaciones posibles del número de trabajadores afectados en un centro de trabajo y la implementación de los umbrales en el ámbito de la empresa, que es la unidad de referencia establecida como se sabe por nuestra legislación nacional, en cuanto que impide a los trabajadores gozar de la garantía de información y de consultas que impone la norma comunitaria. El Tribunal, no obstante, resalta el carácter más beneficioso que con carácter general tiene la normativa española sin perjuicio de esa hipótesis; y recalca, sobre todo, que el concepto de centro de trabajo de la Directiva, aún no definido por ésta, es una categoría jurídica de Derecho Europeo a integrar en función de que se trate de una entidad diferenciada en el marco de una empresa, y no una remisión o delegación a lo que puedan establecer las legislaciones de los Estados Miembro.

más que la empresa en su conjunto, cuando se pondrán de manifiesto los principales problemas relativos al ámbito material que han de tener todos estos procesos de reestructuración, al aparecer supuestos en los que previa parcelación de los expedientes, a veces con carácter artificioso, surgían soluciones tan contradictorias como las que representan que ante un mismo escenario causal y dentro de la misma empresa se dieran tratamientos distintos para cada una de sus sedes, normalmente manifestadas a través de la existencia de acuerdos explícitos en un caso y de claros desacuerdos en otros. Nótese a estos efectos que en los casos de flexibilidad interna la consecución de un consenso entre las partes conlleva una presunción de veracidad sobre la suficiencia de la causa, lo que a efectos de posteriores contenciosos judiciales no dejaba de resultar también un problema añadido (arts. 41.4 *in fine*, 47.2 y 82.3 ET). Frente a estas prácticas reaccionarán también los Tribunales imponiendo la unidad de criterio y de procedimiento, bajo sanción de nulidad, al menos en los casos en los que la causa motivadora de fondo sea la misma, máxime si de carácter económico; es decir, salvo en las de tipo técnico, organizativo y de producción, cuya posible radicación local a nivel de centro de trabajo sí es de suyo mucho más factible.

Se entremezclaban así cuestiones de determinación y de representatividad suficiente de los sujetos negociadores por parte de los trabajadores, sobre todo ante la ausencia de representantes sindicales directos, con el ámbito material que ha de tener cada tipo de conflicto; y, por ende, con el del proceso negociador que ha de instarse para intentar alcanzar una solución pactada. Lo que supone, como podrá fácilmente comprenderse, toda una multiplicidad de hipótesis y supuestos conflictivos.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, lo que supone dejar a un lado ahora la pacífica aceptación del diferente tratamiento que merece la causa económica respecto de las restantes, el detalle concreto del nuevo régimen jurídico instaurado -aunque no deja de seguir resultando bastante complejo en ocasiones por las difíciles operaciones de cálculo aritmético que conlleva (en unos casos los representantes se miden por el número de trabajadores afectados mientras que en otros por el resultado electoral que acreditan, en términos de porcentaje pero no de votos, magnitudes que no son homogéneas)-; y, por supuesto, todos los procesos que no son técnicamente de extinción en el ámbito del sector público, dos cuestiones principales son las que se van a querer destacar ahora⁵⁹. La primera es producto de un caso concreto que concluirá con una declaración judicial de nulidad; la segunda una derivación algo más genérica aunque como consecuencia también de la doctrina judicial que se ha ido implantando ante la multiplicidad de pequeñas faltas o irregularidades que pueden detectarse en las conformaciones de la comisión negociadora, sobre todo, por parte de los representantes de los trabajadores.

⁵⁹ Un estudio exhaustivo sobre este nuevo régimen jurídico en Garrido Pérez, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada”, *Temas Laborales* núm. 120/2013, pp. 389-438.

En ese sentido, la primera cuestión sería la que plantea el caso protagonizado por la empresa pública autonómica «Gestión Ambiental de Castilla-La Mancha»⁶⁰, dedicada sobre todo a las tareas de prevención y extinción de incendios y caracterizado en esencia porque se elaboró un plan social completo de remodelación que incluía desde novaciones contractuales de personal temporal encaminadas a su transformación en empleo estable, hasta recolocaciones y, sobre todo, “a la necesidad de que se produjeran hasta 75 bajas directas” del denominado personal de estructura, que será el tema sobre el que se centrará realmente el objeto litigioso. Por lo que ahora interesa, el caso, que también fue declarado nulo en la instancia, lo que plantea en realidad es el enésimo problema de una las modalidades de representación unitaria que debería ser la más funcional de todas, la del comité intercentros, entre otras razones por causa de las limitaciones que se le imponen a este órgano desde el propio ET en tanto que su constitución y su cartera de competencias quedan referidas, como se sabe, a lo que establezca el convenio colectivo.

En este asunto, no obstante, la intervención de dicho órgano no planteaba en principio mayor dificultad pues se cumplían ambos requisitos, complicándose una vez que se decide la segregación o separación de cada una de las grandes áreas de actividad de la empresa, la del personal de estructura y la del personal de prevención y extinción de incendios, en tanto que del primer colectivo solo había 2 de los 11 representantes en el comité, lo que llevará, junto al hecho de que se trate de un órgano de segundo nivel –compuesto por quienes ya son representantes o designados por estos-, a que determinados trabajadores adscritos a centros que carecían de candidatos electos se considerasen desafectados o no suficientemente representados por aquéllos. Y ése será precisamente el problema, pues se considerará preferente la normativa específica de este tipo de comisiones negociadoras y un vicio de la suficiente gravedad el que las consultas no se efectuasen con los representantes preestablecidos por la ley, evidentemente, respecto de los trabajadores que finalmente fueron despedidos.

La sentencia, que por otra parte desestima cuestiones formales que considerará menores –alargamiento del periodo de consultas y retraso de un día en el traslado de los criterios de selección-, se aferrará al necesario cumplimiento del principio de correspondencia en su significación más estricta, de coincidencia contrastada entre el mandato de los representantes y la voluntad explícita de los representados, para alcanzar la más grave de las calificaciones posibles, lo que no deja de resultar algo sorprendente.

Y esto último se dice, y ello nos permite enlazar con la segunda cuestión anunciada, porque en este campo de la válida constitución de la comisión negociadora, tanto antes como después de la reforma del RD-l 11/2013, son

⁶⁰ STS de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 87/2013).

variopintas las situaciones que se presentan, apareciendo en no pocas ocasiones más representantes de los que debieran, menos de los necesarios, mezclas de unitarios con sindicales, así como con nominados, independientes y hasta cesados. Extremos que no son siempre objeto de específica impugnación pero que incluso cuando así se hace se resolverán por lo general conforme a una regla que en un principio también se cumplía en el anterior supuesto. Regla en cuya virtud, si no hay injerencia empresarial y son los trabajadores o sus representantes los que aceptan o imponen ese formato de negociación, con requerimiento previo o no de la posible irregularidad por parte empresarial (o de la Inspección), el procedimiento podrá estar viciado en la conformación del consentimiento y la voluntad de ese concreto banco, pero no la decisión empresarial de despedir en sí, que en definitiva es la que se juzga⁶¹.

3.2.3. Corporaciones mixtas: los sujetos olvidados

Una nota breve ha de introducirse antes de cerrar este apartado dedicado a los sujetos al objeto de llamar la atención sobre lo que sigue siendo en la lógica más general de nuestro sistema jurídico de relaciones laborales uno de sus grandes olvidos, el que representan determinados tipos de empleadores caracterizados por la ausencia de ánimo de lucro pero que no son necesariamente perceptores de subvenciones presupuestarias finalistas, que son los únicos que parece han merecido la atención del legislador. Dentro de esta categoría se encuentran un sinfín de fórmulas organizativas que van desde las comunidades de bienes, hasta las asociaciones culturales y clubes sociales, pero muy especialmente, por su relevancia pública e incluso constitucional, las corporaciones profesionales y demás organismos encuadrables en la categoría de sujetos representativos de intereses económico-sociales, fórmula en la que cada vez se ha de incluir un mayor número de manifestaciones, desde los consejos reguladores de denominaciones de origen, a las llamadas asociaciones público-privadas, pasando por todo tipo de federaciones deportivas que utilizan incluso símbolos y denominaciones políticas reservadas en exclusiva al poder público. Y ello pese a la remodelación decisiva que se ha acometido respecto de algunas de estas entidades en estos últimos años (vgr., cámaras agrarias, de la propiedad urbana, de industria y navegación, etc.).

Y es que la lógica interna de todo este tipo de normas anticrisis, generales o particulares de cada empresa, sigue anclada en la idea mucho más general de la competitividad, de la existencia de pérdidas o beneficios y en última instancia de la rentabilidad, lo cual no es en sí ni mucho menos criticable en cuanto que característica indiscutible de cualquier empresa o sujeto de comercio, que es el estándar por antonomasia, pero sí respecto de aquellos otros empleadores –aunque

⁶¹ Por todas, SS AN 28.3.2014 (Proc. 499/2013) y 16.5.2014 (Proc. 95/2014). Sobre el problema de la legitimación procesal activa de los miembros de la comisión ad hoc en un caso de composición híbrida, véase la resolución desestimatoria STS de 21 de abril de 2015 (Rec. 311/2014).

minoritarios- en las que la disminución de las ratios o de los recursos puede ser en principio remediada por un aumento proporcional de las cuotas de sus miembros o asociados, con lo que ello supone de obstaculización para la prueba de la necesidad y proporcionalidad de las medidas.

En este *excursus* pueden incluirse desde luego tanto las organizaciones sindicales como las asociaciones empresariales, sujetos de relevancia constitucional también incuestionable y que como es sabido han tenido que acometer igualmente y en la práctica totalidad de sus niveles procesos de esta misma naturaleza, y a las que parcialmente les afecta la nueva y ya citada Ley de Transparencia (Ley 19/2013, 9 de diciembre) por ese contagio que presupone la disposición de fondos públicos –ya con carácter finalista, ya indiferenciado-, pero son los colegios profesionales, y dentro de estos los que se caracterizan por mantener la afiliación obligatoria de sus miembros como seña de identidad, los que posiblemente hubiesen merecido un guiño adicional por parte del legislador reformista. Entre otras razones porque como consecuencia de su naturaleza anfibológica o bifronte⁶² desempeñan funciones públicas al tiempo que privadas, las primeras en favor del conjunto de los ciudadanos usuarios de este tipo de servicios profesionales, las segundas, estrictamente en defensa y promoción de sus asociados. Pero, sobre todo, porque a los primeros efectos siguen teniendo la consideración de sujetos (corporaciones) de derecho público, *ex* Ley 2/1974 de 13 de Febrero, de Colegios Profesionales, una disposición plenamente vigente, por cierto, con lo que ello significa de exacción obligatoria de las cuotas que válidamente se establezcan.

3.3. Cuestiones de procedimiento

De nuevo, y como consecuencia de la rica casuística que se ha desarrollado en estos pocos años, así como por la propia amplitud material que tiene esa esta voz, en la que pueden incluirse la práctica totalidad del contenido y los condicionantes de cada uno de los expedientes que –aunque no sean solo administrativos- han de seguir tramitándose a nivel de empresa en todos los despidos colectivos, son muchas la cuestiones que podrían resaltarse ahora. Entre otras, desde las ya analizadas sobre el ámbito objetivo y los sujetos, pues evidentemente condicionan todo lo subsiguiente, hasta las relativas a la instrumentación de su inicio (obligaciones informativas y de documentación), a su duración (plazo máximo)⁶³ y caducidad (término de efectividad), pasando, cómo no, por todo lo que representa su instrucción o normal desarrollo del periodo de negociación.

⁶² Expresión que utilizó el TC en su Sentencia 89/1989, de 11 de mayo, para expresar la condición dual, corporativa pero de base asociativa, que caracteriza a estas organizaciones.

⁶³ Al caso ya citado de la STS de 25 de noviembre de 2013, en el que el plazo de negociación (máximo, según el art. 51. ET) se excedió en un solo día, cabe añadir el de la STS de 15 de abril de 2014 (Rec. 188/2013) –Diputación de Orense-, en el que la ampliación se produjo por acuerdo de ambas partes; así como el de la STS 22 de septiembre de 2014 (Rec. 305/2013), pese a que dicha extensión se encuentre aquí referida al plazo de concreción de los trabajadores afectados, entre otras razones por el éxito que tuvo el cupo de adscripción voluntaria.

En ese sentido, y centrándonos solo y directamente en lo más relevante de lo acaecido en relación a los sujetos del sector público, podrían destacarse las siguientes cuestiones.

3.3.1. Limitación de la obligación de información documental

Si bien es cierto que con los primeros pronunciamientos de instancia se extendió la idea más que fundada⁶⁴ de que la obligación de información documental era también un deber abierto y no cerrado para el empresario, toda vez que los representantes de los trabajadores tenían derecho a acceder a todos aquellos extremos que pudieran ser relevantes para una auténtica evaluación de la causa y consiguiente negociación de las medidas a adoptar, pudiendo provocar su incumplimiento o incluso su cumplimiento defectuoso la nulidad de los despidos, pronto establecerá el TS que ni toda falla documental puede ser sancionable con la sanción más radical, ni las Administraciones públicas están obligadas a suministrar más información documental que la que expresamente recogen los arts. 38 y siguientes del RD 1483/2012, además del certificado del funcionario público habilitado a nivel nacional referido al cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 35.

El caso en el que se va a hacer más explícita esta necesidad de suavizar el rigor que estaba extendiendo sobre la cuestión documental, y en el que por el tiempo al que quedaban referidos los hechos resultaba de aplicación incluso el RD 801/2011, fue sin duda el del Ayuntamiento de La Oliva (Fuerteventura)⁶⁵, en el que se revocará un primer pronunciamiento de nulidad, si bien, con devolución de actuaciones para el dictado de una nueva resolución respecto a las causas sustantivas de fondo⁶⁶. No faltarán tampoco en este supuesto sendos votos particulares, tanto de conformidad

⁶⁴ Este tipo de consecuencia tuvo ciertamente más predicamento en el ámbito de las empresas del sector privado que en las públicas, aunque no falte tampoco algún pronunciamiento a nivel de instancia entre éstas, como el que protagonizó la Empresa Valenciana Aprovechamiento Energético de Residuos, SA. La STS de 21 de mayo de 2014 (Rec. 249/2013) revocará finalmente la condena por nulidad y la cambiará por la de no ajustado a derecho.

⁶⁵ STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. 59/2013). En la que se dirá: "... aunque la documentación de que dispuso la representación legal de los trabajadores durante el período de consultas tal vez no fuera toda la formalmente exigible y, además, la empleadora no la suministró inicialmente, que hubiera sido lo adecuado en aras a una negociación de buena fe, habiendo sido necesaria la colaboración de la Autoridad laboral, en los términos contemplados por la norma, para complementarla, es lo cierto que, tras la aportación de los detallados informes de la Interventora del Ayuntamiento, se obtuvieron los datos suficientes para poder contrastarlos con la Memoria inicialmente suministrada por la Corporación y, en consecuencia, en la fase de negociación, la representación legal de los trabajadores tuvo la información real suficiente de la situación empresarial como para abordar con mínimas garantías el período de consultas y para conocer documentalmente las verdaderas circunstancias económicas sobre las que se pretendían justificar los despidos...". En idéntico sentido, STS de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 29/2014), despido en el Ayuntamiento de Totana (Murcia), declarado ajustado a derecho.

⁶⁶ STS de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 97/2013), relativa al Ayuntamiento de Estepona (Málaga), aunque en este caso la nulidad de actuaciones se decretará por una cuestión relativa a la inadmisión y práctica de una prueba.

con el fallo como divergente con éste. El primero, porque considerará innecesaria la devolución de las actuaciones al existir material suficiente para confirmar el carácter implícito que la propia mayoría de la Sala ya establece sobre la condición de no ajustado a derecho de los despidos. El segundo, para todo lo contrario, es decir, para expresar la necesidad de haber confirmado la nulidad decretada en la instancia. Si bien, no tanto por la cuestión informativa o documental, sino por la falta de buena fe materializada en la intransigencia e inamovilidad de la representación municipal durante la negociación, cuestión a la que nos referiremos seguidamente.

En todo caso, y esto es lo que se trata de resaltar ahora, la obligación documental sigue teniendo una gran relevancia tanto por razón de su funcionalidad –proporcionar información necesaria y suficiente-, como por la formalidad con la que ha que aparecer revestida y que por ello le es exigible –ha de ser completa y veraz; y dispuesta en soporte adecuado y en tiempo hábil-, al erigirse de nuevo en presupuesto básico del periodo de negociación y consulta. Lo que se traduce en algún caso concreto en ser susceptible de una evaluación específica sobre su contenido y extensión, muy especialmente en lo que se refiere a la memoria explicativa⁶⁷- documento clave para la comprensión del conjunto del proceso que pone en marcha el empleador-, pero sin que ello habilite a generar una especie de derecho de petición de toda clase de datos, máxime si no se encuentran pre-establecidos en el elenco dispuesto por las normas o no se pueda demostrar su especial trascendencia para el caso⁶⁸. Un elemento éste que seguirá estando de todas formas presente, con lo que ello supone de valoración *ex post* y en sede judicial, por tanto, de irreversibilidad.

3.3.2. Periodo de consultas y principio/deber de buena fe

Ya se ha puesto de manifiesto por distintas vías como es el periodo de consultas y de negociación que instaura con carácter necesario la normativa comunitaria, sobre todo en la implementación que se ha hecho del mismo por nuestra jurisprudencia

⁶⁷ El mayor rigor que le es exigible a este concreto documento –aunque completamente indefinido jurídicamente- se puso de manifiesto en una de las primeras resoluciones de la serie, STSJ Madrid 30.5.2012 (Proc. 17/2012), confirmada por la STS 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012).

⁶⁸ Como dirá una de las primeras resoluciones del Alto Tribunal, STS, de 27 de mayo de 2013 (Rec.78/2012): “... de todas formas la enumeración de documentos que hace la norma reglamentaria no tiene valor «ad solemnitatem», y no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a los efectos que la norma persigue”, lo que reiterará, entre muchas, la STS de 25 de junio de 2014 (Rec. 272/2013): “... no todo incumplimiento de las obligaciones de carácter documental conlleva la nulidad de la decisión extintiva, sino tan sólo aquél que sea trascendente a los efectos de una negociación adecuadamente informada... En suma, el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del derecho a negociar, pues el periodo de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 ET”. Carácter no formalista que ha impedido considerar también como vicio insubsanable la no aportación del Plan de Recolocación del art. 51.10 ET o que se retrasase unos días la aportación de los criterios de selección (STS 25 de noviembre de 2011, cit.).

nacional, el que se va a erigir en la auténtica piedra angular del conjunto de derechos y de garantías formales o procedimentales con las que contarán los trabajadores en este tipo de procesos. Y ello por razón de la significación que se le va a anudar a la funcionalidad declarada que ha de tener en virtud de la propia legislación, en tanto que: *deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias* (art. 51.2 ET).

En ese sentido se ha destacado tanto la trascendencia que tiene la determinación y presencia de los sujetos que han de protagonizarlo como la de la información documental previa que se ha de poner a disposición de las partes, elementos a los que se han de adicionar ahora y como mínimo otros dos, que serán los que conformarán el objeto de esta parte específica del iter procedimental. Si bien uno de ellos no deja de ser sino una mera concreción material del otro, en forma de medio facilitador de su constancia y prueba. Nos referimos a las actas y al propio desarrollo del periodo de consultas, que habrá de estar informado por el principio/deber de buena fe.

Aunque probablemente el orden debiera ser el inverso, pues las actas no dejan de ser, tal y como se acaba de decir, un medio más con el que plasmar la realidad de lo que sucede en cada una de las reuniones que, como mínimo -*ex* reforma ley 1/2014-, han de desarrollarse en todos estos casos, no puede dejar de destacarse autónomamente este concreto aspecto por el también inusitado protagonismo que van a adquirir en estos años⁶⁹. Y es que hay que remitirse al papel de los *travaux préparatoires* en la interpretación de los Convenios y Tratados que ha de hacerse por parte de las Cortes de Derecho Internacional para encontrar un parangón mínimamente semejante, y ello solo parcialmente, porque el uso que se hará de este tipo de soporte documental no será tanto a efectos de indagar en la voluntad o el sentido de lo acordado por las partes, sino para comprobar y/o demostrar si hubo auténtica buena fe durante el proceso de negociación.

De ahí que aparte de su forma (papel y/o grabación) o de la necesidad de su confección, conservación y entrega, e incluso los problemas típicos sobre su validez o impugnación –por incidencias sobre su firma o ratificación-, lo que interesará sobre todo de las mismas es que serán el reflejo de la existencia de verdaderas propuestas y contrapropuestas encima de la mesa, de la razonabilidad o desproporción de éstas, de las actitudes mostradas por cada una de las partes en aras a una aproximación, toda vez que de ello se derivarán en definitiva las claves para el enjuiciamiento sobre la existencia del debido cumplimiento o incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe.

⁶⁹ Vid., la entrada de Rojo Torrecilla, E., “La importancia de las actas del periodo de consultas y el respeto de las reglas formales en los ERES. Comentario de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”, en <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2013/04/la-importancia-de-las-actas-del-periodo.html>

En efecto, otra de las notas claves del devenir jurisprudencial de esta reforma en estos primeros años han sido los numerosos pronunciamientos en los que se alcanzará nada menos que una condena por nulidad ante la falta de buena fe, sobre todo y evidentemente empresarial.

Dejando de nuevo al margen supuestos extremos y llamativos por exceso, en tanto que resultan groseros, aunque también cabría preguntarse sobre estos, la preocupación que se generalizará es qué significa exactamente intentar llegar a un acuerdo que minore o mitigue las consecuencias de un despido colectivo, reducir su número (¿necesariamente?)o, mejorar las indemnizaciones (¿también en las Administraciones Públicas?). Ante el escenario que plantearán sobre todo algunas primeras resoluciones de instancia tendrá de nuevo TS que fijar doctrina, sobre todo, en relación a las entidades del sector público⁷⁰.

Surgirán así los pronunciamientos en los que sin dejar de desmerecer la trascendencia que adquiere la buena fe y sobre todo la obligación de materializar el periodo de consultas en todos estos procesos, sin duda mucho más concreta y exigente que en la negociación de un convenio colectivo estatutario, se reconocerá que la primera sigue siendo una cláusula de innegable generalidad, al igual que ocurre con cualquiera de sus formulaciones en los múltiples preceptos en los que se incluye, desde el art. 7 del Código Civil a los arts. 54.2,d) y 89.1 ET, por lo que tendrá que precisar finalmente algo tan obvio como que ello no significa en modo alguno y en ningún caso que sea obligatorio tener que alcanzar un resultado, menos aún un acuerdo, con independencia de que deba tenerse en cuenta que tal principio supone “una actitud positiva, que exige cuando menos una respuesta expresa a las propuestas de la otra parte”, pero que difícilmente puede justificar su transgresión un pronunciamiento tan grave como el de nulidad⁷¹. Si bien, no faltarán excepciones, como la que representa el del caso de la Agencia Valenciana de Movilidad, en contra incluso del criterio del Ministerio Fiscal⁷².

3.3.3. Trabajadores afectados. Determinación y criterios de selección

Si bien es éste un elemento que puede perfectamente situarse entre los requisitos informativos y documentales que han de constar desde el inicio en todo expediente –con todas sus variantes clasificatorias, art. 3.1, a) y b) RD 1483/2012-, por razón

⁷⁰ En el supuesto ya citado de Telemadrid, sobre todo en primera instancia, resultó sin embargo curiosa la constatación que se hará de la existencia de cierta mala fe en la negociación, en relación a la inexactitud de los costes y la significación de la producción propia que se proponía descentralizar la empresa, sin que derivara de ello la nulidad de los despidos.

⁷¹ Por todas, STS de 27 de mayo de 2013, ya citada, así como las que resolvieron los casos de los Ayuntamientos de Galdar y de La Oliva; así comola de 25 de junio de 2014 (Rec. 198/2013), Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, en el que revocará también un pronunciamiento previo de nulidad basado, entre otras, en esta misma causa.

⁷² STS de 21 de mayo de 2014 (Rec. 162/2013).

de la trascendencia que adquiere a la hora de enjuiciar la propia validez de todo el procedimiento [art. 124,2,d) LRJS], muy especialmente en el ámbito del sector público, tanto por razón de la preeminencia que la ley garantiza a los empleados que tengan la condición de fijos en las Administraciones y Entidades de Derecho público, como por la directa conexión que presenta con derechos fundamentales como el de igualdad e incluso de acceso y no separación de cargos públicos, resulta preferible realizar una entrada específica sobre el mismo. Muy principalmente además porque así lo pondrán de manifiesto también las resoluciones que tendrán que abordar este concreto aspecto de cada despido⁷³.

No obstante ello, y siguiendo con el criterio de seleccionar los temas más representativos, algo que ahora acucia dada la extensión que va adquiriendo el texto, pueden destacarse los siguientes aspectos. Siempre partiendo de la premisa que supone en esta concreta materia la idea más que generalizada de que si bien el nivel de precisión es mínimo—en cuanto a la concreción de los trabajadores— cuando la causa es económica y se trata de una empresa privada, en el sentido de que se relaja la prueba de conexidad entre la necesidad de la amortización y el concreto puesto de trabajo al que afecta, ésta deviene máxima si la causa tiene naturaleza técnica u organizativa y afecta al sector público, al entrar en juego los principios de igualdad, mérito y capacidad. Pero más aún si se trata de una Administración o entidad jurídico-pública y supone la posibilidad de que entren en el ámbito de afectación trabajadores fijos que hayan superado un proceso selectivo convocado al efecto⁷⁴, pues a ellos es a los que en definitiva se extiende, y en exclusiva, la expresa garantía añadida en el párrafo final de la DA 20ª ET.

Situados en esa base, y por exclusión, lo primero que cabe destacar es que no ha provocado mayores dificultades de convalidación la aplicación del criterio de estricta antigüedad en orden inverso, es decir, el del despido de los de menor antigüedad. Lo mismo que tampoco la va a provocar la condición de personal temporal o indefinido frente al fijo de plantilla, por razón del propio carácter legal del principio o criterio diferenciados, a lo que podría adicionarse su carácter más que proporcionado y justificado⁷⁵. Otra cosa cabe decir sin embargo en todos aquellos casos en los que se ha intentado poner en marcha una especie de concurso de “deméritos”⁷⁶, bien porque su diseño no ha sido adecuado, bien porque en su aplicación o ejecución se han cometido irregularidades que solo de manera magnánima pueden calificarse como inapropiadas por no decir imperdonables.

⁷³ Un estudio monográfico sobre esta cuestión en Roqueta Buj, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, 2015.

⁷⁴ SAN 28.3.2014 (Proc. 499/2013) y STSJ Castilla y León –Valladolid- 30.12.2013 (Proc. 1878/2013).

⁷⁵ STS de 23 de mayo de 2014 (Rec. 179/2013), Diputación de Ourense, proceso declarado ajustado a derecho y en el que se despidieron 32 trabajadores indefinidos no fijos. Tb., STS de 31 de marzo de 2015 (Rec. 102/2014), sobre AENA, aunque no referido expresamente a un supuesto de extinción ni tramitado por la modalidad procesal especial de despidos, sino como conflicto colectivo, en el que se ratificará la validez de la preeminencia del personal fijo respecto de cualesquiera otra categorías.

⁷⁶ Expresión que con mucho acierto acuña Rodríguez-Piñero Royo, M., cit.

En esta categoría se encuentran desde luego algunos de los casos más llamativos y con mayor trascendencia pública, como el de Tragsa, RTV de la Comunidad Valenciana, Bankia –aunque éste se juzgue a través de procedimientos individuales–, sobresaliendo de entre todos ellos, el del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera. Un asunto que provoca cierta hilaridad si no fuese por la grave situación financiera que atravesaba la corporación, y que finalmente será convalidado en lo esencial por el TS –existencia de causa económica–, aunque con una salvedad tan importante en su fundamentación que hace pensar en el sentido contrario que tendrán un buen número de los subsiguientes procesos individuales que le seguirán.

De hecho, se trata de un supuesto fáctico que, en mi opinión, constituía era el verdadero modelo o patrón al que va destinada principalmente esta reforma, pero cuya resolución final se complicará sobre manera precisamente por el problema de la selección de los trabajadores afectados. Motivo por el que merece cuando menos un breve *excursus*.

El caso, sintéticamente, se describe como sigue. El Ayuntamiento, tanto desde una perspectiva organizativa como económica y presupuestaria, presentaba una situación calamitosa. Sin Relación de Puestos de Trabajo (RPT) contaba con una plantilla de más de 1800 empleados, 587 funcionarios y 1305 laborales, de los cuales, 338 eran fijos, 951 indefinidos y 18 eventuales de libre designación. Sobre su situación económica baste resaltar que acumulaba un remanente negativo de tesorería superior a los 420 millones de euros y una ratio de solvencia (proporción entre ingresos totales y obligaciones) del 33 por ciento.

La propuesta partirá inicialmente de la necesidad de despedir a 300 trabajadores, pero tras el desarrollo del periodo de consultas y pese a la no consecución de ningún acuerdo, la decisión empresarial reducirá finalmente el número de extinciones a 260 –detalle que ha llegado a calificarse en algún caso como propuesta artificiosa para evitar una calificación de conducta contraria a la buena fe⁷⁷-. En cuanto a los criterios de selección, que es lo que ahora quiere resaltarse, se detallaba en la memoria explicativa un procedimiento con dos fases. La primera, para determinar el número de extinciones que se habrían de producir por departamento o área y categoría, a modo de estudio de necesidades o plantilla teórica. Con la segunda, que contaba a su vez con dos modalidades, se concretarían exactamente los puestos o, mejor, las personas afectadas. Para la implementación de esta segunda fase se preveía en primer lugar la aplicación de un criterio que era sin duda alguna objetivo por excelencia, el de la edad, con independencia ahora de las dudas que ello genera desde la perspectiva de criterio diferenciador posible o prohibido

⁷⁷ STSJ Comunidad Valenciana de 23.4.2013, aunque casada por la ya citada STS de 21 de mayo de 2014; tb., SAN 28.3.2014 (Pr. 44/2014). Recuérdense en ese sentido todos los casos en los que la inamovilidad de la posición empresarial ha sido enjuiciada como indicio determinante para ello, algo que se agrava, solo que en sentido contrario, si esa reducción es unilateral y si no media una explicación convincente

[arts. 4.2 c) y 17.1 ET, con los que se implementa la Directiva 2000/78/CE]⁷⁸, en concreto, quedaban señalados todos los trabajadores que fuesen mayores de 59 años y estuviesen adscritos a esos puestos pre-calificados como sobrantes. Con ese criterio se despedirán en todo caso los primeros 139 trabajadores, realidad que no dejará de presentar también alguna curiosa circunstancia procesal en cuanto que no fue objeto de reproche en la sentencia de instancia ni tampoco en el subsiguiente recurso de casación⁷⁹. En cuanto al segundo criterio y último criterio, se trataba del resultado de un proceso que operaba a modo de una “evaluación continua”, basado en informes supuestamente objetivos realizados por personal técnico y mandos del propio Ayuntamiento.

Esto último será lo realmente determinante en el pronunciamiento de instancia que concluirá con una declaración de improcedencia, pues la práctica de la prueba pericial y, sobre todo, la testifical, pondrán de manifiesto la comisión de llamativas desviaciones en la aplicación de los criterios, hasta el punto que algunos de los empleados considerados en principio como más capaces serán finalmente despedidos. El TS, en la resolución definitiva del caso, y una vez despejada también la existencia de posibles discriminaciones por razón de la afinidad ideológica o política, determinará sin embargo que lo decisivo habría de ser la existencia de causa económica suficiente; por cuanto que los criterios de selección, en principio objetivos -es decir, en su definición-, no atentaban a derecho fundamental alguno, de ahí que derivase cualquier incidencia relativa a esos extremos a los correspondientes procesos individuales, al igual que ha de hacerse con cualquier pretensión relativa a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia (*ex art. 124.2 in fine*), pues de lo contrario se transformaría un proceso que necesariamente ha de ser colectivo en otro plural o individual.

3.4. Sobre las causas justificativas de los despidos y su ponderación judicial

La primera cuestión a resaltar en el terreno de la motivación causal de los despidos es el relativo al debate sobre el margen de apreciación que corresponde a los órganos judiciales respecto de la valoración de la racionalidad mínima que han de tenerse tipo de medidas, por supuesto, una vez establecida la existencia o suficiencia de la causa. Es decir, no se trata ahora del problema que puede generar

⁷⁸ Un estudio sobre ésta en González Ortega, S. “La discriminación por razón de la edad”, *Temas Laborales*, núm. 59/2001, pp. 93-125. En sentido contrario a la admisibilidad de este criterio de la edad, sin mayor especificidad, en cuanto que discriminatorio y por tanto causante de la nulidad del despido colectivo, STSJ Andalucía, Sevilla, 23.2.2015 (Pr. 32/2014). Al respecto cabe destacar sobre todo la STC 66/2015, de 13 de abril, en la que se convalida el criterio de selección seguido en el expediente tramitado por la empresa pública Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A., que concluyó con acuerdo y por el que se resolvieron 211 contratos, y en el que se incluía, entre otros, el de la edad de 55 años. Para el TC será determinante la existencia de normas legales y complementarias de protección social que mejoran la situación de estos concretos trabajadores.

⁷⁹ La curiosidad adoptaba forma de petición subsidiaria incluida en el suplico del recurso presentado por el Ayuntamiento, en el sentido de que al menos esos 139 despidos fuesen convalidados. La STS no hubo de resolver finalmente sobre esa cuestión al declarar ajustado a derecho todo el proceso, tal y como si hizo sin embargo en la primera sentencia del convulso caso Celsa-Atalantic ya citado.

la prueba de los hechos que son los que han de poner de manifiesto la existencia de la circunstancias que se han descrito por la ley como motivo o razón suficiente para despedir, sino de la posibilidad de que fijado ese presupuesto se considere que no existe sin embargo la necesaria proporcionalidad y/o relación de conexidad entre la decisión empresarial y la magnitud de los hechos, por razón de los efectos que provoca.

Una cuestión ésta que ya se anticipa es poco menos que irresoluble si de todo ello quisiese derivarse la idea, como a veces se ha pretendido hacer ver, de que ese margen de la decisión corresponde en exclusiva al empresario y en ningún caso al órgano judicial. Y ello, me atrevería a decir, incluso con independencia de la voluntad del legislador ordinario español, pues los argumentos de las tesis revisionistas son sin duda alguna mucho más trascendentes. Entre otras razones porque siempre existirían supuestos límites que pueden llevar al absurdo (pérdidas de un céntimo y extinción de toda la plantilla), lo cual es de por sí rechazable. Y es que un grado de control judicial, aunque sea mínimo, se impone en la aplicación de cualquier norma jurídica, sobre todo si se trata de una decisión tan grave como es la del despido y se traen a colación además normas internacionales como la que representa el Convenio 158 OIT; y, por supuesto, preceptos constitucionales propios e internos como los que reconocen el derecho al trabajo (art. 35) ya la tutela judicial efectiva (art. 24).

Se trata en realidad de un debate que surge, como se sabe, de la desaparición de ciertos requisitos y condicionantes en la redacción del art. 51 ET y que se producen no solo con la reforma de 2012 sino también con la de 2010, por lo que alguna repercusión parece que deberían de tener. De hecho, será ésta la razón última de la formulación que terminará realizando Tribunal Supremo, a modo de solución intermedia, en cuya virtud se ha de cambiar el llamado control de óptimos o incluso de oportunidad, por el de la mera racionalidad –que no razonabilidad- o idoneidad⁸⁰ de la medida. Una construcción que sigue provocando sin embargo, más allá del juego que siempre supone el uso de este tipo de términos dialécticos, la misma sensación de incertidumbre, en tanto que adolecerá de idénticos problemas prácticos. Y es que ningún Juzgado o Tribunal que considere desproporcionados

⁸⁰ Paradigmática en ese sentido resulta la STS de 27 de enero de 2014 (Rec. 100/2013), y eso que está referida a un proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo y no de despido colectivo, con lo que ello supone de supuesta menor intensidad aún en el grado de control, en cuyo FD Cuarto se lee: “Pero contrariamente a esta última posibilidad entendemos, que aunque a la Sala no le correspondan juicios de «oportunidad» que indudablemente pertenecen ahora -lo mismo que antes de la reforma- a la gestión empresarial, sin embargo la remisión que el precepto legal hace a las acciones judiciales y la obligada tutela que ello comporta [art. 24.1 CE], determinan que el acceso a la jurisdicción no pueda sino entenderse en el sentido de que a los órganos jurisdiccionales les compete no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada; aparte, por supuesto, de que el Tribunal pueda apreciar -si concurriese- la posible vulneración de derechos fundamentales. Razonabilidad que no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella [lo que es privativo de la dirección empresarial, como ya hemos dicho], sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo [juicio de idoneidad]”.

los despidos por razón de su número salvará parte alguna de los mismos, ni dirá tampoco con un mínimo de certeza cuál podría haber sido ese umbral de lo aceptable. Pero es que aunque así lo hiciera nada garantizaría que ello se ratificase en una segunda oportunidad, de existir ésta, entre otras razones porque nunca serán idénticos los presupuestos fácticos o de partida⁸¹. De ahí quizás el mantenimiento del alto número de acuerdos con los que se siguen cerrando este tipo de expedientes en España.

En todo caso, el pretendido intento de reducción al mínimo de este margen de apreciación judicial tampoco puede considerarse convalidado tras la STC 8/2015, de 22 de enero, y eso que ésta no hace sino salvar la constitucionalidad de la nueva redacción del art. 51 ET. Pues, en definitiva, lo que establecerá el Tribunal Constitucional es que:

... no puede afirmarse que el precepto impugnado haya consagrado un despido colectivo no causal o *ad nutum*, ..., basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial, sino que ha condicionado la decisión extintiva, como ha sucedido desde sus orígenes, a la concurrencia «fundada» de una causa «económica», «técnica», «organizativa» o «productiva», cuyo contenido y alcance delimita, con el objeto de facilitar tanto la aplicación de la norma (por el empresario con los representantes legales de los trabajadores en el período de consultas), como el posterior control judicial de la decisión extintiva en función de las circunstancias concurrentes. La supresión... de las referencias..., a la acreditación de la razonabilidad de la decisión extintiva, ni desdibuja las causas extintivas, ni introduce una mayor discrecionalidad empresarial de cara a la adopción de la decisión sino, antes al contrario, suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones, podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica, de hechos negativos, ... Y la nueva redacción no otorga mayor espacio a la discrecionalidad empresarial que la anterior en la adopción de una decisión extintiva, sino que, atendiendo a las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), dota de mayor certidumbre al contenido de la decisión, tanto de cara a su aplicación, como al posterior control, ... En suma,..., la norma impugnada no prescinde del elemento de causalidad del despido, sino que dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre, al evitar la realización de juicios de oportunidad y valoraciones hacia el futuro de incierta materialización

Por lo que respecta a los problemas que origina en sí mismo el régimen jurídico con el que se definen las causas justificativas (ETOP), y más allá del detalle que representa la inaplicabilidad de la de origen productivo en este ámbito del sector público, al menos en su faceta estrictamente administrativa, e incluso el carácter totalmente inédito que presentará la de carácter técnico o tecnológico en toda clase

⁸¹ Otra cuestión es la relativa a los casos en los que se declara la nulidad parcial respecto de un concreto colectivo por vulneración de sus derechos fundamentales, que es lo que resuelve la STS 10 de febrero de 2015 (Rec. 221/2013) con base en la garantía de indemnidad, si bien referido a un ERE tramitado con anterioridad a la reforma.

de repertorios, resulta de interés antes de entrar si quiera en su análisis destacar el juego que ha tenido la causa prevista en el art. 49.1.g) ET, relativa a la extinción de la personalidad jurídica del empleador. Precepto que resulta aplicable por cierto tanto en entidades privadas como jurídico-públicas, pues en ambas puede suceder obviamente tal clase de contingencia.

Y ello no a efectos de intentar convalidar la idea algo generalizada de que los despidos tenían que ser algo más fáciles en esos casos, porque no es algo que desde luego vaya a poder certificarse con los números, sino porque hará surgir una doctrina por la que se viene a confirmar la necesidad de reconocer a esta circunstancia el carácter de causa extintiva del contrato de trabajo de alguna forma autónoma respecto de las previstas en el art. 51.1 ET. Sobre todo, cuando la disolución sea consecuencia de un acto previo adoptado por el poder público competente o venga impuesta por el juego de cualquier otra previsión legal imperativa, con independencia, eso sí, de que deban cumplimentarse en todo caso las normas relativas al procedimiento.

En este sentido el caso a destacar es sin duda el protagonizado por la Fundación Servicio Valenciano de Empleo⁸². Un caso en el que no se preverá posibilidad alguna de subrogación en los contratos, ni legal ni convencional, y que concluirá con una declaración de procedencia de todos los despidos. De su fundamentación jurídica, y dejando al margen el hecho de que se confirmase en este caso que no era necesaria la aportación del informe técnico establecido en el art. 4.3 RD 1483/2012 –aunque fuese lo determinante para su resolución–, en tanto que preceptivo solo en el supuesto de «previsión de pérdidas» pero no en los de pérdidas consumadas o disminución de ingresos, que era la verdadera motivación argüida en la memoria, lo que sobresaldrá a los efectos que se anunciaba son la consideraciones generales que se hacen en su ordinal sexto acerca de la extinción de la personalidad jurídica como causa extintiva autónoma de los contratos de trabajo. Consideraciones muy trascendentes sin duda hasta el punto que sobre las mismas discrepará abiertamente y de forma muy gráfica el voto particular que se formula en contra, que las tildará, además de innecesarias e inoportunas, de meros razonamientos *obiter dicta*, por lo que no deben considerarse doctrina de la Sala.

⁸² STS de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 201/2013). En el mismo sentido STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. 74/2013), Instituto Técnico Agronómico Provincial de Albacete, aunque éste con forma de sociedad mercantil dependiente de la Diputación provincial. A modo de contraste, sin embargo, los casos resueltos por las SS TS de 26 de junio de 2014 (Rec. 219/2013) y 23 de septiembre de 2014 (Rec. 231/2013); tb., el de Sevilla Global –primer despido–. Por lo que se refiere al primero, se confirmará la nulidad de los despidos decretados en la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, con condena solidaria de ésta al igual que ocurrió en la instancia, en tanto que se considerará que la medida era precipitada, por preventiva, al no haberse consumado al tiempo de su formalización la causa económica esgrimida; además, se entendió que no se aportó la documentación preceptiva y que existía una conducta fraudulenta a efectos de evitar la subrogación de la plantilla tras la disolución del ente. En cuanto a la segunda de las resoluciones decir que está referida a otro ente público, la Agencia para la Formación, Investigación y Estudios Sanitarios (pese a que en algún caso se le cite como Fundación) Pedro Lain Entralgo, en el que se revocará el pronunciamiento de instancia y se declarará la improcedencia de los despidos por falta de proporcionalidad entre la insuficiencia presupuestaria -causa económica- acreditada (reducción presupuestaria entre un 5 y un 10 por ciento), y la entidad de los despidos, 77 trabajadores, siguiendo la doctrina del caso Telemadrid, al que de hecho se remite expresamente.

Sea o no doctrina consolidada, algo que queda pendiente de lo que resulte de nuevas y próximas resoluciones, lo que sí tienen desde luego estas consideraciones generales es un alto valor doctrinal pues abordan un problema que para nada puede considerarse resuelto, como es el de la relación entre la legislación laboral y otras legislaciones vinculantes relativas a la vida y extinción de una persona jurídica, en especial la administrativa y la mercantil, en tanto que aborden un mismo objeto o realidad jurídica. En este caso, el de la pervivencia o necesaria extinción por imperativo legal, y si se permite, sin la necesaria y preceptiva intervención judicial autorizante como ocurre en los supuestos de la Ley Concursal. De ahí el interés por conocer el alcance que ha de tener la remisión que contiene el art. 49.1.g) ET a las normas específicas sobre despido colectivo.

Las consideraciones que hará el TS al respecto girarán en torno a tres grandes ideas que se exponen sucesivamente y que en parte parecen responder, al menos las dos últimas, a lo que puede considerarse una sucesión normal o natural de los acontecimientos. En cuanto a la primera reflexión, que es más bien de situación o contextualización, consiste en equiparar a modo de situaciones parcialmente análogas la extinción de la personalidad jurídica con la propia de la persona física, algo que ocurre como es obvio solo con la muerte o el fallecimiento del empresario una vez desaparecida la interdicción civil de la persona. Causa que como se sabe tiene anudada una de las menores indemnizaciones posibles por pérdida del empleo, si no la menor en términos relativos, y que opera de manera incontestable con independencia de cuál sea la situación económica y patrimonial de la empresa, y siempre que no opere la regla subrogatoria del art.44 ET por razón de la decisión que adopten los herederos.

Situados en ese plano, la que puede ser nueva doctrina jurisprudencial va a querer establecer una especie de regla general, de especial aplicación además en el sector público, y una serie de excepciones o más bien matizaciones para evitar situaciones que se consideran pueden terminar siendo abusivas. Regla general que deberá actuar de hecho de manera preferente respecto de las causas del art. 51 ET, pues en la mayor parte de los casos no será sino la manifestación del origen remoto de éstas, y puede formularse del siguiente modo: si una norma legal impone la disolución de una entidad y la extinción de la persona jurídica, ésta deberá tenerse por causa sustantiva suficiente a efectos de poder proceder a los despidos.

Piénsese a estos efectos en el que puede considerarse el supuesto estándar, sobre todo en el sector público, y que responde al axioma de que lo mismo que una ley puede crear una entidad jurídico-pública, podrá disolverla. Es de hecho lo que se hace, aunque forma indirecta, cuando una ley formal como es toda ley presupuestaria le niega nuevas transferencias de financiación a una determinada estructura del sector público, sobre todo si es de las que las necesita por definición para garantizar su funcionamiento, de modo que puede decirse que es esta causa

remota la que en realidad propiciará después el nacimiento de la inmediata (“insuficiencia presupuestaria sobrevenida”). La idea es por tanto algo así como que si una ley impusiera este mandato directamente y sin ambages desde el inicio, debería considerarse motivomás que suficiente. Todo ello con independencia de que deban seguirse en todo caso el conjunto de las reglas de procedimiento del art. 51 ET, así como las correlativas del RD 1483/2012, tal y como ordena su art. 30.

Los problemas y las dudas que denotará el propio ponente respecto de las consecuencias últimas de esta formulación se van a manifestar de inmediato en cuanto piensa en la posibilidad de su extensión al sector privado, más que a todas las entidades de derecho privado, aunque también en ese caso. Nótese en ese sentido que para la creación de una sociedad o una fundación pública no es preceptiva la intervención legal en todos los casos, sino que basta con la válida adopción de los correspondientes acuerdos administrativos y de gobierno. De ahí, más que probablemente, las limitaciones que se han introducido para el ámbito de las Entidades Locales por la nueva Disposición Adicional Novena de la Ley de Bases de Régimen Local, dirigidas a cercenar las posibilidades de creación de nuevas entidades de este tipo⁸³.

En estos casos la clave parece que habrá de estar en el tipo de causa legal de disolución que se esgrima, pues no todas se van a considerar equiparables. Piénsese por ejemplo en las diferencias que existen entre la que ordena el inicio de la liquidación de una sociedad por acciones o participaciones si las pérdidas suponen una minoración de su capital social en más del cincuenta por ciento, salvo que éste se amplíe o se reduzca, y la que responde a una decisión estrictamente voluntaria adoptada por los socios propietarios. Y esto último, se añadirá, con independencia del tipo de sociedad, ya sea personalista o de capital. Sobre todo, y aunque no lo diga explícitamente la sentencia, si el volumen patrimonial acumulado es importante o no se ha visto mermado por pérdidas de explotación. Ahí será cuando se empiece a reiterar, y en más de una ocasión, que entonces sí deberá operar alguna de las causas del art. 51 ET, así como el pleno control judicial de la totalidad del proceso a efectos de evitar posibles situaciones de fraude o que puedan considerarse abusivas.

Lo más curioso de toda esta argumentación es lo que puede inducirse porque no se dice o porque no quiere decirse abiertamente pero que a todas luces parece evidente y que puede resultar incluso más rigorista que la doctrina que parece querer establecer el voto particular con su crítica. Esto es, cuando una empresa con esta modalidad organizativa decida cerrar definitivamente sus instalaciones como consecuencia de un acto de mero albedrío o de voluntad, sin estar obligada realmente por la ley o por las circunstancias económicas, no podrá argüir

⁸³ Redacción dada por la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y que afecta también al art. 85 LBRL, sobre posibilidades de descentralización y encomienda de servicios públicos, así como de remunicipalización de los mismos.

asépticamente la extinción de la personalidad jurídica. Deberá someterse con todo el rigor a las exigencias formales y materiales del art. 51 ET, incluida la posible consideración de su conducta como abusiva o fraudulenta, lo que puede conllevar como se sabe a un pronunciamiento de nulidad de los despidos. Lo cual, sobre todo si pensamos en sociedades personalistas, a las que el TS no deja tampoco a salvo, no deja de ser algo a revisar, salvo que se quiera imponer a la fuerza la continuidad de una actividad personal.

De hecho, el argumentario de estas consideraciones parece que está realmente más orientado a las Fundaciones que a cualquier otro tipo de entidad de las de derecho privado, en especial las sociedades, en tanto que resulta algo más difícil pensar que en ese ámbito pueden darse ese tipo de situaciones caprichosas o antisociales por la intervención de los patronos, su forma de exacción y nombramiento y la carencia de ánimo de lucro⁸⁴.

3.4.1. La causa económica y la anulación parcial del artículo 35.3 del RD 1483/2012

Tres van a ser las materias que podrán destacarse en relación a la valoración de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente con la que la DA 20^a ET quiso materializar el modo con el que se ha de traducir la causa económica en el ámbito más estricto del sector público. Por supuesto, dejando al margen los distintos casos ya citados, sobre todo al pie, en los que pese a reconocerse la existencia de causa económica legal se terminará declarando sin embargo la improcedencia de los despidos por manifiesta desproporción entre la entidad de la primera y el impacto real o material que suponían los segundos.

La primera cuestión sería, aunque ya del todo irrelevante como inmediatamente después se comprobará, la de la significación que ha de darse al doble requisito instaurado por el art. 35.3 RD 1483/2012, y consistente en que la insuficiencia presupuestaria tenía que manifestarse con una serie de condicionantes acumulativos.

⁸⁴ Así, la Sentencia, tras exponer los antecedentes relativos a casos sobre fundaciones en los que la Sala ha declarado la nulidad por fraude de ley, entre los que figuran los numerosos expedientes de UTEDLTs y el recién citado Lain Entralgo, añadirá en su FD Séptimo, con mayor claridad expositiva, que: "1.- Extinción de la personalidad en las Fundaciones.- En concreto, ciñéndonos al caso de las personas jurídicas no societarias y más particularmente a las Fundaciones, hemos de señalar que el art. 33 de la LF [Ley 50/2002, de 26/Diciembre] contempla diversas causas de extinción que en principio no guardan vínculo alguno con las tan referidas del art. 51 ET [plazo previsto; realización o imposibilidad del fin fundacional; fusión; causa estatutaria; y causa legal], y tal evento extintivo se produce -según los casos de pleno derecho, por acuerdo del Patronato o por resolución judicial motivada [art. 32], pero siempre con la obligada consecuencia de apertura del procedimiento de liquidación [art. 33]. Supuestos los legales que -salvo el tan indicado fraude en la génesis de las causas- por justificar la extinción de la personalidad y determinar el cese de toda actividad, ofrecen también cobertura legal a la extinción de los contratos de trabajo, sin necesidad de acudir -a su vez- a las causas económicas, técnicas u organizativas del art. 51 ET, únicamente exigibles -insistimos- si hubiese mediado conducta fraudulenta o abusiva en la terminación de la personalidad".

Así, lo primero que había que certificarse es que en el ejercicio anterior se hubiese presentado una situación de déficit presupuestario; en segundo lugar, que los créditos se minorasen al menos en un 5 por ciento en el ejercicio corriente o en un 7 por ciento en los dos anteriores.

Sobre el problema de si ese 7 por ciento podía ser subsumido por un porcentaje mayor pero en ámbito bianual, o tenía que acreditarse en todo caso de forma separada y cumulativa en cada uno, el supuesto protagonizado por la Diputación de Ourense⁸⁵, que culminará con el despido de 32 trabajadores indefinidos no fijos, todos declarados no ajustados a derecho. En él se fijará doctrina en el sentido de que ese 7 por ciento de reducción tenía que certificarse en cada uno de los dos ejercicios anteriores, no siendo válida por tanto una reducción equivalente al 11,65, pues desglosado había supuesto un 5,65 en un año y un 6 en el siguiente. Sin duda, y en mi opinión, excesivamente rigorista, pero sí una verdadera manifestación del principio pro operario.

La segunda cuestión tiene que ver con la multiplicidad de conceptos económicos, financieros y contables con los que se puede certificar una situación tan compleja como la que puede presentar cualquier Administración o entidad pública, que en ocasiones y por definición tiene que tener un presupuesto equilibrado o con resultado cero (vgr., el de las entidades locales *ex* LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera), pero cuya viabilidad a futuro, si no se adoptan planes de saneamiento y reestructuración -que evidentemente pueden afectar tanto a ingresos como a gastos- está más que seriamente comprometida. En ese sentido, y como se ha visto, la clave para el legislador reglamentario fue la certificación por secretario-interventor habilitado (art. 39.3 RD 1483/2012) de los referidos porcentajes del art. 35.3, obviando completamente otras dificultades como las que suponía la certificación de una insuficiencia durante tres trimestres consecutivos cuando el ejercicio presupuestario es por definición anual⁸⁶, o la viabilidad de las planificaciones plurianuales tal y como proclama de hecho la recién citada LO 2/2012. Por no mencionar el problema que también generan los niveles de endeudamiento acumulado.

De entre todas esas categorías van a destacar sobre todo dos. Una jurídica, como es la de los Planes de Ajuste⁸⁷; pero muy fundamentalmente otra, estrictamente contable, como la del Remanente de Tesorería⁸⁸, pues es la magnitud que mejor refleja el resultado de las liquidaciones presupuestarias últimas y acumuladas,

⁸⁵ STS de 23 de mayo de 2014 (Rec. 179/2013).

⁸⁶ Vid. Roqueta Buj. R., “Los despidos...”, cit., pp. 107-110 y Rodríguez Escanciano, S., cit., pp. 5-6.

⁸⁷ SS TSJ Castilla y León, Valladolid, 15.5.2013 (Rec. 693/2013) y Andalucía, Málaga, 25.10.2012 (Pr.4/2012).

⁸⁸ Vid. *Principios contables públicos*, elaborado por la Comisión de Principios y Normas Contables Públicas de la Intervención General de la Administración del Estado, en especial pp. 184 y ss, disponible en <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/>

esto es, la situación real que presentan las arcas de una entidad pública, muy especialmente las locales o municipales, al no ser fruto de una mera previsión como es cualquier nuevo presupuesto, siempre, a efectos de evaluar las capacidades de las que dispone para poder hacer frente a sus obligaciones⁸⁹.

Lo que se quiere resaltar con esto último es que al final, el razonamiento que mostrarán los Tribunales -eso sí, tanto para justificar como para rechazar la legitimidad de los despidos-, será mucho más rico en matices que el de la mera certificación de la existencia de un déficit puntual y la correspondiente reducción porcentual en el presupuesto del año siguiente, mostrando así las importantes carencias que a esos efectos presentan tanto la disposición legal como las correspondientes de naturaleza reglamentaria. Lo que no quita tampoco que se introduzcan a veces reflexiones que resultan muy difícilmente justificables, como las del caso Telemadrid, en el que se dirá que una situación de pérdidas no equivale a una situación económica negativa, sin que a estos efectos resulte tampoco determinante la existencia de un alto volumen de endeudamiento.

La tercera y última cuestión a destacar en el campo de la definición de las causas económicas va a ser la que representa la muy importante, sin duda, STS Contencioso-Administrativo de 19 de mayo de 2015 (Rec. 836/2012), que resolverá entre otras cuestiones la declaración de nulidad de los párrafos 2 y 3 del art. 35.3 RD 1483/2012, además del relativo a la obligación que recae en la Administración y no en el empleador de remisión de datos a la entidad gestora de la prestación por desempleo. Y ello sobre todo por las apreciaciones que realizará en torno a la significación material que ha de extraerse de la dicción legal de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente, en tanto que debe afectar a la posibilidad de financiar los servicios públicos encomendados. Es decir, la Sentencia, que no es que sea un dechado de virtud doctrinal en relación al ámbito de actuación que le puede corresponder a la potestad reglamentaria en el campo de la legislación laboral, termina declarando la nulidad de esos pasajes con la apostilla de algo mucho más trascendente. Concretamente:

El art. 35.3 del Reglamento introduce dos criterios bastante precisos para determinar si hay insuficiencia presupuestaria, a saber: el déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior, y la minoración de créditos en un 5% en el ejercicio corriente o en un 7% en los dos ejercicios anteriores. Y seguramente ambos criterios pueden reflejar situaciones de insuficiencia presupuestaria; es decir, situaciones en que la empresa no dispone de una previsión de ingresos suficiente para hacer frente a los servicios públicos que tiene encomendados. Ahora bien, lo que la norma legal de referencia -esto es, la actual disposición final 20ª del Estatuto de los Trabajadores - configura como causa justificativa del despido colectiva no es la mera insuficiencia presupuestaria, sino la “insuficiencia presupuestaria

⁸⁹ Sobre estas cuestiones me ocupo en el trabajo ya citado “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público”, pp. 525 y ss.

sobrevvenida y persistente”. Esta importante adjetivación está literalmente ausente en el art. 35.3 del Reglamento y, sobre todo, este precepto reglamentario no responde a la exigencia legal de que la insuficiencia presupuestaria sea persistente: el simple déficit presupuestario de la Administración Pública de referencia en el ejercicio anterior no implica forzosamente tal persistencia; y en cuanto a la minoración de créditos, aun cuando pueda a veces ser indicio de dicha situación, no conduce ineluctablemente a ella. Más aún, este criterio reglamentario supone una desviación del criterio legal, consistente en un dato material o sustantivo -como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados- sustituyéndolo por un dato puramente formal.

Lo cual plantea entonces la necesidad de tener que deslindar en cada caso concreto qué servicio público es el afectado e incluso si es de los que le corresponden a la Administración o entidad jurídico-pública en función de la cartera de servicios que legalmente les está encomendada o es de los de gestión voluntaria o adicional, pues no se trata ahora de mezclar el concepto de servicios esenciales, pues en tal caso no parece que la solución deba ser tampoco la misma. Es decir, una nueva complejidad para la que sin duda no está ni mucho menos preparado el cuerpo normativo disponible, y que habrá de sumarse a la de la trascendencia que tendrá en los recursos que aún se encuentran pendientes, más que en los nuevos procedimientos de despido, pues estos parece claro que se han detenido incluso antes de que esas reducciones presupuestarias hayan devenido poco menos que imposibles ante el crecimiento que empieza a mostrar la economía.

Desde otra perspectiva, y teniendo en cuenta la admisibilidad de la responsabilidad patrimonial de la Administración por actos del Estado Legislador⁹⁰, sobre todo cuando una norma con eficacia de ley es declarada inconstitucional habiendo producido daños y perjuicios a los trabajadores en el seno de los procedimientos judiciales resueltos conforme a la misma, en cuanto que se dicte con efectos retroactivos o *ex tunc*- y respecto de los que no cabe estrictamente el recurso de revisión-, la pregunta sería si es extensible esta solución a actos del Poder Ejecutivo como responsable directo de una norma por la que se han resuelto sin duda muchos procedimientos y que igualmente ha sido expulsada del ordenamiento. Todo un reto jurídico del que probablemente tengamos noticias en los próximos meses, dada la modalidad procesal a cuyo tenor se dictó esta Sentencia, que es la general de nulidad y no alguna de las indirectas de ilegalidad⁹¹.

⁹⁰ Por todas, y entre muchas, relativas a los procedimientos instados tras la declaración de inconstitucionalidad del RD-I 5/2012, de 24 de mayo, por la STC 68/2007, de 28 de marzo, en relación a los salarios de tramitación, vid. STS C-A de 14 de octubre de 2010 (Rec. 367/2009).

⁹¹ Sobre la eficacia retroactiva de este tipo de resoluciones judiciales, aunque de una forma indirecta y para nada definitiva al limitar sus efectos al terreno procesal y respecto de solicitudes formuladas sobre hechos con posterioridad, la doctrina contenida en la STS C-A de 10 de enero de 2014 (Rec. 2541/2011) y demás que cita y analiza.

3.4.2. Una especial referencia a la de tipo organizativo

La especial mención a la causa de tipo organizativo se ha de justificar, además que porque ha sido base de diversos procedimientos e interesantes pronunciamientos judiciales, por dos razones estrictamente jurídicas. La primera tiene que ver con el tratamiento que se le dispensa en los arts. 38, 39.5 y 40 RD 1483/2012. Y ello porque una lectura de conjunto de los mismos, y a diferencia de lo que establecía su antecesor aunque de forma genérica para todo tipo de procedimientos⁹², parece que llevan poco menos que a defender que en estos casos no es necesario técnicamente hablando la realización de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos. Conclusión que no deja de resultar chocante por muy aceptada y generalizada que se presente, pero que resulta aún más rechazable cuando esta causa se convierte en la razón única o el motivo último con el que se justifican los despidos. Algo que puede ocurrir tanto en los casos en los que la causa organizativa es la única alegada desde el principio –algo que en realidad nunca ha acontecido–, pero también cuando acompaña a la causa económica y ésta es sin embargo desestimada, convirtiéndose entonces en la causa última de soporte.

Supuestos en los que el protagonismo de la auténtica ratio interna del art. 40 RD 1483/2012 debiera prevalecer sobre la coetilla final del apartado 5 del art. 39, sobre todo a poco que se tenga en cuenta que este último precepto está enfocado exclusivamente para los despidos basados en un causa de orden económico, de ahí el carácter complementario u opcional que en ese concreto supuesto le asigna al referido Plan (*deberá aportarse la siguiente documentación: El Plan de Ordenación de Recursos Humanos, en caso de que este se haya tramitado*). De otro modo la solución normativa se convierte en poco menos que absurda, pues permitiría un despido por razones estrictamente organizativas sin que se supiera cómo iba a ser organizada la producción.

Respecto a la segunda razón por la que merece ser destacado el tratamiento de esta causa, hay que encontrarla sin duda en el hecho de que es la de más difícil aprehensión para un jurista de todas las contempladas en el art. 51.1 ET, por supuesto, dejando al margen la significación que se le ha dado tradicionalmente en los supuestos de descentralización productiva, así como a ciertas manifestaciones de adaptación a sistemas de organización de la producción como el denominado «just in time», difícilmente imaginable por cierto en el ámbito del sector servicios que es al que se dedica de manera prácticamente en exclusiva la totalidad de las Administraciones y entidades jurídico-públicas. Y es que basta con tener en cuenta la redacción legal de este motivo (*causas organizativas*), pero sobre todo sus necesarias consecuencias más que manifestaciones (*cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público*), sin obviar que son materias más propias de las ciencias

⁹² Vid., aunque referida al sector privado, STS de 26 de marzo de 2014 (Rec. 86/2012).

económicas y de la ingeniería, para coincidir en la necesidad de fijarnos en las concreciones que hayan podido hacer nuestros Tribunales⁹³.

En ese sentido, y de todos, el que se ha de destacar ahora es el que representa el caso del Ayuntamiento de Totana (Murcia)⁹⁴, entre otras razones porque será el mismo TS el que le dedicará todo un fundamento jurídico de manera monográfica a esta materia a fin de dar satisfacción a la pretensión autónoma que al efecto le fue formulada. Su lectura, al igual que el de otros casos semejantes⁹⁵, no dejará sin embargo de resultar altamente preocupante, pues no reflejará sino un cúmulo de medidas de clara y estricta naturaleza económica, eso sí, centradas en el ámbito de los gastos y de sus recortes, pero cuya traducción en términos de *cambios en los sistemas y métodos de trabajo* no se termina de atisbar⁹⁶.

3.5. La figura del trabajador indefinido no fijo, su equiparación al interino por vacante y la incidencia de los cambios operados en la doctrina jurisprudencial

Un proceso de extinción plural de contratos y relaciones de servicios, instado desde una Administración pública como es la Universidad Politécnica de Madrid, será la espoleta con la que se introducirá la última y hasta ahora más trascendente

⁹³ Si bien, debe anticiparse, que no son nada clarificadoras ni en el ámbito del sector industrial. Baste la remisión en este sentido a las resoluciones del caso Coca-cola (SAN 12.6.2014 y STS 20 de abril de 2015 – Rec.354/2014–), en las que supuestamente era la causa organizativa la primordial, aceptada incluso como uno de los hechos probados en la instancia, para comprobar cómo realmente su concreción se realiza en términos de sobreproducción y, por tanto, de minoración y redistribución de capacidades.

⁹⁴ STS de 2 de diciembre de 2014 (cit.).

⁹⁵ Véase al respecto la STJ Andalucía, Málaga, 10.6.2013 (Ayto. Estepona) y 1.4.2014, Sevilla (Pr. 51/2013) –Ayto. Sevilla y Sevilla Global, S.A. (segundo despido colectivo)–, en el que se entenderá cumplimentada esta causa toda vez que el Ayuntamiento certifica la suficiencia de su plantilla para la realización de las tareas de los puestos amortizados.

⁹⁶ Su ordinal sexto incluye asertos como: "... b) el hecho de que el Ayuntamiento a la vista de tal situación económica ha aplicado, a partir del 02-02-2012, un importante número de medidas, en lo cuantitativo y en lo cualitativo, tendentes al incremento de ingresos y a la reducción de gastos, detallados en los HP 5º y 6º de la sentencia impugnada, - los ya relatados, entre otros, por una parte, subida de tasas municipales e IBI y rescate gestión agua potable y alcantarillado; y, por otra parte, reducciones de concejales liberados, de personal libre designación, de salarios y complementos, de gastos protocolarios, supresión o revisión a la baja de algunos contratos de servicios, externalización gestión de varias escuelas infantiles, cancelación arrendamientos locales para uso municipal, congelación oferta empleo público, eliminación subvenciones y determinadas ayudas sociales, realización PGOU con medios propios, suspensión jornadas especiales festivos y nocturnos, de sexenios, cierre dependencias por las tardes, no renovación de algunas comisiones de servicios, amortización de 14 plazas ocupadas por funcionarios interinos o aumento de 2,5 horas semanales de trabajo a los empleados públicos y la reducción de días de permiso por vacaciones, asuntos propios y licencias --; y, finalmente, c) entre las anteriores medidas racionalizadoras cabe encuadrar el despido colectivo ahora impugnado, efectuado en fecha 29-11-2012 y afectante a 35 trabajadores, como medida para reducir un plantilla que en dicha situación derivaba sobredimensionada. 3.- La aplicación de la normativa expuesta al presente supuesto permite, por tanto, concluir que además, concurren causas organizativas, al haberse producido “ cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público “, que justifican la procedencia del despido colectivo impugnado”.

novedad en el régimen jurídico de una figura tan peculiar como es la que conforman los denominados trabajadores indefinidos no fijos de plantilla⁹⁷. Cualidad que se encuentra reservada en exclusiva a los empleados públicos que prestan sus servicios en entidades administrativas o estrictamente jurídico-públicas, bajo el régimen propio del contrato de trabajo, y a la que se accede normalmente como consecuencia de la detección de alguna irregularidad en la forma o en la causa que da inicio a la relación de servicios, aunque también puede surgir como consecuencia de su no cesación en tiempo e, incluso, con ocasión de vicisitudes varias como las que representan la subcontratación de obras y servicios, la cesión ilegal y hasta la sucesión empresarial⁹⁸.

En efecto, tras ser recogida legislativamente la realidad de esta creación de la Sala de Social del Tribunal Supremo, surgida hace casi dos décadas, en preceptos como los representó, primero, la hoy DA 15ª ET -introducida por la reforma laboral de 2006-, y de forma algo más difusa, el art. 11 del EBEP, y que por sus características principales han venido siendo asimilados a los trabajadores con una relación temporal determinada de interinidad por vacante⁹⁹, sometidos por tanto a las incidencias propias de la plaza o el puesto que ocupaban, pronto comenzará, sobre todo tras la puesta en marcha de la reforma de 2012, una singular evolución en la doctrina jurisprudencial.

Evolución que conocerá fundamentalmente de dos pasos. El primero tuvo que ver con el reconocimiento a los trabajadores que se vieran separados del empleo público por causa no atinente a su voluntad del derecho al percibo de una indemnización equivalente a la establecida para el resto de los contratos temporales estructurales, esto es, los previstos en el art. 15.1, a) y b) ET, toda vez que como se sabe el de interinidad no la devenga *ex art. 49.1 c) ET*¹⁰⁰, en cualquiera de sus dos modalidades. Derecho al devengo que se llegará a reconocer incluso en el seno de procesos por despidos ya iniciados y en los que no se incluía ni siquiera tal posibilidad en el suplico de las demandas, menos aún en el objeto de la litis de las anteriores instancias, en aplicación de un más que eficiente principio de justicia material y pragmatidad más que de economía procesal. El segundo paso se dará con motivo del referido proceso de amortización de plazas vacantes

⁹⁷ STS de 24 de junio de 2014 (Rec. 217/2013), con la que se rectifica doctrina anterior y se declara nulo el cese de 156 trabajadores, en un proceso de reestructuración global que suponía la amortización de 301 puestos ocupados interinamente, 145 con personal funcionario y el resto por personal laboral.

⁹⁸ Así se llega a reconocer a efectos de contratos de servicio y cesión ilícita, por ejemplo, en la Circular dictada por la Abogacía del Estado para el conjunto de la Administración General del Estado, y para otras en las que resulta de aplicación subsidiaria su normativa, con ocasión de la interpretación de la disposición adicional primera del RD-1 20/2012, de 13 de julio. Disponible en www.femp.es

⁹⁹ Un estudio muy reciente sobre la figura en, Arenas Viruez, M., "Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza", *Temas Laborales* núm. 129/2015, pp. 133-179.

¹⁰⁰ Entre éstas, las SS TS 14 de octubre de 2013 (Rec. 68/2013); 15 de octubre de 2013 (Rec. 383/2013); 23 de octubre de 2013 (Rec. 408/2013); 13 de enero de 2014 (Rec. 430/2013); 21 de enero de 2014 (Rec. 1086/2013); 11 de febrero de 2014 (Rec. 1278/2013); 14 de abril de 2014 (Rec. 1896/2013) y 11 de junio de 2014 (Rec. 2100/2013).

de la Universidad Politécnica de Madrid, y en el que la Sala del TS terminará de rectificar su doctrina.

Una rectificación que pasará por reconfigurar, con carácter previo, la propia naturaleza jurídica de la relación indefinida no fija de estos empleados públicos, para después aplicarles, en consecuencia, la nueva regulación establecida por los arts. 51, 52 y DA 20^a ET. En ese sentido, ese primer paso previo y que en principio nada tiene que ver con la reforma laboral, pasa por recalificar el elemento accidental al que están sometidas las principales obligaciones del contrato y que determinan su vigencia o duración, que dejará de ser considerado como el propio de una condición resolutoria –base por la que se permitía hasta ahora la extinción de estas relaciones sin necesidad de acto formal de despido, tanto en el caso de cobertura reglamentaria de la plaza como en el de mera amortización de la vacante, esto es, por mera denuncia del empleador-, para postularse como un ejemplo de término indefinido o incierto, de igual naturaleza extintiva o resolutoria por su acaecimiento, aunque no tenga en su formulación una duración exacta en forma de fecha concreta. Un paso que supone desde luego la total separación que hay que establecer entre el régimen aplicable a estos empleados laborales con el del personal interino de carácter funcional o administrativo, e incluso laboral regular, y que está por ver si será también de aplicación al personal interino laboral en el ámbito de las empresas privadas, aunque en éstas ciertamente esta modalidad del contrato de sustitución -interinidad por vacante- tiene un régimen jurídico muy diferente por lo que no parece que deba tener mayor repercusión (arts. 4 y 8 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre).

Para el perfeccionamiento de este primer cambio se buscarán así los pertinentes apoyos en la teoría general de las obligaciones y contratos así como en su correspondiente reflejo normativo del Código Civil, si bien, todo hay que decirlo, no con excesiva dedicación, pues bastará con citar los preceptos de cabecera (arts. 1113 y ss.; y 1125 y ss.), así como pre-configurar las premisas de partida, para construir un silogismo que suena más en realidad a sofisma que a verdadera construcción dogmática. Y es que se partirá de la afirmación de que el contrato está sometido a un plazo que se ha de calificar como término y no como condición, por lo siguiente: 1) porque el término, que se ha de definir como un hecho futuro y cierto, puede estar referido tanto a una fecha cierta como incierta siempre que exista la seguridad de que acaecerá, en tanto que la certeza ha de entenderse referida sobre todo a la realización de la contingencia y no al concreto momento en que se produzca (*certus an e incertus quando*); 2) porque toda condición resolutoria presupone necesariamente que el hecho referenciado haya de ser futuro e incierto, carácter éste, el de la falta de certeza, que se ha de negar de raíz en estos casos pues lo contrario significaría tanto como reconocer a este personal la misma condición que al de carácter fijo, en lugar de la de temporal, algo que está vetado por los principios y derechos de orden constitucional.

El problema está, lo cual no ha de interpretarse en modo alguno como crítica a la solución final indemnizada, en que esa diferenciación entre el término y la condición resolutoria con esas características de indeterminación temporal es poco menos que irresoluble, es decir, más teórica que jurídico-positiva, al igual que ocurre con el intento de distinción entre un término y una condición suspensiva de una obligación cuando durante su periodo latente irrumpe un hecho externo y nuevo como puede ser un cambio normativo, en el sentido de discernir si en ese caso el derecho llegó o no a consolidarse o ni siquiera nació. Y ello porque lo primero que se obvia es que la condición no siempre requiere de una referencia a un hecho incierto, el propio art. 1407 del código civil admite que pueda ser un hecho presente o hasta pasado, siempre que sea desconocido por las partes. En segundo lugar, porque cualquier elemento accidental de las obligaciones, como es el que afecta a su propia vigencia y eficacia, requiere, al igual que todo el contrato, de un consentimiento válido emitido por ambas partes. Y lo cierto es que cuando se accede con un contrato temporal a una Administración pública, ésta, por lo menos, no es ni mucho menos consciente de que dicha circunstancia puede quedar en entredicho porque no exista una duración determinada en forma de fecha cierta. De hecho, nótese cómo la conversión del contrato temporal en indefinido en estos casos tras la detección de una ilicitud o irregularidad no siempre ha de estar en el origen de la relación, por no decir que es una consecuencia jurídica que se articula con un claro componente sancionador, o reparador si se prefiere, pero en ningún caso como consensual o expresamente aceptada.

En todo caso, y como se decía, ésta será la nueva posición jurisprudencial, por lo que a partir de ese momento todo acto de extinción de un contrato de este tipo que no encuentre su base en la cobertura reglamentaria de la plaza por los procedimientos hábiles establecidos al efecto, quedará sometido a las mismas reglas y principios que el de cualquier otra relación laboral. Lo que supone su necesaria inclusión en el cómputo de los umbrales del art. 51 ET de producirse *ante tempus*, tal y como está establecido para el conjunto de las empresas tanto públicas como privadas¹⁰¹.

De ahí que su incumplimiento genere tanto la opción de su impugnación colectiva, en caso de tratarse de un despido colectivo de hecho¹⁰², como incluso individual, pudiendo generar en ambos casos la calificación judicial de nulidad de los despidos de no instarse por el empleador el procedimiento previo adecuado¹⁰³.

¹⁰¹ Molina Navarrete, C., “Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿”cesantía” o “despido objetivo”?”, *Aranzadi Social* núm. 9-10/2014 (BIB 2014\64).

¹⁰² Al respecto, Sempere Navarro, A.V. y San Martín Mazzucconi, C., “Criterios del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos”, en www.gomezacebo-pombo.com

¹⁰³ La STS de 24 de junio de 2014 apoyará también su fundamentación en el incumplimiento del art. 70 EBEP, relativo a la Oferta de Empleo Público y al necesario desarrollo del proceso en el plazo improrrogable de tres años, sin que pudieran resultar oponibles las restricciones de las sucesivas leyes generales de presupuesto

3.6. Algunas implicaciones procesales

Llegados a este punto y con el objetivo muy limitado de enumerar mediante una serie de apuntes telegráficos la ingente cantidad de cuestiones que suscita la nueva modalidad instaurada por el art. 124 LRJS, así como de aprovechar para presentar un último caso que no puede dejar de mencionarse por las singularidades jurídicas y territoriales que conlleva para nuestra Comunidad Autónoma, como es el caso de los Consorcios UTEDLT (Unidad Territorial de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico), mínimamente mencionados hasta ahora, abordamos esta complejísima parcela que supone cualquier materia relativa al derecho procesal laboral. Y ello sobre todo porque es una rama del Ordenamiento que se encuentra informada por una serie de principios ontológicos propios, probablemente porque no puede ser de otra forma, como son todos los relacionados con lo que se considera el orden público procesal, lo que supone en la mayor parte de los casos imperatividad absoluta e insubsanabilidad, lo que no siempre resulta acorde con los requerimientos de practicidad y realismo (traducción al caso de los principios de oralidad, intermediación y celeridad) que demanda todo sistema de relaciones laborales.

En cuanto a los apuntes bastaría con enumerar algunos de los principales problemas que ha generado la creación de esta modalidad de carácter colectivo, sin duda muy bienintencionada y útil –sobre todo cuando termine de perfilarse-, incluidos los adicionales que han traído consigo las reformas llevadas a cabo en agosto de 2013 (RD-l 11/2013) y, sobre todo, a través de la ley 1/2014, de 28 de febrero, para entender que es necesaria otra ponencia monográfica para su estudio y consideración. De ahí que lo prudente sea la remisión a alguno de los extraordinarios trabajos que ya se han publicado sobre estos específicos temas¹⁰⁴.

Y es que esas dudas han afectado al tratamiento de estas pretensiones en todas y cada una de las fases imaginables de cualquier proceso, algunas de las cuales han sido incluso indiciariamente apuntadas en las páginas que preceden. Y ello por razón, a veces, de la propia complejidad que presenta el texto procesal, rico en apartados y matices, sin duda, pero como mínimo muy mal ordenado sistemática e internamente –vgr., motivos de la demanda, en la que aparecen al final las causas de

del Estado, lo cual no deja de ser cuando menos sorpresivo; así como en el art. 74 de esta misma Ley 7/2012, a efectos de restar también valor a los planes de ordenación y relaciones de puestos de trabajo. Cerrado ya este trabajo se ha tenido conocimiento de una nueva Sentencia, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por la que se ha declarado no ajustado a Derecho el despido colectivo de 66 trabajadores, tras su correspondiente instrucción, noticia del diario www.iustel.com, de 25 de junio de 2015.

¹⁰⁴ Por todos, Desdentado Bonete, A., “Problemas procesales del despido colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 169/ 2014, pp. 55-82.; y González González, C., “Aspectos procesales sobre los despidos colectivos en la doctrina del Tribunal Supremo”, Aranzadi Doctrinal, N.º 5, 2015, págs. 109-126.Tb., y aparte del capítulo correspondiente de las obras colectivas sobre la materia, como AA. VV., *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi, 2ª ed., 2014; las actas de las Jornadas celebradas en Madrid por UGT y el CGPJ, “Puntos críticos del despido colectivo. Aspectos sustantivos y procesales y propuestas de reforma”, disponible en portal.ugt.org

nulidad (art. 124.2 LRJS), o hasta la ausencia de remisión a las cuestiones generales de cualquier proceso por despido, como es el orden de intervención de las partes-. Una complejidad que también es predicable por supuesto del derecho sustantivo que le da soporte –en materia sobre todo de selección de sujetos negociales, lo que conlleva el de la legitimación activa y pasiva, sin obviar los problemas litisconsorciales-. Cuestiones todas que se trasladarán también al propio objeto de la modalidad, con lo que ello supone de cuestiones que le son propias y extrañas, en cuanto que llamado a ser compatible con los procesos individuales –que se deben suspenderse si es que se inician-, pasando por las dudas que genera el cómputo de los plazos de caducidad de las acciones, que ahora son varias y sucesivas y hasta potenciales –la llamativa acción de jactancia empresarial es todo un paradigma-, hasta dar lugar a las reglas sobre la conformación del fallo de las sentencias –en especial, cuando procede la nulidad-; pasando por las peculiaridades que presenta el recurso de casación frente al de suplicación, que ni siquiera son idénticos en la versión ordinaria del primero (vgr., en materia de revisabilidad de la prueba practicada), y todo lo relativo al complementario proceso de ejecución. Todo un mundo este último que ha tenido que ser reformulado por completo por el legislador desde el momento en que las Salas de planta de nuestros órganos colegiados, que son las competentes en la instancia, no parecían estar muy dispuestas a asumir el enjambre documental e incidental que supone hacer efectivos los títulos ejecutivos, pactándose así la solución intermedia en que consiste que se hacen cargo solo de los casos de nulidad pero sin efectos retroactivos. Y sin olvidar tampoco otra de las últimas novedades instauradas por la más reciente jurisprudencia, como es la de imponer la obligación de consignación del importe de las condenas a los empleadores como requisito de procedibilidad de sus recursos en caso de impugnación de una sentencia desestimatoria, todo un hándicap para un proceso que se creía fundamentalmente declarativo y que a buen seguro provocará un notable descenso en el volumen de la litigiosidad, al menos, la que se daba hasta ahora al más alto nivel.

Por lo que se refiere a las razones por las que se ha decidido la incardinación del caso de las UTEDLTs en este último apartado hay que decir, aunque llegó a ser parcialmente anticipado al inicio, que se han de encontrar en el hecho de que protagoniza la mayor serie de condenas por fraude y nulidad de todos los supuestos de despido colectivo conocidos hasta el momento¹⁰⁵. Una consecuencia jurídica que tiene siempre una notable connotación procesal pero muy especialmente tras la reforma del art. 124 LRJS, pues es este concreto precepto el que se ha visto notablemente reducido en ese sentido, es decir, en el de los supuestos que pueden conllevar a la nulidad, que solo cabe (“únicamente”) cuando el empresario no haya realizado el período de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores o no haya respetado el procedimiento

¹⁰⁵ SS TS de 17, 18 (dos) y 19 de febrero de 2014 (Rec. 142/2013, 108/2013, 151/2013 y 150/2013), entre muchas que superan ya la treintena, pero que probablemente se duplicarán cuando acabe la serie.

establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 124.11 LRJS)¹⁰⁶.

Los elementos clave para la contextualización general del caso pueden sistematizarse como sigue: 1) Los Consorcios UTEDLT son sujetos de derecho público constituidos en la totalidad de las comarcas (94) en las que se estructura a estos efectos el territorio de la CCAA de Andalucía, mediante la asociación de un determinado número de municipios en cada caso con la delegación provincial de la consejería competente por razón de la materia –que actúa como representante-, en régimen de paridad, si bien, la Administración autonómica se reserva y ostenta la presidencia del órgano supremo de deliberación y el consiguiente voto de calidad en caso de empate. 2) Su financiación, íntegramente pública, tiene su origen parcial en fondos remotos aunque su conducción final se realiza en todo caso a través de la Junta de Andalucía. 3) En el seno de estos Consorcios, y tras ser traspasado unos años antes el personal estrictamente auxiliar y administrativo a otra Fundación pública (FRAE), prestan servicios los agentes locales de promoción del empleo (Alpes), que son dirigidos por un cargo unipersonal (Director), que en principio ostentaba incluso el título propio de una relación laboral de carácter especial por Alta Dirección; un colectivo éste que tras diversas reclamaciones originadas con ocasión de los descuentos salariales establecidos por el RD-1 5/2010 (mayores para los Altos Cargos y Directivos), conseguirá judicialmente que se les tenga como personal laboral ordinario. 4) Con ocasión de la puesta en marcha de un proceso general de reestructuración de la totalidad del sector público autonómico, se aprobará la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía; una ley que resultará conflictiva en otros muchos aspectos¹⁰⁷ y en la que finalmente se contendrá un precepto específicamente diseñado para estas estructuras consorciales, el art. 8.5, en cuya virtud: *El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se*

¹⁰⁶ Sobre la evolución normativa de esta calificación judicial, Sempere Navarro, A.V., “Nulidad de despido colectivo fraudulento”, Aranzadi Doctrinal, núm. 3/2014, pp. 53-61.

¹⁰⁷ En virtud de ese proceso se produjo, por ejemplo, la integración en pleno del conjunto del personal contratado por las distintas fundaciones y empresas públicas adscritas al sector autonómico andaluz, en las correspondientes agencias administrativas de régimen especial que se crearon al efecto, y con las que se sustituirán a la práctica totalidad de aquéllas, y que ha venido a significar en realidad, según la posición finalmente adoptada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, un ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde a la CCAA ex art. 148.1.18 CE. Vid. SS TS C-A de 21 de enero de 2013 (RJ 2013, 1893, 25 de marzo de 2013, (dos) (RJ 2013, 3208 y 3225), 16 de septiembre (RJ 2013, 7165), 2 de octubre (RJ 2013, 6602), 4 de octubre (RJ 2014, 449), 9 de octubre (RJ 2013, 7355), 15 de noviembre (RJ 2013, 7953) y 30 de diciembre (RJ 2014, 354). Entre las últimas, las de 11 de febrero de 2014 (RJ 948) y 16 de junio de 2014 (Rec. 550/2013). Sentencias que vinieron de hecho a salvar la contradicción de pareceres manifestada en un principio entre las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, de Málaga y de Sevilla, y que se encuentran no obstante pendientes de revisión por la jurisdicción constitucional al haber sido recurridas en amparo.

acuerde su disolución o extinción. 5) Como consecuencia de los recortes en las transferencias de presupuestos, la Junta de Andalucía diseñará un plan para cerrar y liquidar la totalidad de estas estructuras, plan que pasa por el despido de la totalidad de la plantilla restante (en torno a 800 trabajadores, entre Alpes y Directores) con anterioridad a la disolución formal de los Consorcios, a fin de evitar la consiguiente subrogación por el SAE; el plan se articulará según la dimensión de cada Consorcio por la vía de despidos individuales (art. 52 c) –en aquellas estructuras que contasen con menos de 5 trabajadores-, y sendos procedimientos de despido colectivo en los demás casos. 6) Entre los primeros problemas que se generarán destacarán fundamentalmente dos; uno, el de la selección del sujeto representativo de los trabajadores, desechadas las principales centrales y sus secciones sindicales, se negociará con un comité llamado de empresa por el convenio colectivo, pero que se encuentra constituido por representantes elegidos por el personal de todos los consorcios de cada provincia; por otro lado, y ante la falta de representantes de los directores, que nunca pudieron ejercer el derecho de voto, se ampliará cada una de las ocho comisiones con un representante de estos; dos, en distintos consorcios, los representantes municipales en el órgano decisorio o no comparecerán al pleno convocado al efecto y no darán su aquiescencia a los despidos, o votarán directamente en contra –detalle éste por lo que en algunas sentencias no aparecerán como codemandados o no serán directamente condenados-, entre otros motivos porque optarán por integrar al Alpe que tenían adscrito en su propio consistorio. 7) Desarrollados los periodos de consulta sin que se consiguiera acuerdo alguno entre las partes, ejecutados todos los despidos e incluso tramitadas las impugnaciones de instancia, las Salas de lo Social de las distintas sedes del TSJ de Andalucía declararán unánimemente ajustadas a derecho la totalidad de las extinciones, lo que provocará la elevación de autos al TS al presentarse los correspondientes recursos de casación.

Será pues en el Alto Tribunal el que tendrá que descifrar finalmente el caso en el sentido de declarar y certificar la existencia de un supuesto de fraude de ley. Situación que ha demostrarse siempre por quien lo alegue pero para lo que se admite tanto la prueba parcial (suficiente) como la de presunciones, obviamente con base en hechos e indicios que se consideren concluyentes. De las múltiples consideraciones que realizará la Sala, y que han sido ratificadas en todos los casos dictados hasta el momento, dos cuestiones son las que habría que destacar ahora por su condición más general. La primera tiene que ver con el significado marcadamente restrictivo que ha querido dar el legislador a los casos que deben conllevar a una declaración de nulidad.

En ese sentido la jurisprudencia establecerá que no puede considerarse excluido en ningún caso el supuesto del fraude de ley, y como se ha visto en otros tantos, tampoco el de abuso de derecho (arts. 6 y 7 Código Civil), menos aun cuando lo protagoniza una Administración pública a la que le es aplicable la doctrina del

abuso y la desviación de poder. La segunda consideración tiene que ver con un aspecto que ha sido algo menos resaltado en los medios y que provocó incluso un recurso de nulidad por vulneración de derechos fundamentales (por incongruencia), el relativo al ámbito subjetivo de la condena. Y es que debe tenerse en cuenta en todos estos casos la complejidad que está suponiendo conseguir la verdadera efectividad de los fallos, pues las condenas son en principio a los codemandados e incluso en algunos casos a los específicamente determinados en la parte dispositiva, en cuanto partícipes, lo que ha supuesto la exclusión de algunos ayuntamientos y municipios. Pero sobre todo, porque por razones de derecho transitorio hay que esperar a las sentencias de los procesos individuales. Incluso en esos supuestos, y en trámite de ejecución incidental, se les requiere a los trabajadores para que “opten” en qué Administración concreta quieren ejercer su derecho al “reingreso”, pues se da como totalmente imposible la del Consorcio (que materialmente siguen cerrados), habiéndose concluido ya en algún caso el percibo de las prestaciones por desempleo y sin que sigan sin abonarse salarios de tramitación alguno.

Para complicar algo más el asunto, algún Juzgado de Instancia en los procesos seguidos por despidos considerados estrictamente individuales (Consortios de menos de cinco trabajadores en los que no se formuló tampoco pretensión alguna sobre la posible consideración de grupo)¹⁰⁸, ha calificado la extinción como improcedente, al considerar que no existe condición de cosa juzgada y estar excluida tal posibilidad de nulidad en los procesos que no se ventilen a través del art. 124 LRJS.

En fin, todo un despropósito como puede colegirse.

4. UNAS BREVES VALORACIONES CONCLUSIVAS: LA PERSISTENCIA DE, AL MENOS, ALGUNA DE LAS CAUSAS REMOTAS DEL PROBLEMA

Un resumen a modo de *abstract* de todo este trabajo debería establecer, en primer lugar, que el impacto real del nuevo régimen jurídico instaurado por la DA 20ª ET no es desde luego trascendente, en el sentido de traducción cuantitativa o número de expedientes y de contratos de trabajo afectados, máxime si comparado con el volumen de empleo que ocupa el sector público. Tampoco si medido en forma de porcentaje de participación en la reducción global que últimamente se

¹⁰⁸ Otro caso muy singular de despido colectivo y en el que se verán implicadas entidades del sector público, incluida una Administración municipal, es el resuelto por la STS de 18 de febrero de 2014 (Rec. 108/2013), sobre una estación de servicio en el término de Mairena del Aljarafe (Sevilla), y en el que se combina la prohibición del art. 44 con el régimen del art. 51, ambos del ET, a fin de alcanzar también la calificación de nulidad de todas las extinciones. Su voto particular, como en otras tantas resoluciones de este tipo –por el tiempo en el que se dictan y la materia a la que se refieren–, no tiene tampoco desperdicio.

muestra por éste, en comparación con la que ha supuesto, por ejemplo, la restricción de las tasas de reposición o la casi absoluta prohibición de nuevas contrataciones en fundaciones y sociedades públicas. Sin perjuicio, obviamente, de que para todos y cada uno de los trabajadores despedidos y sus familias sí lo ha podido ser y mucho.

En consecuencia con lo anterior, y visto el despliegue de medios se que ha efectuado en estos últimos años, tanto en el plano extrajudicial y previo como en el estrictamente procesal, incluidos de forma muy significativa los esfuerzos intelectuales y de creación jurídica, han de considerarse manifiestamente desproporcionados.

La cuestión estribaría entonces en si es necesaria o no una reformulación legal, que puede ser parcial o completamente nueva, o si puede considerarse que con la doctrina jurisprudencial y científica, junto con las actuales previsiones normativas, puede construirse un verdadero régimen coherente que aporte cuando menos un mínimo de seguridad jurídica. Pues qué duda cabe que el número de declaraciones de nulidad es excepcionalmente alto. Y es que a la generalizada afirmación, expresada con acierto en más de un titular periodístico, “los tribunales tumban la reforma laboral”, hay que contestar que sin lugar a dudas sí, es más, afortunadamente sí, si eso conlleva a que se mantenga el alto porcentaje de acuerdo con el que tradicionalmente se cierran en España estos periodos de consulta y negociación. Otro caso será, aunque minoritario, si ello conlleva un desproporcionado aumento de costes que en algún caso puntual puede suponer hasta la total ruina personal y la consiguiente desincentivación del emprendimiento. Quizás en esos casos sea la tan anunciada ley de segunda oportunidad la que pueda dar lugar a una solución equitativa, aunque esto habrá de quedar reservado exclusivamente a personas físicas y nunca al sector público. En todo caso, y como se ha propuesto al menos para supuestos de incumplimiento de mera formalidad, quizás una más efectiva intervención de la Administración laboral antes de la ejecución de la medida podría ser suficiente.

Por otra parte, y apoyándome en lo que entiendo en una cuestión más que aceptada en términos sociológicos, creo que el gran error de concepto que se ha cometido con la instauración de este régimen específico para el concreto ámbito que conforma el sector público, tiene su base en la falta de diferenciación suficiente entre los distintos grupos que conforman el amplísimo colectivo de sus empleados. Error que tiene su origen, más que en el tipo de consecuencia jurídica implantada por la jurisprudencia ante la detección de irregularidades administrativas -aunque también, por su extensión constante y la falta de discriminación entre supuestos-, en la ausencia de controles eficientes en los procedimientos por los que se accede a determinados tipos de puestos de trabajo. Muy en especial en las denominadas genéricamente empresas públicas (excluidas casi totalmente del EBEP, *ex* disposición adicional primera) y en las Administraciones de menor nivel territorial.

De hecho, la conjunción de factores como son el crecimiento económico, que conlleva casi indisolublemente también al presupuestario, y la nueva consideración de los trabajadores indefinidos no fijos, pueden hacer pensar que no es necesaria ninguna nueva reforma, con lo que ello supone de falta de preparación para el próximo ciclo bajista a la que económicamente parece que se está siempre condenado y de perpetuación del *status quo*.

No es que se apueste por soluciones tan drásticas como las que empiezan a conocerse en forma de condena penal a dirigentes y gobernantes públicos que con total desprecio de las normas de procedimiento deciden sobre el ingreso de nuevo personal sin cumplimentar las más mínimas garantías, pero ha de tutelarse también a quien honestamente apuesta por ellas aunque solo sea porque es un derecho fundamental básico de rango constitucional.

Una solución intermedia debería saber combinar y diferenciar según el tiempo de servicios que se lleven acumulados y el modo con el que se procedió al ingreso; forzando en todo caso a que se inicien y resuelvan las necesarias convocatorias públicas para la consolidación y regularización, que son las que deberán dar oportunidad a todos los que se pudieran encontrar interesados.

COMUNICACIONES

**REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLA
POR AMORTIZACIÓN SIMPLE DE
INDEFINIDOS NO FIJOS E INTERINOS POR
VACANTE: OBJECIONES A UNA OPCIÓN
JURISPRUDENCIALMENTE ABORTADA Y
(EVENTUAL) RESPONSABILIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (POR EL
CAMBIO DE DOCTRINA)**

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado y TU Acreditado
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

SUMARIO:

- 1. PRESENTACIÓN**
- 2. [BREVE] EXPOSICIÓN DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AMORTIZACIÓN SIMPLE DE LA PLAZA LOS CONTRATOS INDEFINIDOS NO FIJOS E INTERINOS POR VACANTE**
- 3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS DE LA STS 24 DE JUNIO 2014 (REC. 217/2013)**
 - 3.1. Objeciones a la naturaleza temporal de la relación contractual de los interinos por vacante**
 - 3.2. Objeciones a la reconducción de las simples amortizaciones de los indefinidos no fijos a las reglas resolutorias por “causas de empresa”**
- 4. “TANTEO” A PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS DIRIGIDOS A DIRIMIR EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿UNA “PIRUETA” JURÍDICA SIN FUNDAMENTACIÓN Y/O FUTURO?**
- 5. VALORACIÓN FINAL**
- 6. BIBLIOGRAFÍA**

1. PRESENTACIÓN

La extensión de la lógica extintiva de los interinos por vacante a los trabajadores indefinidos no fijos por parte de la jurisprudencia¹ habilitaba una vía ciertamente generosa a las Administraciones Públicas para reajustar sus plantillas en un escenario de contención presupuestaria y ajuste del déficit como el que ha experimentado nuestro país en los últimos años. Especialmente porque hacía innecesario acudir a los procedimientos de resolución por “causas de empresa” previstos en los artículos 51 y 52 c) y la DA 20ª del ET.

La particularidad del caso es que, en un breve lapso de tiempo (menos de 3 meses)², se ha producido un cambio en la doctrina jurisprudencial³. En efecto, en virtud de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) - dictada en Sala General -, se ha entendido que “la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por un interino por vacante, no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva Relación de Puestos de Trabajo”.

Es evidente que con este giro jurisprudencial se da una adecuada respuesta (en términos de justicia material) a este colectivo, al incrementarse notablemente su estatuto protector⁴.

¹ Por primera vez, tras la promulgación de la Ley 3/2012, en Sala General, STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012). Un comentario al respecto en SANDE PÉREZ-BEDMAR (2014). «La extinción del contrato indefinido no fijo fundada en la amortización de plazas en las Administraciones Públicas». Revista de Información Laboral núm. 4, versión digital (BIB 2014\1548); y LÓPEZ LLUC (2014). «La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del tribunal supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular». RDS núm. 164, p. 175 y ss. Criterio, posteriormente seguido por las SSTs 14 de octubre 2013 (rec. 68/2013); 15 de octubre 2013 (rec. 383/13); 23 de octubre 2013 (rec. 408/2013 y 804/2013); y 13 de enero 2014 (rec. 430/2013).

² La última sentencia que mantiene el criterio defendido por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), es – salvo error u omisión – la STS 14 de abril 2014 (rec. 1896/2013).

³ Al margen de los Votos Particulares de las SSTs 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) y 23 de octubre 2013 (rec. 804/2013), discrepante con la decisión de fondo del criterio mayoritario, el propio TS mantiene en pronunciamientos posteriores/coetáneos (SSTs 14 de octubre 2013 - rec. 68/2013; y 3 de enero 2014 - rec. 430/2013) que “En cuanto al fondo, - y dada la fecha de la extinción contractual en la que no resulta aplicable la DA 20ª ET (aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público) en redacción efectuada por Ley 3/2012, y sin perjuicio de lo que en su día puede acordarse -, por razones de seguridad jurídica, acordes con la naturaleza de este recurso unificador, debemos estar a la doctrina establecida en la STS/IV 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012, Sala General, con voto particular), en la que se proclama que la Administración pública empleadora puede amortizar los puestos de trabajo ocupados por trabajadores indefinidos no fijos sin necesidad de acudir a los arts. 51 o 52 ET.

⁴ El “interés” político legislativo de este cambio de doctrina es particularmente visible en el voto particular de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) cuando valorando el criterio mayoritario de la Sala el ponente se afirma “todo ello se lleva a cabo (...) de forma un tanto abstracta y sin tener en cuenta la situación de la trabajadora demandante, que en un contexto de crisis generalizada, después de casi 20 de prestación de servicios para una Administración Pública, por causas totalmente ajenas a su voluntad, ve extinguida su relación, sin una mínima indemnización compensatoria, lo que – anticipo - choca frontalmente no sólo con los principios de un

Pero, en paralelo a estas “bondades”⁵, en la medida que el TS ha modificado un criterio interpretativo que había ratificado (en Sala General) pocos meses antes, emerge una dimensión que (sin ser exclusiva de este supuesto concreto) tiene que ver con el principio de seguridad jurídica y la responsabilidad patrimonial de las AAPP. En concreto, nos referimos al hecho de que es posible – como ha sucedido - que las AAPP, al albur de la doctrina anterior a la STS 24 de junio 2014(rec. 217/2013), tomaran una serie de decisiones convencidas de su legitimidad, pero, al estar *sub iudice* con posterioridad a dicha fecha, han recibido (y recibirán) un reproche jurisdiccional y están siendo (y serán) declaradas responsables. En este contexto, sin pretender extendernos en exceso, pues superaría con mucho el espacio razonable de un ensayo de estas características, nos proponemos (muy modestamente) “tantear” algunos planteamientos teóricos en aras a dirimir la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por la actuación del TS al cambiar de doctrina y aplicarla retroactivamente sin matices a decisiones extintivas anteriores a su giro interpretativo.

Antes de proceder a esta aproximación, a continuación, procederemos a exponer sintéticamente la doctrina anterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), para con posterioridad, evaluar desde un punto de vista técnico-jurídico los motivos que alega el Alto Tribunal para justificar su nuevo razonamiento. Vaya por delante que, sin criticar – como hemos advertido - la idoneidad del cambio de doctrina en términos de justicia material, la batería de argumentos esgrimidos para sostenerla no nos resultan lo suficientemente convincentes desde el punto de vista de la dogmática jurídica.

2. [BREVE] EXPOSICIÓN DE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AMORTIZACIÓN SIMPLE DE LA PLAZA LOS CONTRATOS INDEFINIDOS NO FIJOS E INTERINOS POR VACANTE

La doctrina jurisprudencial consolidada⁶ con respecto a los interinos por vacante entendía que dichos contratos se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato. Y, los argumentos para defender estos criterios pueden sintetizarse del siguiente modo:

Estado social de derecho, que el artículo 1º de nuestra Constitución proclama y garantiza, sino también con los principios de la Carta Social Europea -ratificada por España - y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, - igualmente ratificado- normas todas ellas que garantizan protección en caso de despido”.

⁵ Extensamente, MOLINA NAVARRETE (2014). «Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿“cesantía” o “despido objetivo”?». Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 9, versión digital (BIB 2014\64).

⁶ Por todas, STS 8 de junio 2011 (rec. 3409/2010).

- Las relaciones laborales de los interinos por vacante están sometidas a condición resolutoria. En concreto, según la jurisprudencia “la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue, pues entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que, o bien, supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido [pues el interino no cesa en tanto no se incorpore el titular, cuyo nombramiento no se produce por hipótesis, al entender la Administración innecesario el puesto de trabajo], o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ya ha acordado”⁷.

- Esta doctrina es extensible a los casos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización, y ello tanto porque no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido el presupuesto de la modalidad contractual [la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña -en realidad- de forma interina], con lo que nos situamos en los supuestos de los arts. 1117 CC y 49.1.b) ET⁸.

- Por consiguiente, la “condición” puede identificarse con la “provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura”, o bien, “si el puesto desempeñado desaparece por amortización”⁹.

- Estos criterios son perfectamente extrapolables a las relaciones “indefinidas no fijas”, pues, describen situaciones idénticas, dado que se trata de contratos también sometidos a la condición resolutoria de la provisión reglamentaria de la plaza y, por lo tanto, cuando por amortización no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue *ex arts. 49.1.b) ET y 1117 CC*¹⁰.

⁷ Entre otras, SSTS 8 de junio 2011 (rec. 3409/2010); 27 de febrero 2013 (rec. 736/2012); y 13 de mayo 2013 (rec. 1666/2012).

⁸ SSTS 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001); 20 de julio 2007 (rec. 5415/2005); y 19 de febrero 2009 (rec. 425/2008).

⁹ Literalmente, la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), que cita la sentencia del Pleno de 27 de febrero 2012 (rec. 3264/2010), afirma que “el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino”, pues “el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo”, añadiendo que esta “conclusión responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad” y que “entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido -pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza-, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad”.

¹⁰ SSTS 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001); 20 de julio 2007 (rec. 5415/2005); y 19 de febrero 2009 (rec. 425/2008). De hecho, como se expone en el Voto Particular de la STS 23 de octubre 2013 (rec. 804/2012), los contratos indefinidos no fijos, son “contratos sometidos también a la condición resolutoria de la provisión regla-

- La sujeción de estas relaciones laborales a condición, es absolutamente determinante, pues, su realización, dada a conocer a través de la mera comunicación del empleador - sin más formalidades -, da lugar al cumplimiento del contrato y, por consiguiente, deja de producir efectos jurídicos. Lo que evidentemente, hace innecesario el recurso a las vías de resolución por “causas de empresa” descritas en el ET.

- No obstante, a pesar de esta equiparación, la jurisprudencia acabó admitiendo diferencias relevantes, al reconocer a los indefinidos no fijos el derecho a una compensación económica por finalización del contrato (aunque no fuera una petición expresa de los demandantes). En concreto, en virtud de la STS 14 de octubre 2013 - rec. 68/2013 (y al hilo de la citada STS 22 de julio 2013 - rec. 1380/2012 - que no entra en el fondo de esta cuestión), se afirma que “por más que se entendiera que pudiera ser equiparable a un contrato de interinidad por vacante”, en la medida que el contrato se ha extinguido “por una causa distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través de un sistema de acceso a la Administración pública empleadora regido por los principios de mérito y de capacidad (...), para evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el citado art. 49.1.c) ET”¹¹.

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS DE LA STS 24 DE JUNIO 2014 (REC. 217/2013)

Aunque, como acabamos de exponer, la jurisprudencia había matizado parcialmente la doctrina de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), al admitir la posible percepción de una compensación económica a los indefinidos no fijos, la respuesta a la situación del conjunto del colectivo (incluyendo a los interinos por vacante) era manifiestamente insatisfactoria. La reconducción hacia una lógica causal e indemnizada de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), parece una opción

mentaria de la plaza y, por tanto, cuando por amortización de ésta no puede realizarse tal provisión, el contrato se extingue de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.1.b) del ET y en el art. 1117 del Código Civil, pues desde el momento en que la plaza desaparece es claro que ya no podrá realizarse su provisión reglamentaria y el contrato indefinido no fijo, que incorpora esa condición, se extingue. Y en orden a esa extinción no opera la vía del art. 52.e) del ET - en el supuesto de que el cese del establecimiento tuviera encaje en este precepto y no en el art. 52.c) -, porque, dada la naturaleza del contrato, el hecho determinante de la amortización no actúa, de forma indirecta configurando la existencia de una causa económica, presupuestaria u organizativa para el despido, sino que opera de manera directa sobre la propia vigencia del vínculo, determinando el cumplimiento anticipado de la condición a la que aquél estaba sometido, al impedir la amortización de la plaza su cobertura reglamentaria. Es lo mismo que ocurre en el caso del contrato de interinidad por vacante. En este sentido hay que tener en cuenta que en muchas ocasiones la causa económica no tiene un efecto directo de eliminación de un puesto de trabajo concreto, sino que opera creando, de una manera difusa, un efecto de reducción de la plantilla, que el empresario tiene que concretar ejercitando sus facultades de selección de los trabajadores afectados”.

¹¹ Criterio seguido posteriormente por las SSTS 15 de octubre 2013 (rec. 383/2013); 23 de octubre 2013 (rec. 408/2013 y 804/2013); y 13 de enero 2014 (rec. 430/2013).

más razonable. No obstante, como hemos avanzado, los argumentos empleados para fundamentar el tránsito hacia esta nueva tesis no nos resultan convincentes.

El punto de partida de esta sentencia es el siguiente: “el último párrafo de esta Adicional [I a 20ª ET] al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma [la DA 20ª ET] se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.

Es cierto que sólo puede proclamarse una prioridad de permanencia a una tipología de trabajadores (en este caso “fijos”) si no se hace a costa (o con respecto) a otros concurrentes. Ahora bien, en la medida que el EBEP (arts. 8.1.c y 11.1) hace una triple diferenciación entre trabajadores “fijos”, “indefinidos” y “temporales”, si bien es posible entender – como hace el TS - que dicha preferencia se predica, por lo menos, respecto de los indefinidos no fijos (y, por ende, al concurrir, podría defenderse que la citada DA 20ª ET implícitamente también les sería de aplicación); en términos interpretativos, también es razonable defender (pues, así se había sostenido hasta la fecha) que, en la medida que el puesto de trabajo de los indefinidos no fijos es amortizable por decisión de las AAPP, la prioridad, en realidad, sólo se predica respecto de aquellos trabajadores que en términos reales pueden “concurrir” con los “fijos”, esto es, los “temporales”¹². En definitiva, a nuestro entender, se produciría un empate técnico en cuanto a la posible validez de ambas interpretaciones. O, dicho de otro modo, este primer argumento no sería lo suficientemente sólido para justificar razonablemente un cambio de doctrina. De hecho, esta circunstancia parece ser asumida por el Alto Tribunal cuando, a continuación del párrafo transcrito, prosigue esgrimiendo argumentos para justificar su nuevo posicionamiento.

En este sentido, la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), para dar “cobertura” este giro, sostiene que los contratos indefinidos no fijos e interinos por vacante computan a los efectos del penúltimo párrafo del art. 51.1 ET. Procederemos, a continuación, a diseccionar la batería de argumentos empleada para fundamentar esta afirmación, distinguiendo (como hace el propio Tribunal - aunque con otro orden) entre interinos por vacante e indefinidos no fijos.

3.1. Objeciones a la naturaleza temporal de la relación contractual de los interinos por vacante

En relación a los interinos por vacante, el TS sostiene que “mayor dificultad exige determinar si a estos efectos [a los del penúltimo párrafo del art. 51.1 ET]

¹² Repárese que en este sentido nos apartamos del criterio defendido por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), cuando afirma que la figura del trabajador “indefinido” ex EBEP es distinta del “indefinido no fijo” delimitada por la jurisprudencia, porque – teniendo en cuenta la tramitación parlamentaria - aquél estaría refiriéndose a los profesores de religión.

son computables los contratos de interinidad por vacante que se resuelvan por la amortización de la plaza ocupada”. Lo que, finalmente (pese a la complejidad interpretativa de la tarea), no le impide acabar concluyendo que ya no puede procederse a la simple amortización de estas relaciones contractuales. Según el TS, esta nueva doctrina gravita, en esencia, alrededor de la idea de que ya no son contratos sometidos a condición, sino que están sujetos a término. Y, en concreto, se trata de contratos temporales “de duración indeterminada pero en el que consta que el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4.2 RD 2720/1998)”.

Añadiendo que “La idea de que la amortización extingue el contrato porque el mismo tiene una condición resolutoria implícita en ese sentido debe rechazarse, porque, cual se ha dicho antes, nos encontramos ante una obligación a término indeterminado y no ante una condición, ya que la existencia de una condición requiere que el hecho del que depende sea incierto, incertidumbre que no se da cuando se fija un plazo indeterminado que llegará (art. 1125 CC). Además, esa condición resolutoria sería nula, conforme a los artículos 1115 y 1256 del Código Civil, pues su validez equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes la terminación del contrato, lo que no es correcto, según esos preceptos”.

Por consiguiente, siguiendo la argumentación de la sentencia analizada, en la medida que los contratos interinos por vacante son contratos a término, si se decide su amortización unilateral, se está produciendo una ineficacia contractual sobrevinida y no por cumplimiento del término, de modo que a los ojos del TS tales extinciones deben canalizarse a través de la DA 20ª ET (y, por ende, son subsumibles en el marco del penúltimo párrafo del art. 51.1 ET).

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia anterior entendía que los contratos interinos por vacante pueden extinguirse a partir de la cobertura reglamentaria de la vacante, o bien, por su amortización por parte de la Administración¹³, repárese que el TS, para “salvar” este “escollo”(y asumiendo – como reconoce - una tarea en sumo compleja) se ve compelido a proponer un cambio en la naturaleza jurídica de estos contratos. Lo que, a nuestro entender, no sólo supone forzar en extremo la conceptualización de las instituciones, sino que, además, no resulta suficientemente sólida.

Al igual que el TS, permítanos que, para “resolver este problema”, procedamos a “calificar la naturaleza de esos contratos y de la causa que les pone fin”. Permítanos, por tanto, que (al igual que el TS también) empecemos resaltando – siguiendo a SUÁREZ GONZÁLEZ – que el elemento diferenciador entre el término y la condición es el criterio de la incertidumbre del advenimiento, pues,

¹³ Recuérdese, SSTS 26 de junio 2003 (rec. 4183/2002); 8 de junio 2011 (rec. 3409/2010); y 27 de febrero 2013 (rec. 736/2012).

mientras que éste “caracteriza a la condición resolutoria”, la certidumbre vinculada al irremediable transcurso del tiempo es propia del término. De este modo, “cuando sea incierto el momento en el que debe tener fin la eficacia del contrato, en el sentido de que está pendiente, no tanto el momento, cuanto el evento futuro considerado en sí mismo (*incertus an*) se tendrá, en vez de término, condición”¹⁴.

Es cierto, por otra parte, que el art. 1115 CC declara como nulas las obligaciones condicionales puramente potestativas, puesto que, según POTHIER, es un contrasentido “quedar obligado cuando manifiesto mi voluntad de quedar obligado si me place”¹⁵. Ahora bien, también lo es que la doctrina civil distingue entre la *condición meramente - o rigurosamente - potestativa*, esto es, cuando la voluntad de obligarse dependa del mero arbitrio del deudor; de la *simplemente potestativa*, “que no invalida la obligación, cuando la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquélla, influyan en su determinación aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado”¹⁶.

De modo que es razonable pensar que la decisión de las AAPP de amortizar ciertos puestos de trabajo (de indefinidos no fijos o de interinos por vacante) responda a esta segunda tipología de condiciones potestativas (simplemente potestativas)¹⁷.

Por otra parte, afirmar que los contratos interinos por vacante son contratos sometidos a término porque “el término pactado llegará: cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso de selección que se convocará para cubrirla (artículo 4.2 RD 2720/1998)”, es a nuestro modesto entender una afirmación insostenible, pues, confunde los fundamentos de las instituciones que analiza (especialmente, porque en algunos de los casos analizados por el propio TS, se producen situaciones de “temporalidad” que duran décadas).

Para el TS, el acento debe ponerse en el cumplimiento del plazo una vez abierto el proceso de selección, sin embargo, lo determinante de dicha situación contractual (como ya había mantenido la jurisprudencia reiteradamente hasta la

¹⁴ Citando a MESSINEO, SUÁREZ GONZÁLEZ (1967). La terminación del contrato de trabajo. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, p. 22.

¹⁵ MONTÉS PENADÉS (1989). «De las obligaciones puras y condicionales». En Albaladejo (Dir.) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XV, Vol. 1º. Edersa, Madrid, p. 1050.

¹⁶ MONTÉS PENADÉS (1989), p. 1053 y 1054.

¹⁷ De hecho, hasta entonces, la jurisprudencia (por todas, STS 22 de julio 2013, rec. 1380/2012) entendía que la doctrina aplicable a los supuestos de extinción por cobertura reglamentaria de la vacante también es extensible a “los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual -la existencia de un puesto de trabajo que se desempeña de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria”.

fecha) radica en la incertidumbre respecto a que se abra o no el proceso de selección (por tanto, claramente “*incertus an*”). Para corroborar nuestra objeción a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), el hecho, por ejemplo, de que en el caso enjuiciado por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) la trabajadora llevara casi 20 años en la misma situación (así lo subraya – como hemos visto - el Voto Particular para reclamar un sentido distinto de la decisión mayoritaria), si alguna cosa evidencia con claridad es que la naturaleza de esta modalidad contractual está muy alejada de la causas de temporalidad que describe nuestro sistema de relaciones laborales y de la contratación indefinida. Y eso es debido – “simplemente” - a que está sometida a una condición resolutoria.

3.2. Objeciones a la reconducción de las simples amortizaciones de los indefinidos no fijos a las reglas resolutorias por “causas de empresa”

Las dificultades para aceptar la tesis de la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013) con respecto a los interinos por vacante, en un primer nivel de análisis, impacta notablemente en la solidez de los argumentos esgrimidos para los indefinidos no fijos, en la medida que, hasta la fecha, se habían identificado “indudables analogías” entre ambos¹⁸. En concreto, respecto de los indefinidos no fijos, el Alto Tribunal sostiene que “la aplicación de esta nueva normativa [DA 20ª ET]” ... “es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al art. 49.1.c) del texto legal citado”.

Para serles sinceros (y quizás por error u omisión), no somos capaces de identificar en la literalidad de este párrafo transcrito el elemento que permite sostener el carácter “indudable” de la afirmación. Ciertamente, el razonamiento del TS en este aspecto resulta – a nuestro entender y saber - excesivamente escueto. Teniendo en cuenta la trascendencia de este cambio jurisprudencial (particularmente, por el número de trabajadores potencialmente afectados), hubiera sido (muy) deseable un discurso más detallado al respecto. Circunstancia que, a efectos analíticos, nos fuerza a especular sobre cuáles son los motivos de fondo que “empujan” al Alto Tribunal a dar este giro interpretativo (y que son – al parecer de los Magistrados - tan “obvios” que ni siquiera precisan exponerse).

Ciertamente, la referencia al citado párrafo del art. 51.1 ET y, concretamente, a los contratos temporales, parecería dar a entender que está empleando un argumento estrictamente basado en una literalidad normativa: en la medida que los indefinidos no fijos están sometidos a condición, y el citado párrafo no las incluye, deben computar a los efectos de la “ratio efectivos/afectados” y, por consiguiente, están sometidos a la DA 20ª ET. Pues bien, si esta fuera la construcción teórica

¹⁸ Por todas, STS 27 de mayo 2002 (rec. 2591/2001).

que sustenta este cambio de doctrina, cabría oponer importantes objeciones. En primer lugar, porque, a pesar de que el penúltimo párrafo citado no las mencione explícitamente, existen importantes argumentos para sostener que los contratos sometidos a condición deben recibir el mismo tratamiento que los contratos temporales¹⁹. Y, en segundo lugar, porque el hecho de que ciertos supuestos deban tenerse en cuenta a los efectos del cómputo, no significa que automáticamente también deban seguir el cauce procedimental previsto para las resoluciones por causas de empresa (piénsese, por ejemplo, en los despidos disciplinarios calificados como improcedentes).

No obstante, aún a riesgo de equivocarnos, consideramos que es bastante probable que el TS en este estadio esté asumiendo los criterios que vertebran el – extenso y completo - Voto Particular de la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012) - cuyo ponente es el Sr. Agustí Julià²⁰. Tratando de sintetizarlo (pues, no podemos transcribirlo en su literalidad), creemos que las ideas nucleares se contienen en los siguientes parámetros argumentativos (que pasamos a reproducir): “en el supuesto del trabajador indefinido no fijo no es posible considerar como causas de extinción, como sí ocurre con el interino (artículo 8.1.c RD 2720/1998), ni el transcurso del plazo necesario para el desarrollo del proceso de cobertura del puesto de trabajo sin que tal cobertura se llegue a producir, ni tampoco la amortización de la plaza, puesto que para que se extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente”.

Argumento que se complementa con la siguiente argumentación: “La diferencia entre el trabajador fijo y el indefinido no fijo estriba en la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad (artículo 23 de nuestra Constitución). Ahora bien, este precepto, en razón al cual se exceptiona en estos supuestos la aplicación del régimen ordinario de los trabajadores fijos, no incide en la extinción del contrato por amortización de la plaza, que constituye una causa legal de extinción y su régimen jurídico en los artículos 51 y 52 del ET, que son los aplicables a los trabajadores por tiempo indefinido, sin que nada en el Texto constitucional obligue a una aplicación excluyente de estos preceptos a las Administraciones Públicas, al no menoscabar, evidentemente, ningún principio en el acceso al empleo público”.

Sin embargo, a nuestro – modesto - entender, esta argumentación no puede aceptarse porque obvia un aspecto absolutamente relevante: el contrato “indefinido no fijo” está sometido a condición. Repárese que, a diferencia de los interinos por

¹⁹ Extensamente al respecto, léase nuestro trabajo BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2010). «ERE y ratio ‘afectados/efectivos’: una nueva propuesta interpretativa para una vieja discusión». AS núm. 6 (p. 109 a 122).

²⁰ Y que gravita en gran parte en la diferenciación que el propio TS estableció entre los trabajadores indefinidos no fijos y los interinos por vacante (SSTS 16 de septiembre 2009 - rec. 2570/2008; y 26 de abril 2010 - rec. 2290/2010).

vacante, el TS opta por no abordar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de estos contratos. Debiéndose entender, por consiguiente, que sigue entendiendo que están sometidos a condición. En consecuencia, a pesar de que su denominación induzca a error, no es un contrato indefinido ni tampoco un contrato temporal y, por consiguiente, opera conforme a reglas extintivas propias (por cierto, prácticamente inexistentes en el régimen jurídico laboral).

No obstante, esto no significa que la tesis descrita en el citado Voto Particular (y asumida por la STS 24 de junio 2014, rec. 217/2013) deba descartarse por completo. En efecto, si la redacción de la norma (art. 49.1.b ET) sigue manteniéndose en estos términos, mientras no se realice la condición, tal argumentación sería perfectamente válida y, por consiguiente, la Administración debería acudir a las fórmulas de resolución por “causas de empresa” previstas en el ET. Ahora bien, desde el punto de vista de la estricta dogmática jurídica, si se realiza, no tiene sentido que deba acudirse a las mismas.

4. “TANTEO” A PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS DIRIGIDOS A DIRIMIR EVENTUALES RESPONSABILIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: ¿UNA “PIRUE-TA” JURÍDICA SIN FUNDAMENTACIÓN Y/O FUTURO?

Desde el instante que el TS, en su sentencia de 22 de julio 2013, admite (en Sala General) la posibilidad de que las AAPP puedan reestructurar sus plantillas a través de la simple amortización de indefinidos no fijos e interinos por vacante, es lógico que éstas – legítimamente - hicieran uso de esta medida. Por ello, en aquellos supuestos extintivos anteriores a la STS 24 de junio 2014(rec. 217/2013), pero *sub iudice* con posterioridad, sorprende (en términos de seguridad jurídica) que, pocos meses más tarde, el mismo TS las declare responsables por el uso de una facultad que previamente les había conferido²¹. Y, es de esperar que esto suceda en algunos casos más en los próximos meses. Teniendo en cuenta las implicaciones económicas que la aplicación de esta doctrina implica (derivadas de la calificación de nulidad o improcedencia), es evidente que tales AAPP están asumiendo un coste económico considerable (y, quizás, ¿injustificado?).

²¹ Como ha sucedido, hasta la fecha, en los siguientes supuestos: Caso Ayuntamiento de Albal (STS 8 de julio 2014, rec. 2693/2013) y Caso Agencia de Innovación, Financiación e Internacionalización Empresarial de Castilla y León (SSTS 7, 14, 15 y 17 de julio 2014 y 16 de septiembre 2014 - rec. 1844/2013, 2285/2013, 2057/2013, 1847/2013, 2680/2013, 2052/2013, 2047/2013, 1801/2013, 1833/2013, 1873/2013 y 1880/2013). Repárese, no obstante, que la STS 21 de julio 2014 (rec. 2099/2013), pese a ser posterior a la STS 24 de junio 2014 (rec. 217/2013), mantiene doctrina fijada por la STS 22 de julio 2013 (rec. 1380/2012), porque no estaba en vigor la DA 20ª del ET. En cambio, la STS 29 de octubre 2014 (rec. 1765/2013) mantiene una interpretación totalmente distinta.

Llegados a este estadio, la cuestión está en determinar ¿hasta qué punto los AAPP condenadas en estas particulares circunstancias son las últimas/únicas responsables de los daños padecidos por los trabajadores? Es decir, ¿sería posible que la Administración de Justicia asumiera algún tipo de responsabilidad en estos supuestos por el cambio doctrinal y su aplicación con efectos retroactivos sin matices?

Y, para el supuesto que se admitiera algún tipo de responsabilidad, ¿sería posible que la Administración de Justicia contratara algún tipo de seguro para hacer frente a estas eventuales contingencias?

Todas estas cuestiones exceden - con mucho - el objeto de este ensayo y, sin duda, es un fenómeno que puede estar presente en múltiples supuestos y ramas del ordenamiento jurídico. No obstante, permítannos que tratemos de compartir con el lector estas dudas/dilemas y tratemos de delimitar los posibles vectores de esta compleja matriz:

1. Como punto de partida, a nuestro entender, resulta sumamente complejo que, en el ámbito laboral, los giros jurisprudenciales que afecten a los intereses de los trabajadores (dispensándoles una mayor protección) no sean aplicables con efectos retroactivos a los supuestos acaecidos con anterioridad a un cambio de doctrina pero *sub iudice* con posterioridad, como los analizados en este ensayo.

2. ¿Sería posible una acción de responsabilidad patrimonial entre AAPP? La jurisprudencia contencioso-administrativa, pese a no ser frecuente, ha interpretado la expresión “particulares” – *ex arts. 106.2 CE y 139.1 LRJPAC* - como “afectados” (o lesionados), lo que habilitaría la posibilidad de exigir una responsabilidad entre AAPP por los daños derivados por el funcionamiento normal o anormal de la Administración²².

²² STS [C-A] 2 de julio 1998 (rec. 2210/1994): “Sostiene el Abogado del Estado, que se opone a la admisión de la responsabilidad patrimonial, la utilización por el texto legal del término «particulares» al hablar de la responsabilidad. Sin embargo, los criterios que esta Sala ha sentado en la precedente Sentencia [C-A] 14 de octubre 1994 (rec. 7318/1990), puede sintetizarse en los siguientes criterios de aplicación, de incidencia directa en la cuestión que examinamos: a) La referida expresión «particulares» debe ser objeto de una interpretación integradora, de modo que no sólo comprende a los ciudadanos que en el Derecho Administrativo reciben la denominación de administrados, sino también a las distintas Administraciones Públicas cuando sufren lesión en sus bienes y derechos, consecuencia de la relación directa de causa-efecto como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos, puesto que cuando el funcionamiento de los servicios produce una lesión antijurídica en el patrimonio de una Administración Pública no existe en el ordenamiento una norma por la que la persona de derecho público lesionada pueda exigir de la Administración causante del daño su resarcimiento de forma coactiva, en la medida en que no puede acudir a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para que declare la obligación de indemnizar si la Administración responsable no acepta voluntariamente asumir dicha responsabilidad y ante ese vacío del ordenamiento jurídico o laguna legal, los Tribunales han de subsanar dicha laguna, pues tienen el deber de resolver los asuntos de que conozcan y corresponde a la jurisprudencia, en su función complementaria del ordenamiento jurídico hay que interpretar la ley y la costumbre y los principios generales del Derecho, siendo la analogía uno de los instrumentos fundamentales

3. Admitida la posibilidad de una acción de responsabilidad entre administraciones, ¿cuál podría ser el fundamento de la misma? El art. 121 CE declara la responsabilidad del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (en términos similares, también se recoge en el art. 292.1 LOPJ).

Pues bien, a partir de este marco normativo, no parece que un cambio de doctrina jurisprudencial con estos efectos pudiera subsumirse en el concepto de “error judicial” en los términos que ha sido interpretado hasta la fecha²³.

En cambio, a nuestro entender, en la medida que en la actualidad se está produciendo una aplicación de la nueva doctrina retroactivamente y sin matices (a casos – recuérdese – en los que en el momento que se produjeron las extinciones se estaba precisamente siguiendo el criterio – consolidado - aplicable en aquél momento), podría ser razonable que este proceder del Alto Tribunal pudiera ser calificado como un “funcionamiento anormal”²⁴. Contribuiría a corroborar esta posible calificación, el hecho de que, en virtud de la STS 29 de octubre 2014 (rec. 1765/2013) – y en contra de lo previsto por la STS 21 de julio 2014 (rec.

para llenar las lagunas de la ley, en la medida en que el propio artículo 4.1 del Título Preliminar del Código Civil señala que procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen un supuesto semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

²³ Una descripción jurisprudencial del concepto de “error judicial” en, STS [C-A] 10 de abril 2006 (rec. 5/2004). En concreto, se entiende, por todas, STS [C-A] 3 de octubre 2008 (rec. 7/2007), que no existe error judicial «cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica», “ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico”, o, dicho de otro modo, que no cabe atacar por este procedimiento excepcional “conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales”, dado que “no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador”.

²⁴ STS [C-A] 16 de junio 2014 (rec. 4714/2011): “cuando se trata de exigir la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la viabilidad de la acción requiere la concurrencia de las siguientes circunstancias: a) Que exista un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; b) Que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; c) Que exista la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado de tal manera, que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración; y d) Que la acción se ejecute dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio. Por su parte, la sentencia del mismo alto Tribunal de 6 de julio de 1999 se expresó que (...) «la anomalía de ese funcionamiento no implica, desde luego, referencia alguna necesaria al elemento de ilicitud o culpabilidad en el desempeño de las funciones judiciales al tratarse de un tipo de responsabilidad objetiva» y se ha tenido en cuenta en la referida sentencia que «el concepto de anomalía en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado». El segundo de los requisitos fundamentales de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal, deviene de la existencia de un daño que para ser indemnizable ha de ser real y efectivo, no traducirse en meras especulaciones o expectativas, incidiendo sobre derechos e intereses legítimos evaluables económicamente y cuya concreción cuantitativa o las bases para determinarla puedan materializarse en ejecución de sentencia, de manera que permitan una cifra individualizada en relación con una persona, como consecuencia del daño producido por la actividad de la Administración en relación de causa a efecto, probando el perjudicado la concurrencia de los requisitos legales para que surja la obligación de indemnizar”.

2099/2013) - se está aplicando este nuevo criterio a supuestos anteriores a la reforma de 2012 (en el caso concreto de este pronunciamiento a “amortizaciones simples” producidas en octubre de 2011).

No obstante, somos muy conscientes de que estamos hablando de una opción (extremadamente) remota.

4. En el hipotético caso de que la Administración de Justicia pudiera ser declarada responsable, ¿podría tratar de asegurar esta contingencia? La literatura (norteamericana)²⁵ sostiene (refiriéndose a los perjuicios causados por cambios legislativos) que la creación de un seguro para cubrir estos daños no es factible. Principalmente, por la correlación de daños que todo cambio de estas características genera. Planteamiento que, probablemente, también sería extrapolable a los giros en la doctrina jurisprudencial continental.

5. VALORACIÓN FINAL

A partir de la STS 24 de junio 2014(rec. 217/2013), las AAPP ya no pueden acudir a la simple amortización de los indefinidos no fijos e interinos por vacante. Desde entonces, tales reestructuraciones de plantilla deben canalizarse mediante los cauces procedimentales previstos para las resoluciones por “causas de empresa”.

Sin poner en duda la idoneidad de este cambio de doctrina en términos de justicia material, en el presente ensayo hemos tratado de evidenciar que los argumentos esgrimidos por el TS para este importante giro interpretativo, no son ni suficientemente sólidos ni convincentes. En esencia, resulta muy forzado entender que los interinos por vacante sean calificados como contratos temporales. Y, en relación a los indefinidos no fijos, “intuyendo” los motivos que “indudablemente” fuerzan al Alto Tribunal a quebrar la doctrina consolidada (pues, no los menciona explícitamente), tampoco son satisfactorios, pues, a nuestro modo de ver, obvia que se trata de contratos sometidos a condición (y, por ende, con un régimen extintivo específico).

En definitiva, siendo (totalmente) conscientes de las consecuencias (ciertamente negativas) que nuestra interpretación acarrea con respecto a los trabajadores indefinidos no fijos e interinos por vacante, lo que pretendemos poner de manifiesto es lo siguiente:

²⁵ La única que tengamos constancia que ha abordado esta cuestión, aunque centrada en los cambios legislativos, SHAVELL (2014). «Risk Aversion and the Desirability of Attenuated Legal Change». *American Law and Economics Review*. Volume 16, Issue 2, versión digital (fecha última consulta: 9/11/2014. <http://aler.oxfordjournals.org/content/16/2/366.full.pdf+html>)

- El marco normativo no puede permanecer por más tiempo obviando esta situación. En un contexto de hemorragia legislativa como la que ha padecido el ordenamiento jurídico laboral en los últimos años, las lagunas en esta materia son (absolutamente) incomprensibles (salvo que se mantengan para dar respuesta a un determinado mensaje político/económico de contención del gasto público y reducción del déficit).

- Sin negar la encomiable labor del TS en la búsqueda de la justicia material, no creemos que deba suplir las lagunas del Legislador recurriendo a interpretaciones forzadas del sentido y la conceptualización de las instituciones jurídico-laborales hasta el extremo de hacerlas irreconocibles.

- Cabría la posibilidad (ciertamente, remota) que la ratificación (en Sala General) de la doctrina jurisprudencial en julio de 2013, su posterior revocación en junio de 2014 y su aplicación con efectos retroactivos y sin matices a supuestos extintivos anteriores pero ‘sub iudice’ con posterioridad fuera calificada como un “funcionamiento anormal” de la Administración de Justicia (*ex arts. 106.2 CE, 139.1 LRJPAC y 292.1 LOPG*). Esto es, en hipótesis, podría entenderse que ésta es responsable de los daños sufridos por las AAPP que, habiendo procedido conforme a la doctrina anterior y, estando tales extinciones *sub iudice* con posterioridad al cambio de criterio, sean declaradas responsables en aplicación de la nueva doctrina.

6. BIBLIOGRAFÍA

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ (2010). «ERE y ratio ‘afectados/efectivos’: una nueva propuesta interpretativa para una vieja discusión». *AS* núm. 6 (p. 109 - 122)

LÓPEZ LLUC (2014). «La extinción del contrato “indefinido no fijo” de las administraciones públicas en la sentencia del tribunal supremo de 22 de julio de 2013. Importante voto particular». *RDS* núm. 164.

MOLINA NAVARRETE (2014). «Reforma laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿“cesantía” o “despido objetivo”?». *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 9, versión digital (BIB 2014\64).

MONTÉS PENADÉS (1989). «De las obligaciones puras y condicionales». En Albaladejo (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, Vol. 1º. Edersa, Madrid.

SANDE PÉREZ-BEDMAR (2014). «La extinción del contrato indefinido no fijo fundada en la amortización de plazas en las Administraciones Públicas». *Revista de Información Laboral* núm. 4, versión digital (BIB 2014\1548).

SHAVELL (2014). «Risk Aversion and the Desirability of Attenuated Legal Change». *American Law and Economics Review*. Volume 16, Issue 2, versión digital (fecha última consulta: 9/11/2014. <http://aler.oxfordjournals.org/content/16/2/366.full.pdf+html>)

SUÁREZ GONZÁLEZ (1967). *La terminación del contrato de trabajo*. *Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia*, p. 22.

**DESPIDOS COLECTIVOS Y
REESTRUCTURACION DEL SERVICIO
ANDALUZ DE EMPLEO. LA IRRESOLUTA
DECISIÓN DE EXTINCIÓN DE
CONTRATOS DEL PERSONAL DE LAS
UTEDLT**

María Rosa Vallecillo Gámez
*Profesora Asociada Acreditada
para Contratada Doctor*
Universidad de Jaén

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. LOS ANTECEDENTES. LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ, LOS CONSORCIOS COMO ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES Y LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES**
- 3. LA CAUSALIDAD. UNA DECISIÓN BASADA EN INSUFICIENCIA PRESUPUESTARIA SOBREVENIDA SIN RESULTADO**
- 4. LA RESOLUCIÓN INESPERADA. LA NULIDAD POR FRAUDE DE LEY EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL**
- 5. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia dictada el 17 de febrero por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS), de la que fue ponente el magistrado Luis Fernando de Castro, que estima, en contra del criterio del Ministerio Fiscal, el recurso de casación interpuesto por la Unión General de Trabajadores contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) dictada el 21 de febrero de 2013 en proceso de despido colectivo de los trabajadores del Consorcio para la Unidad Territorial de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) de Sierra Morena, fue la primera de una serie de idénticas sentencias – 21 hasta la fecha – por las que el TS declara la nulidad de los despidos efectuados con efecto de 1 de octubre de 2012 y el derecho de los trabajadores despedidos a reincorporarse a sus puestos de trabajo, con condena solidaria de todos los codemandados en la instancia, que fueron la Consejería de innovación, ciencia y empleo de la Junta de Andalucía, el Consorcio de UTEDLT de Sierra Morena, el Servicio Andaluz de Empleo (SAE), y los ayuntamientos en los que prestaban sus servicios los despedidos.

Esta sentencia fue la primera sobre los recursos interpuestos contra varias sentencias que desestimaron despidos colectivos producidos en distintos consorcios, todos aquellos que contaban con personal suficiente para acogerse a esa vía del despido colectivo¹. La argumentación de prácticamente todas la sentencias dictadas por el TSJ de Andalucía en los despidos colectivos efectuados por los Consorcios, desde la primera de 12 de febrero de 2012, ha sido sustancialmente idéntica, con alegación de inexistencia de fraude de ley y de existencia de una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal autonómico que impedía la subrogación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) en los derechos y obligaciones de los trabajadores de los consorcios, sentencia que fue anulada por el TS en diciembre del pasado año.

Desde el momento que se hace pública la sentencia comienza un proceso de reivindicación de su cumplimiento por parte de los trabajadores afectados, que reclaman el reingreso a sus puestos de trabajo, proceso que a día de hoy no ha tenido ningún resultado pese a las innumerables ocasiones en que la reivindicación se ha llevado a los diferentes actos públicos en los que la Presidenta de la Junta de Andalucía participa y al Parlamento a través de los partidos de la oposición.

Puede que el problema estribe en el desconocimiento ante las circunstancias sobrevenidas por una decisión, quizá escasamente meditada, que ha dado lugar a la declaración de nulidad de los despidos y que no habían sido previstas por el gobierno andaluz, y en una incapacidad o falta de voluntad para llevar a cabo

¹ MARTIN JIMÉNEZ, R., “ERE’s en el sector público: notas para un debate”. Actualidad Jurídica Aranzadi. Núm. 833/2011. Pág. 1

un procedimiento para la reincorporación del personal afectado a unos entes en liquidación y, por tanto, sin actividad o a una agencia – el SAE – que no tiene previsión de incremento de personal.

Lo cierto es que dos años después de producirse los despidos y 9 meses después de dictarse la primera sentencia, los afectados se encuentran en una situación de vulnerabilidad - ya han agotado la prestación por desempleo - e indefensión - ante el silencio de la administración que ha dar cumplimiento a la sentencia - a la que nadie da respuesta.

Es, por tanto, objeto de esta comunicación analizar el origen y los resultados de un proceso que tiene sumido en la incertidumbre a 800 personas - técnicos muy cualificados pertenecientes a 95 Consorcios en Andalucía - en el marco de un debate sobre la mejor y más correcta aplicación de la normativa aprobada por la reforma laboral de 2012 desde la perspectiva de protección, constitucional y legal, de los derechos de las personas afectadas.

2. LOS ANTECEDENTES. LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANDALUZ, LOS CONSORCIOS COMO ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO, LA RESPONSABILIDAD DE LA TOMA DE DECISIONES Y LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES

El origen del conflicto jurídico que ha llegado al TS y que, como veremos, ha dado lugar a la declaración de nulidad con base en un fraude de ley se encuentra en la Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, y más concretamente en la disposición adicional cuarta que regula el “régimen de integración del personal”, y en cuyo texto se prevé la misma en el caso de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas *“en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias”*, pasando el personal afectado a formar parte de las agencias empresariales o de régimen especial *“que asuman el objeto y fines de aquellas”*, remitiendo su concreción a un protocolo a aprobar por la Consejería competente y de acuerdo a las reglas generales que se enuncian en el precepto.

En desarrollo de ese precepto, el Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, incluye una disposición adicional segunda que regula la integración del personal laboral de la FAFPE²,

² Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, adscrita desde su fundación a la consejería que ostentaba las competencias en materia de empleo y cuyo personal, tras la decisión de liquidación, se encuentra ya integrado en el Servicio Andaluz de Empleo, como personal de la propia agencia, aunque aun no cuente con

personal que sí se encuentra integrado en la Agencia SAE (ASAE) y del personal de los consorcios UTEDLT, “desde la fecha en que se produzca su disolución o extinción”, con la condición de personal laboral de la ASAE, previendo la aplicación del art. 44 de la Ley del Estatuto de los trabajadores por tratarse, a juicio del gobierno autonómico, de una sucesión de empresas, subrogándose la ASAE en los derechos y obligaciones derivados de las normas convencionales y contratos de trabajo aplicables, y enfatizando, como ya se hacía en la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011 de 17 de febrero - y hago referencia a este apartado porque ha sido uno de los caballos de batalla del conflicto jurídico suscitado ante el TS -, que el acceso del nuevo personal laboral de la ASAE a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta “sólo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo públicas”.

Estamos en presencia - los Consorcios - de entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, un total de 95 en todo el territorio andaluz, promovidas y participadas por la Consejería de Empleo a través del Servicio Andaluz de Empleo y por las entidades locales.

Por tanto, la demanda se dirige contra corporaciones de derecho público que según los propios estatutos que las rigen “*tienen personalidad jurídica e independiente de las entidades que la conforman*”, con independencia de que el SAE y las entidades locales formen parte de las mismas y estén presentes en su consejo rector.

La financiación de los consorcios se realizaba³ con recursos propios de la Junta, con recursos de la UE en virtud del programa operativo Fondo Social Europeo para Andalucía 2007-2013, y con recursos que provenían del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEySS) con carácter finalista, siendo justamente cubiertos a través de esta última vía los gastos de personal de los ALPES.

Resuelto el debate sobre la naturaleza de entidades de derecho público se planteó otro sobre quién ostentaba la competencia de la toma de decisiones de extinción de los contratos, el Consejo Rector del consorcio o su presidente. La Sala no aceptó la tesis de la parte demandante sobre la incompetencia de la presidencia de los consorcios para adoptar la decisión extintiva por considerar que de los Estatutos de los consorcios “*no se desprende que la facultad de decidir la tenga el Consejo Rector y no el Presidente*”. No obstante, y pese a que la presidencia fuera quien apareciera en el proceso, no nos cabe la duda de que la decisión se tomó en un ámbito superior – la Gerencia de SAE o la propia Consejería - puesto que se

una relación de puestos de trabajo propia de la Agencia ni un convenio colectivo que regule sus condiciones de trabajo.

³ Vid hecho probado séptimo

produjo de manera simultánea en los 95 consorcios andaluces, hecho indicativo de una decisión política. Decisión con base en el compromiso del gobierno andaluz de “adelgazar” la denominada “administración paralela”, compromiso que se cumpliría sobradamente al reducir de una vez 95 entidades instrumentales.

Esta tesis se refuerza cuando a pesar de la presentación de un ERE para cada consorcio, con personalidad jurídica propia, después se aceptara la negociación con el comité de empresa de los 95 y también con una representación ad hoc de los consorcios en la que no había representación del personal, algo que no hubiera sido jurídicamente posible, y así se ha encargado de recordarlo en varias ocasiones la AN, si la representación la hubieran ostentado secciones sindicales, ya que asumen la de todos los trabajadores.

Los procesos judiciales contra la decisión extintiva con ocasión de los expedientes de regulación de empleo presentados por los Consorcios de UTEDLT de Andalucía para extinguir, por insuficiencia presupuestaria sobrevenida, los contratos de trabajo de los agentes locales de promoción de empleo (ALPES), han dado lugar durante este año aun constante goteo de publicación de las sentencias dictadas por el TSJA, sobre todo durante febrero y marzo,

La primera sentencia fue dictada el 12 de febrero por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, (Res. 805/2013) y en la misma el TSJA avala las razones de la Junta para presentar el ERE que afectó a los agentes locales de empleo (ALPES) de Granada, en la demanda interpuesta en proceso de despido colectivo por el Comité de Empresa del Consorcio UTEDLT de Aljarafe. Con prácticamente idéntico contenido en las argumentaciones jurídicas de la Sala, se han dictado también el resto de sentencias que han afectado a los restantes consorcios de la provincia y todas las provincias de Andalucía, con criterio igual en ambas sedes judiciales.

Sobre la existencia de la causa económica, la financiación exclusivamente pública de tales consorcios, la reducción drástica de la partida finalista anteriormente aplicable para gastos de personal, y la imposibilidad manifiesta de los ayuntamientos para incorporar a sus plantillas al personal del consorcio, lleva a la Sala TSJA al convencimiento de que se ha producido la causa de extinción prevista en el art. 52 de la LET⁴, incorporada tras la reforma laboral de 2012, con el siguiente tenor literal, “e) *En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos*

⁴ Resulta a mi juicio, muy interesante, las argumentaciones contenidas en MONEREO PÉREZ, J.L., “Manual de empleo público”. Comares. Granada. 2010. Pág. 167

de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate. Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo”⁵.

La Sala entiende así que la decisión de la empresa es proporcional a la gravedad de la situación que debe adoptarse, de tal manera que la mínima disponibilidad de presupuesto haga inviable la continuidad de los consorcios y de los contratos de trabajo de su personal.

3. LA CAUSALIDAD. UNA DECISIÓN BASADA EN INSUFICIENCIA PRESUPUESTARIA SOBREVENIDA SIN RESULTADO

Son dos fundamentalmente los razonamientos del TSJA para dictar en positivo a la decisión de extinción de los contratos. Por un lado, y como causa fundamental, la insuficiencia presupuestaria sobrevenida devenida del menor aporte de fondos de los procedentes del MEySS. Y por otro lado, causas organizativas para la justificación de los despidos del personal técnico que ostentaba las funciones de dirección, al disponer que, pese a financiarse con partidas diferentes – los ALPES vía MEySS y los directores con presupuesto propio de la Junta de Andalucía – el trabajo de estos dejaría de tener sentido si no cuentan con personal a quien “dirigir”. Causa que no se sostiene al existir consorcios cuyo personal estaba compuesto solo por el director.

La primera nota común de las resoluciones que nos ocupan se concentra en el hecho de la extinción de los contratos de trabajo del personal de los consorcios como consecuencia de la insuficiencia presupuestaria sobrevenida, para financiar los costes económicos, derivada de la sustancial reducción de la partida presupuestaria estatal de las políticas activas de empleo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2012, publicada en el BOE de 30 de junio.

En lo que se refiere a la causa común y principal, y para el ámbito de las administraciones públicas, se entenderá que concurren las causas económicas capaces de justificar los despidos cuando se produzca una situación de “*insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes*”, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “*entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para*

⁵ Interesante reflexión sobre la intensidad con que se abren al empleo público los despidos colectivos y la facilidad en tramitación en MOLINA NAVARRETE, C., “La versión parlamentaria de la reforma laboral 2012: mayor flexibilidad, mejoras técnicas y versos sueltos”. CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social. NÚM. 352. 2012. Pág. 86.

pagarlo”⁶. Del mismo modo, las Administraciones solo podrán decidir estas actuaciones extintivas sobre la base del pasado y no en términos de las perspectivas de futuro⁷.

La referencia a la denominada “insuficiencia presupuestaria sobrevenida” excluye aquellas causas económicas que tengan como origen una decisión política de dotar a una determinada Administración Pública con unos recursos inferiores en el momento de elaboración y aprobación de los presupuestos correspondientes. O lo que es lo mismo, únicamente cabe invocar esta causa de despido cuando, una vez aprobados los presupuestos, existan dificultades económicas diferentes a las que pudieran haberse tenido en consideración en el momento de elaboración de los mismos. En definitiva, el carácter de “sobrevenida” hace referencia a la concurrencia de circunstancias que no fueron tomadas en cuenta en el momento de la aprobación del presupuesto del ente, organismo o entidad correspondiente. Ante este precepto se suscitan dudas sobre la solidez argumental de la insuficiencia que, dada la resolución de fraude de ley, nos deja sin conocer la decisión que la sala del TS hubiera adoptado al respecto.

Pero como quiera que en la instancia autonómica esta circunstancia – principal causa esgrimida en la justificación de los despidos - se argumenta con base en que la partida presupuestaria propuesta para todos los consorcios andaluces en 2012 - incluidos los compromisos de carácter plurianual ya adquiridos de 2011 - es de 8.976.714,78 euros, mientras que se asigna a la Comunidad Autónoma de Andalucía por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales de 24 de mayo de 2.012 una cuantía de 1.107.767 euros, entendemos que es relevante su comentario. La partida presupuestaria asignada por la Junta para cubrir los gastos de los consorcios en 2012 por Resolución de 24 de noviembre de 2011, cubría el período de 1 de julio de 2011 a 30 de junio de 2012, como se expresaba en las resoluciones de concesión de la ayuda, si bien constan otras resoluciones complementarias por las que se autorizaban partidas presupuestarias para subvencionar gastos de personal durante el período comprendido entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2.012. Igualmente queda constancia, una vez extinguidos los contratos de trabajo, de la concesión de subvenciones excepcionales a los diferentes consorcios por un importe de 5.846.298,62 euros destinados a “*cubrir los gastos de su personal derivados de las indemnizaciones por extinción de los contratos laborales del personal de los consorcios*”⁸.

⁶ PALOMAR OLMEDA, A., “El buen orden de las cuentas públicas”. www.legaltoday.com

⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S. “Suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, en AAVV GARCIA PERROTE ESCARTIN, I y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) “Reforma laboral 2012. Análisis práctico del Real Decreto Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”. Lex Nova. Valladolid. 2012. Pág. 259

⁸ Resolución de 11 de diciembre de 2012

La tesis de las sentencias recurridas sobre la existencia de la causa económica se concreta con bastante detalle, poniéndose de manifiesto la importante reducción de las partidas presupuestaria destinadas a los consorcios, un 90 % de la estatal y también de la autonómica, añadiendo que *“no se prevé aportación presupuestaria alguna en el anteproyecto de Presupuestos de la Junta de Andalucía con relación al año 2013, a la vista de las de carácter estatal efectuadas en el año anterior”*. La Sala responde a la argumentación de la parte demandante, que alega que el SAE disponía de recursos económicos para el mantenimiento de los contratos de los ALPES, llevando el terreno a un ámbito que ciertamente ha sido donde ha incidido, y mucho, la reforma laboral de 2012: *“La interpretación propuesta por el demandante constituye en consecuencia la asunción del antiguo criterio interpretativo doctrinal y jurisprudencial en virtud del cual, dada la esencial unidad de la Administración Pública, no podría aducirse en ningún caso la existencia de un déficit presupuestario respecto de ninguno de sus organismos o dependencias integrantes. Ello sin embargo no es compatible con la actual regulación de la materia, que prevé expresamente dicha posibilidad del déficit presupuestario, y la facultad administrativa de verificar la extinción de los contratos del personal laboral a su servicio. La misma sin embargo aparece limitada a los supuestos en los que el desajuste sea sobrevenido y persistente (Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores), surgiendo un problema interpretativo sobre el significado y alcance de tales notas características, que excluirían su aplicación en caso de no concurrir”*⁹. El debate no se plantea en este caso, al ostentar personalidad jurídica propia cada consorcio según sus Estatutos, con lo que la concurrencia de los requisitos legales para la presentación del ERE *“puede ser examinada con carácter independiente de la situación presupuestaria de la Agencia o Consejería en la que aparezca orgánicamente integrado”*.

Por otro lado se expresa que las reducciones en las partidas presupuestarias procedentes del Estado, y que llevarían a la presentación de los despidos colectivos, eran conocidas con anterioridad a esa decisión¹⁰, ya que la asignación estatal para 2012 fue aprobada en la Conferencia Sectorial Estatal de Empleo y Relaciones Laborales de 24 de mayo, aun cuando la Orden ministerial por la que se aprueba y publica la distribución data de 24 de septiembre.

Se intentó también argüir la falta de propuestas por la parte empleadora en el proceso de negociación, además de falta de documentación acreditativa de la insuficiencia presupuestaria, pero la Sala entiende que sí se ha aportado

⁹ Resulta interesante el argumento de objetivación temporal de las minoraciones de recursos de MOLINA NAVARRETE, C., “De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado”, Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Núm. 348. 2012. Pág. 109

¹⁰ En este sentido VARELA AUTRÁN, B., “El despido objetivo en el sector público”. Diario La Ley. Núm. 7945. 2012. Pág. 2 y CANTERO MARTINEZ, J., “Las medidas de racionalización de plantillas en la ocupación local en un contexto de contención fiscal”. Federación de Municipios y Provincias de Cataluña, en prensa. Pág. 33

por la empresa toda la documentación económica que acredita la irregularidad presupuestaria sobrevenida como consecuencia de la drástica reducción de la partida presupuestaria estatal para políticas activas de empleo a gestionar por las Comunidades Autónomas, y que sí hubo propuestas diversas durante el período de consultas, tanto por parte de los consorcios que hicieron gestiones con los ayuntamientos para que asumieran a una parte de los afectados, como por la parte trabajadora que pidió su integración en el personal del SAE, algo a lo que no podía acceder la empresa en aquel momento en virtud de la suspensión de la normativa de aplicación.

4. LA RESOLUCIÓN INESPERADA. LA NULIDAD POR FRAUDE DE LEY EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL

La estimación del fraude de ley en la decisión empresarial llevará a la Sala a no necesitar entrar en la infracción normativa denunciada por la recurrente al amparo del art. 207 c) de la LRJS, como hemos anticipado, en concreto la vulneración del art. 51.1 de la LET del Estatuto de los trabajadores por no existir a su parecer causa económica que justificara los despidos de los ALPES¹¹, ni tampoco causa económica ni organizativa que justificara el de los técnicos que ejercían las labores de dirección de los consorcios puesto *que “no sólo se dedicaban a la coordinación de los equipos de los ALPES, existiendo incluso Ayuntamientos en los que existen Directores sin ese personal”*, cuestión ya referida.

No obstante, y pese a no resolver en el sentido de las causas esgrimidas para el despido, la Sala realiza un repaso por todos y cada uno de los argumentos que se establecen en el recurso ante el TSJA. En este sentido, y sumado a lo ya comentado anteriormente en relación a la insuficiencia presupuestaria, reitera igualmente las limitaciones, mucho mayores que en el sector privado, de las negociaciones para la parte empleadora en el sector público, concluyendo que no negociar sobre la petición de incremento de las indemnizaciones – como solicitaban los representantes de los trabajadores - no implica vulneración de la buena fe comercial, y que *“no puede apreciarse mala fe en quien por falta de autorización presupuestaria para realizar un mayor gasto, realiza la única oferta económica a la que ha sido autorizado, coincidente con la que legalmente corresponde, y que en todo caso supone una menor disposición de fondos públicos”*. No sabemos, por tanto, si de no haberse pronunciado en el sentido del fraude de ley la insuficiencia presupuestaria hubiera dado el mismo sentido negativo a la decisión de la conclusión de los contratos.

¹¹ Así lo expresa al argumentar que *“la dotación presupuestaria para la financiación de estos programas no se ha suprimido sino sólo reducido; y no concurre la insuficiencia presupuestaria alegada si se está al déficit de la Junta de Andalucía en su conjunto”*

Pero a pesar de todos los argumentos esgrimidos, la justificación de la nulidad de los despidos asentada en un fraude de ley obedece a la previsión de subrogación del SAE en las relaciones jurídicas de los consorcios, una vez disueltos o extinguidos, y por consiguiente de la integración del personal de estos en su seno. Dicha previsión estaba recogida en la Ley 1/2011 de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, desarrollada por el Decreto 96/2011 de 19 de abril: *“El motivo que precede se puede sintetizar indicando que la parte demandante entiende que antes de la extinción de los contratos de trabajo del personal que prestaba sus servicios en los Consorcios, en base a la normativa que se esgrime, existía la obligación del Servicio Andaluz de Empleo, de haberse subrogado en los derechos y obligaciones de aquellos trabajadores”*. Esta previsión de subrogación esgrimida fue declarada no conforme a derecho por sentencia del TSJ, C-A, de 15 de diciembre de 2011, así como también porque la subrogación corresponde ponerla en práctica por el Consejo Rector del consorcio y no por el SAE, y *“no existiendo la disolución de los indicados consorcios, no concurre el básico y esencial requisitos para que se pueda producir la indicada subrogación”*.

No obstante los antecedentes se remontan al “Acuerdo de 27 de julio de 2010, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía”, en el que se plantea la “reducción del número de entidades instrumentales” con un objetivo, entre otros de “la defensa del empleo público” y que preveía entre otras medidas la *“extinción por una comisión liquidadora de los Consorcios Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico. El resultante de tal liquidación será objeto de traspaso, en los términos que se fijen por la citada comisión liquidadora y con carácter preferente al Servicio Andaluz de Empleo, para su aplicación a fines y servicios de las políticas activas de empleo, y con carácter secundario, a las administraciones locales de ámbito territorial para su aplicación a fines y servicios de desarrollo local”*.

A este respecto resulta de interés mencionar la sentencia dictada el 2 de octubre de 2013 por la sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que fue ponente la magistrado Celsa Picó. Dicha sentencia estima el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía contra la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma de 20 de febrero de 2012, que declaró la nulidad de la Disposición Adicional Segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, *“por vulneración de los Derechos Fundamentales garantizados en los artículo 14 y 23.2 de la Constitución Española”*.

La resolución judicial tiene además especial interés porque hay que relacionarla, en atención a los sujetos que afecta, con las sentencias dictadas por las Salas de lo Social del TSJ autonómico en los procesos por despidos que nos ocupan, tal y como hemos comentado con anterioridad.

El interés de la sentencia del TS radica en el reconocimiento de la validez jurídica de la disposición impugnada ante el TSJ autonómico, y por consiguiente de la validez de la normativa que regula la integración en la ASAE del personal laboral de la FAFPE y del personal de los consorcios UTELDT *“tras la extinción de dichos consorcios”*. Conviene recordar que el gobierno autonómico justificó en su momento, octubre de 2012, la disolución de los consorcios porque el gobierno español había dejado de financiarlos de acuerdo a sus nuevas líneas de actuación en políticas activas de empleo. Una decisión política de 2010 se convierte en 2012 en una medida operativa cuyo cumplimiento se pospone a la desaparición de personal contratado por los consorcios, debatiéndose si la estrategia empresarial fue o no una decisión fraudulenta para evitar el cumplimiento de la normativa autonómica de integración de todo el personal de los consorcios en el SAE.

El contenido, por tanto, de mayor relevancia en relación a la sentencia, teniendo en cuenta estos elementos, entendemos es la previsión ya desde julio de 2010 de la disolución y extinción de los consorcios, aun cuando no se fijara fecha concreta al respecto, algo que tiene lógica porque un proceso de reestructuración empresarial, y mucho más en el sector público, necesita de una planificación orientativa en donde los plazos vayan adecuándose a las necesidades organizativas.

Por eso a efectos de la resolución del recurso es importante tener en cuenta que tanto en el art. 8 de la Ley 1/2011 como en la disposición adicional cuarta de esta norma, así como también en la disposición adicional segunda del Decreto 96/2011 de 19 de abril y en la Resolución de la Secretaría General de la Administración Pública de la Junta de 20 de abril de 2011, se contempla la subrogación del SAE como empleador del personal laboral de los Consorcios UTEDL, y que dicha subrogación se debía producir *“desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción”*.

En este sentido, y durante el periodo en el que se resuelve el procedimiento, la Sala de lo C-A del alto tribunal en sentencia de 30 de diciembre de 2013 -sentencia que reproduce la argumentación, entre otras, de la sentencia de 2 de octubre mencionada con anterioridad y que dio validez a la integración del personal laboral, en lo que ahora interesa de los Consorcios, en el SAE - sin considerarla ilegal o discriminatoria con respecto a otros colectivos, con fundamentación laboral acertada en el principio de sucesión de empresa regulado en el art. 44 de la LET porque, dice el TS (C-A), *“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 públicas que resultan extinguidas en esa reordenación del sector público legalmente establecida”*.

Estas circunstancias son las que justifican la resolución de la Sala porque se incluye la incorporación del fraude de ley en la decisión empresarial de despedir como causa merecedora de la declaración de nulidad, aun cuando esta no esté recogida de manera expresa en el art. 124 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, y también por la traslación de la doctrina general sentada en esta sentencia al caso concreto, revocando la tesis de instancia de inexistencia de fraude, por entender que ha quedado debidamente probado que sí se produjo y que la actuación administrativa impugnada constituyó una clara desviación de poder vedada por el ordenamiento jurídico administrativo. Es cierto que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas.

Así, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la Ley 3/2012, con independencia de que lo hiciera de manera voluntaria o no, caso que no incide en la resolución, a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, como no lo olvida la Sala en el contenido de su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del Código Civil respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial, expresando que *“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”*.

5. CONCLUSIONES

Como hemos podido observar en este breve análisis, ante la gravedad de la situación económica, derivada de la reducción de la asignación estatal en casi un 90 % con respecto al año anterior cuando las previsiones con las que operaba la Junta eran las del mantenimiento de la cantidad asignada en 2011, la decisión adoptada por los consorcios no es la de proceder a su disolución según la previsión expresamente contemplada en el art. 49 de los Estatutos, sino la de proceder al despido colectivo de su personal laboral.

La actuación de los Consorcios, optando por el despido de sus trabajadores y no por la disolución del ente, es el dato fundamental que lleva a la Sala a estimar que la decisión empresarial se ha adoptado *“con una clara desviación de poder por parte de las Administraciones Públicas”*, con lo que ello supone de incumplimiento de la normativa administrativa, en concreto del art. 70.2 de la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa. Porque aquello

que ha pretendido la Administración Pública implicada, bajo la apariencia del cumplimiento de la normativa reguladora de los despidos colectivos, es evitar la integración del personal del consorcio en el SAE, con la condena solidaria de todas las codemandadas.

La Sala entiende que de todos los datos aportados puede deducirse sin mayor complejidad la existencia de una actuación fraudulenta por parte de la Administración con el único objetivo de evitar el cumplimiento de la normativa sobre su integración en la ASAE. Llega a tal conclusión porque no se adoptó la decisión que hubiera sido más lógica y razonable para los ayuntamientos que formaban parte del consorcio, esto es, su disolución, y que sólo hubiera supuesto que los trabajadores pasaban a formar parte de la ASAE, sin coste económico alguno para la administración local y, por el contrario, optan por una solución mucho más gravosa económicamente para sus arcas en cuanto que tenían que abonar una indemnización para la que no disponían de fondos económicos y que, finalmente, sería abonada con cargo a una partida presupuestaria excepcional de la Junta, solución que al mismo tiempo es mucho más lesiva para los trabajadores afectados ya que se erosiona totalmente la previsión que tenían de estabilidad en el empleo por la subrogación del SAE como empleador cuando se disolviera el consorcio.

Como consecuencia de la decisión de la Junta de la disolución, y posterior liquidación, de los Consorcios, acompañada de la tramitación de procedimientos de despidos colectivos que afectaron ALPES, en el momento actual todavía se encuentran los consorcios pendientes de definitiva liquidación en este mes de noviembre, algo que puede plantear cuestiones jurídicas interesantes sobre el mantenimiento del empleo del personal de los mismos, al menos de aquellos que no se hayan visto afectados por los ERES. Pero el asunto se ha resuelto con una interesante incidencia jurídica, cual es que el TS ha estimado los recursos interpuestos contra el TSJA declarando la no conformidad a derecho de las decisiones de la Junta, estando a la espera ahora de que los trabajadores despedidos –se trata de personal laboral– pasen a integrarse en la ASAE como consecuencia de la validez del marco jurídico devenido.

Para finalizar, comentar que a fecha de cierre de este trabajo se ha dictado una sentencia más de nulidad en procedimiento individual. Esto arroja un haz de luz a los trabajadores de aquellos consorcios que no siguieron la vía del despido colectivo por no contar con personal suficiente y que, por tanto, no han sido beneficiados por la decisión de nulidad del TS, algunos de ellos ya con sentencia firme de sentido contrario a las dictadas por el TS. Entendemos que no puede darse una mayor protección jurídica a decisiones colectivas adoptadas de forma contraria a derecho que a las que adoptadas en un procedimiento individual, y que tampoco puede tratarse de peor condición en cuanto a protección de los derechos de los trabajadores a un despido fraudulento que a uno en donde se hayan producido

algunos incumplimientos formales. Me quedo con la defensa de la estabilidad en el empleo, en tanto que principio fundamental del Derecho del Trabajo, claramente debilitado en la reformas de 2012, aunque sea referida al caso concreto enjuiciado, al afirmar la Sala que *“en todo caso no resultaría en manera alguna razonable que ciertas deficiencias de procedimiento determinen la nulidad de la decisión adoptada por la empresa y que este efecto sin embargo no se produjese cuando la decisión extintiva, burla – pretende burlar, más bien – la estabilidad en el empleo que por expresa y variada disposición normativa se atribuye a los trabajadores”*.

**LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL
PERSONAL AFECTO A DESPIDOS
COLECTIVOS EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

M^a Isabel Ribes Moreno
*Profesora Dra. Departamento de
Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LOS DESPIDOS COLECTIVOS**
- 3. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA**
- 4. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA, UN ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**
- 5. CONCLUSIONES**

1. INTRODUCCIÓN

Las Administraciones públicas, al objeto de conseguir una mayor agilidad y adaptación en su organización y funcionamiento, han ido integrando empleados en régimen laboral dentro de su estructura interna. Igualmente, siguiendo este mismo objetivo, ha implantado en determinadas actividades o servicios la llamada “Administración paralela”, es decir, la formada por entes, organismos y entidades que se rigen fundamentalmente por el Derecho privado –aunque con excepciones–, materializando en lo que respecta al régimen jurídico de estas entidades una huida del Derecho público en favor del Derecho privado. Tanto es así, que ha sido necesaria la construcción de la acepción de empleado público, recogida dentro de las normas reguladoras del personal al servicio de la administración, y que engloba no sólo a los funcionarios públicos, sino también, a los empleados en régimen laboral¹. Estos fenómenos han permitido que, en lo que respecta a las relaciones laborales, hayan de aplicarse al sector público las normas del Derecho del Trabajo, pero que requieren de adaptaciones en su regulación, ya que manifiestan dificultades en su encaje².

Entre estas disposiciones sobresalen, por su actualidad, las referentes a los despidos colectivos, cuya regulación general, contenida en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, se complementa con las especialidades propias para el sector público que, previstas en la Disposición Adicional 20ª ET, han sido desarrolladas por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre (en adelante RDDC)³. Esta norma vino a introducir el despido colectivo para el sector público junto a la regulación del despido colectivo para el sector privado, si bien, ajustando el procedimiento con disposiciones específicas a la medida de sus particularidades⁴. La aplicación de la institución del despido colectivo se dirige a poder hacer efectivas medidas de “regulación de empleo”⁵ aunque limitado al personal laboral

¹ En este sentido, el Estatuto básico del Empleado Público (EBEP), en su artículo 8 establece que son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales diferenciando cuatro categorías dentro de ellos: los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y el personal eventual.

² Estos mecanismos ha pretendido equiparar los objetivos del sector privado con los del sector público, cuestión nada fácil, puesto que el sector privado va dirigido al logro de un beneficio económico y, en cambio, el público se centra “en la defensa de los intereses generales que el ordenamiento jurídico le asigna y que, en la mayoría de las supuestas, se concretan en prestaciones de servicios a los ciudadanos que suponen gastos sin generar ingresos”, tal como lo expresa García Muñoz, M., “Despido colectivo por causas económicas en la Administración local”. Revista Doctrinal Aranzadi Social parafr.num.36/20135/2013 parte Presentación. Documento Westlaw. BIB 2013\1678.

³ La Ley 3/2012 resolvió el debate existente sobre la aplicación de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores al sector público, si bien limitándolos al personal laboral a su servicio, Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, en Estudios en torno a la Reforma Laboral de 2012, dirección Castellano Burguillo, E. y Fera Basilio, I., Editorial Punto Rojo, pág. 224.

⁴ García Muñoz, M., “Despido colectivo por causas económicas en la Administración local”. Revista Doctrinal Aranzadi Social parafr.num.36/20135/2013 parte Presentación. Documento Westlaw. BIB 2013\1678.

⁵ Término que si bien no tiene razón de ser utilizado para el sector privado, en lo que respecta al público puede mantenerse habida cuenta de sus particularidades, en ese sentido, puede apreciarse el papel que tiene el informe vinculante que figura en el art. 47 del RD 1483/2012.

al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁶, que engloba tanto a la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración Local, como a distintos entes, organismos y entidades⁷. Sin embargo, a efectos procedimentales la norma distingue dos situaciones distintas, por un lado, la situación del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que no tengan la consideración de Administración Pública que comparten con las empresas privadas la regulación ordinaria⁸, y por otro lado, la de los restantes supuestos que forman parte del sector público y que cuentan con una regulación “ad hoc”.

Sin embargo, la incorporación de esta medida a la Administración Pública manifiesta ciertos puntos de debate que han sido destacadas por la doctrina científica⁹. Entre las cuestiones que se han suscitado subrayamos, por su especial importancia, los criterios de selección de los trabajadores afectados que, a nuestro entender, deben estar vinculados a la elección de los más idóneos para el desempeño de la actividad. Esta decisión debe estar perfectamente justificada puesto que la Administración, en su actuación, debe ser ajena a toda arbitrariedad, cumpliendo en todo caso con el principio de igualdad, pero no existen actualmente criterios o mecanismos legalmente establecidos que pudieran dirigir su conducta en esta cuestión, más que los generales anteriormente señalados. Por lo tanto, en

⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, BOE núm. 276, de 16 de noviembre de 2011.

⁷ Dentro de los que encontramos las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad. También sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas anteriormente –o consorcios y fundaciones- sea superior al 50%. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere el art. 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia. Por último, las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados anteriormente.

⁸ Por tanto, se excluyen las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales, así como los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación.

⁹ Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, cit., págs. 219-253; Cuadernos de Derecho Local (QDL), núm. 28, febrero de 2012, p. 7-39

la presente comunicación analizaremos los problemas que se manifiestan en la actuación de la Administración pública para la elaboración de criterios de selección y la identificación de los trabajadores afectados por el despido colectivo a la luz de la doctrina científica y jurisprudencial que ha tratado este tema.

2. PROCEDIMIENTO Y REQUISITOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Como se ha referido anteriormente, el despido colectivo debe atender en su procedimiento a lo previsto en el RDDC. Así, el Título III de dicha norma introduce disposiciones específicas aplicables en los despidos colectivos del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, si bien, será de aplicación el procedimiento general previsto en el Título I para todo lo que no figure recogido en Título III, siempre que no se oponga, contradiga o sea incompatible con él¹⁰. Por tanto, siguiendo lo previsto para los despidos colectivos en general, habrá de establecerse, necesariamente, en la comunicación de inicio del período de consultas, cualquiera que sea la causa alegada, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como, los criterios para la designación de los mismos. El RDDC prevé, aunque sólo para las Administraciones públicas, que estas menciones deberán ir acompañadas de información sobre los criterios tenidos en cuenta en relación con el establecimiento de la prioridad de permanencia del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento de selectivo de ingreso¹¹. En cualquier caso, los representantes de los trabajadores deben tener información suficiente que les permita valorar la adecuación de los criterios al trabajador en concreto, criterios que pueden ser matizados, o ampliados, durante la realización del período de consultas¹².

Ahora bien, sobre esta cuestión se manifiesta un problema puesto que aunque los empleadores pueden actuar con discrecionalidad a la hora de seleccionar los puestos que van a amortizar mediante el procedimiento de despido colectivo – siempre que respeten las normas que pudiesen limitar su libertad como las reglas legales de prioridad de permanencia–; otra cosa sucederá cuando quien actúe como

¹⁰ Así figura previsto en el art. 34.4 RD 1483/2012.

¹¹ Cuestión que se introduce en el artículo 3.1 e) tras la modificación del reglamento precedente, RD 803/2011, ya que anteriormente la solicitud que el empresario debía presentar ante la Autoridad laboral documentando el expediente de regulación de empleo incorporaba, pero con carácter alternativo, bien una relación nominativa de los trabajadores afectados, o bien, los criterios concretos que hubieran sido tenidos en cuenta para dicha afectación, vid. art. 8 RD 801/2011. En lo que respecta a la prioridad de permanencia figura contenida dicha exigencia en el artículo 38.2 RD 1483/2012.

¹² En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal supremo, aunque con respecto a despidos colectivos en el sector privado, realizando una interpretación antiformalista de la norma de aplicación, vid. STS 17 de julio 2014.

empleador, y por tanto seleccione a los trabajadores afectados por la extinción, sea una Administración pública sometida en su funcionamiento y actuación a mandatos constitucionales¹³, puesto que debe actuar conforme a criterios verdaderamente objetivos “como corresponde coherentemente a una Administración”¹⁴.

La determinación de un criterio preferente en lo que respecta a los despidos colectivos en la empresa privada han sido interpretados en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, habiendo sido considerado como una manifestación del poder de dirección y organización que corresponde al empresario aunque sometido a los límites generales de los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro del que se encuentra la prohibición de un trato discriminatorio¹⁵. En estos supuestos, la decisión debe fundamentarse en criterios de razonabilidad –con ausencia de fraude de ley y abuso de derecho–, y coherentemente con los fines buscados, sin que pueda designarse a los concretos trabajadores de forma caprichosa o arbitraria¹⁶, pero con un margen de discrecionalidad.

Los límites anteriormente señalados concurren, y se intensifican necesariamente, cuando el empleador pertenece al sector público, más aún cuando se trata de una Administración pública cuya actuación debe ir orientada a servir con objetividad los intereses generales, lo que debe garantizar la selección de los trabajadores más adecuados para cumplir dicho interés ante la posible extinción de contratos¹⁷. Sin embargo, aunque la Administración pública debe someterse a reglas precisas para garantizar, en su actividad como empleador, el derecho de todos los ciudadanos al acceso al empleo público y, a tal efecto, habrá de actuar conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; en lo que respecta a la extinción no parece que la ley establezca que tenga que utilizarse este mismo criterio, o por lo menos no de forma exclusiva, a la hora de designar los trabajadores afectados¹⁸. No obstante, la normativa laboral vigente no recoge criterios específicos destinados ordenar la actuación de la Administración al seleccionar a los trabajadores que pudieran verse afectados por el despido, tan sólo ofrece reglas orientativas referidas a las prioridades de permanencia, así como, recomendaciones de carácter general.

¹³ Entre los que figura el artículo 9 de la CE en el que se establece la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, y en este sentido en Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, cit. refiere esta misma matización.

¹⁴ De Sande Pérez-Bedmar, M., Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública, Ed. Lex Nova, Madrid, pág. 432.

¹⁵ Entre otras, STS del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (RJ 1998, 996) y 15 de octubre de 2003 (RJ 2004, 4093).

¹⁶ TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 3ª) ST núm. 1103/2013 de 30 diciembre. AS 2014/229.

¹⁷ Artículo 103 CE establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

¹⁸ El artículo 55 EBEP establece los principios rectores para el acceso al empleo público, sin embargo no establece disposiciones específicas o criterios aplicables para una extinción mediante despido.

De este modo, se manifiestan claramente diferencias entre los empleadores públicos o privados en relación con su margen de actuación para establecer y aplicar los criterios de selección en las extinciones colectivas. Así, los tribunales han realizado una clasificación del nivel de libertad que afectan dichos criterios, conforme a tres grados diferentes de exigencia, dotando a la empresa privada de mayor libertad¹⁹. El primer grado, de menor intensidad, en supuestos de extinciones en empresas privadas por causas económicas donde los criterios, no discriminatorios en ningún caso, pueden enunciarse con carácter genérico siempre que exista relación de causalidad entre el despido y la causa. El segundo grado, de intensidad media, se concreta en despidos por causas organizativas, productivas, tecnológicas o económicas, relacionados con un sector específico de la empresa, siendo ésta de carácter privado. Estos criterios serán más precisos que los anteriores, para establecer la relación de causalidad entre la causa del despido colectivo y el concreto trabajador afectado, también ajeno a discriminaciones por motivos ilícitos. Y por último, el grado de intensidad máxima que aparece en despidos colectivos que afectan a Administraciones o entes públicos, incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 23.2 CE ajenos a discriminaciones. En este último caso, los criterios habrán de ser suficientemente específicos para determinar, mediante su aplicación, quienes son los concretos afectados y valorando circunstancias relacionadas con el mérito y capacidad de los trabajadores, especialmente cuando dentro de este colectivo se encuentren trabajadores fijos que hayan superado procedimientos de ingreso en las Administraciones Públicas conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Por lo tanto, resulta necesario, por su importancia, establecer un sistema que garantice que las Administraciones Públicas aplican criterios objetivos, ajenos a toda arbitrariedad, ante la necesidad de seleccionar a los trabajadores afectados por las decisiones extintivas²⁰. Estos criterios habrán de respetar, en su caso, las prioridades de permanencias legales o pactadas que afecten al sector concreto.

3. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO

Como hemos señalado repetidamente, la normativa no ha expresado criterio alguno para la preferencia en la designación de las personas afectadas, salvo los que pudiesen pactarse en la negociación colectiva o en el acuerdo concluido durante el período de consultas. Sin embargo, sí que garantiza la prioridad de permanencia a los representantes de los trabajadores frente a decisiones extintivas, e introduce –o sugiere– otras nuevas prioridades ante los despidos colectivos, como la que se

¹⁹ STSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2013, STSJ de Castilla y León de 23 de julio de 2013

²⁰ Cruz Villalón, J., “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, Revista de Derecho Social, núm. 49, 2010, pág. 49.

manifiesta en relación con los trabajadores fijos o la que se pueda negociar con motivo de la negociación colectiva o durante el procedimiento de extinción. En cualquier caso, es visible que esta protección no supone, como es lógico, un blindaje frente a cualquier extinción contractual, de hecho los que cuentan con prioridad de permanencia también pueden verse afectados por el despido cuando éste afecte a todo el personal²¹, sin perjuicio de que haya de justificarse en el expediente esta inclusión.

En este sentido, el RDDC incluye, en su artículo 13, una mención específica acerca de la permanencia de los representantes de los trabajadores –estatutarios y sindicales– y los delegados de prevención, siguiendo lo previsto en los artículos 51.5 y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como, el artículo 37.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que también son de aplicación al sector público. El precepto del RDDC se limita a reproducir las reglas previstas en otras normas legales que condicionan la libertad de elección del empleador público en el sentido indicado.

En segundo lugar, a esta previsión ha de incorporarse una particularidad específica para este sector, con redacción confusa, ya que también se establece la prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición a través de un procedimiento selectivo de ingreso –de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad– cuando así lo establezcan dichos entes, organismos y entidades²². Esta segunda prioridad parece que se conforma con carácter potestativo²³, es decir, que no opera de forma automática, sino que habremos de estar a la decisión tomada por los entes, organismos y entidades. Sin embargo, en el supuesto de que no exista dicha previsión, la Secretaría de Estado de AAPP o autoridad equivalente en el ámbito de las CCAA, podrá establecer la aplicación de dicha prioridad en los procedimientos que afecten al personal laboral de sus respectivos ámbitos, aun cuando el Departamento, Consejería, organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto anteriormente, si, a la vista del expediente, entendiéndose que es aplicable, por ser adecuada a las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público²⁴. Ello requiere que a posteriori, por los motivos indicados, pueda tomarse una decisión que garantice la aplicación de dicha prioridad ya que no se incluye en todo caso. Por tanto, en supuestos de no inclusión

²¹ Esta misma cuestión es tratada en Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, cit., págs. 246-251

²² Recogido en la Disposición Adicional 20ª del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma introducida por la Ley 3/2012 de 6 de junio (BOE 7 de julio).

²³ Rodríguez Escanciano, S., Los despidos colectivos en la Administración pública, ponencia realizada en XXIV Jornades catalanes de Dret Social, 21 y 22 de febrero de 2013, pág. 26. Sin embargo, Roqueta Buj, interpreta que actúa más como una habilitación a su favor que como una facultad discrecional, Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pág. 154-155.

²⁴ Artículo 41.2 RD 1483/2012.

supondría que todo el personal laboral podría estar afecto a las medidas extintivas sin distinciones o prioridades entre ellos. Igualmente, el Reglamento prevé que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o autoridad equivalente en el ámbito de las CCAA, cuando se trate, respectivamente, de procedimientos que afecten al personal laboral de la AGE o a las CCAA, podrá también acordar la aplicación de la prioridad, que tendrá carácter vinculante en los términos que figuren en el acuerdo o resolución que se dicte y que habrá de remitir al Departamento, Consejería, organismo o entidad que hubiese iniciado el procedimiento, así como, a la representación de los trabajadores y a la autoridad laboral²⁵. Hemos de puntualizar dos cuestiones sobre la aplicación de esta prioridad. En primer lugar, la norma legal y la reglamentaria han establecido como criterio de prioridad el carácter fijo de los trabajadores, frente a los temporales o indefinidos no fijos²⁶, marcando una diferencia que se basa en la realización de procedimientos selectivos al acceso al empleo público, aunque sin distinguir el tipo de acceso que hubiese realizado el trabajador: oposición, el concurso-oposición y el concurso de méritos²⁷, dotándolos de igual valor, por tanto igualando la desigualdad²⁸. En segundo lugar, la prioridad tampoco establece otros criterios adicionales que pudiesen ayudar a interpretar su sentido, puesto que no diferencia si opera frente a cualquier extinción, o tiene que matizarse su ámbito de aplicación, es decir, “si la garantía se mantiene dentro del ámbito de afectación de la causa extintiva o si, por el contrario, puede superar ese ámbito, y extenderse a otros ámbitos que quedan fuera de esa afectación, siempre que en ese ámbito existan puestos de trabajo funcionalmente equivalentes a los afectados y, por tanto, intercambiables”²⁹. Esta última cuestión será decisiva para concretar los despidos y la práctica negociadora ha revelado interpretaciones tanto en un sentido como en otro.

Por último, se establece que la prioridad de permanencia podrá extenderse a determinados colectivos en virtud de lo previsto en convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad³⁰. Esta previsión no constituye una obligación a la hora de negociar convenios colectivos, ni tampoco tendrá que incorporarse necesariamente en el período de consultas, sino que se ofrece como un criterio orientativo que podrá tenerse en cuenta a la vista de las circunstancias extintivas³¹.

²⁵ Artículo 43 RD 1483/2012.

²⁶ Alguna sentencia considera que no es necesario el respeto de la prioridad de permanencia para el trabajador fijo, pudiendo extinguirse dichas relaciones con anterioridad a la de los temporales STSJ de Madrid de 9 de abril de 2013 (Telemadrid).

²⁷ Artículo 61.7 EBEP.

²⁸ Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012, cit., págs. 151-152.

²⁹ Con un desarrollo descriptivo muy completo, Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012, cit., págs. 153-154.

³⁰ Artículo 13.2 RDLC.

³¹ A juicio de en Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, cit. pág. 249, esto constituyen medidas de Softlaw. De hecho, hasta ahora no ha sido tenido en cuenta en la práctica negociadora por la novedad de la medida.

Por tanto, ante la ausencia de criterios generales, la doctrina ha intentado paliar esta ausencia introduciendo unos criterios ordenadores de carácter orientativo frente a la decisión de extinguir, considerando que se verán afectados en primer lugar, los trabajadores con contrato temporal, en segundo lugar los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla y demás empleados cuyo contrato esté aquejado de irregularidades, en tercer lugar, los trabajadores que ocupen puestos de trabajo a suprimir, en cuarto lugar, los resultados obtenidos por los trabajadores en la evaluación del desempeño y, en su defecto, la puntuación alcanzada en el concurso de provisión de puestos de trabajo o de acceso y por último la antigüedad³². Otros sectores de la doctrina, refieren a “concursos de méritos negativos” atendiendo a una comparación basada en la formación, conocimientos e historial³³. Estos criterios que recogen la prioridad de los trabajadores fijos establecidos para la Administración, habrán de respetar necesariamente las legalmente previstas en favor de los representantes legales, sin embargo, a nuestro juicio resultan insuficientes, puesto que en la actualidad no se ha implantado en la Administración sistema alguno de evaluación del desempeño y el atender a la puntuación que obtuvo el trabajador en su acceso al empleo, evita tener en cuenta el desarrollo profesional que hubiese podido realizar durante su carrera profesional. Por tanto, en nuestra opinión, son dos las variables que hay que calificar: la adecuación al puesto, es decir, su capacidad concreta, y los méritos del trabajador, pero no sólo los iniciales, sino los obtenidos durante su trayectoria, de este modo se valoraría el mérito del trabajador y su capacidad con respecto a las circunstancias concretas del puesto que se va a mantener.

4. LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN Y LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA, UN ANÁLISIS DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Ante las cuestiones analizadas se nos plantea el siguiente interrogante ¿se están estableciendo criterios objetivos en las extinciones realizadas en la Administración pública? La respuesta no es sencilla puesto que las extinciones resueltas por los Tribunales no siempre analizan cuestiones acerca de la concurrencia formal de criterios objetivos en la extinción. Así, la aplicación de criterios para la selección –o exclusión en virtud de la prioridad de permanencia– han sido tratados bien porque se entiende que vulneran el principio de igualdad, o bien, con motivo de su posible inclusión en causas discriminatorias, dejando a los Juzgados de lo Social la valoración individual del ajuste a los criterios para la selección, por razones procedimentales. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social³⁴, establece que la posible vulneración de criterios objetivos para decidir quiénes son en concreto aquellos trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo no podrán

³² Roqueta Buj, R., La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas. La reforma laboral de 2012, cit.pág 151. También referido por Rodríguez Escanciano, S., Los despidos colectivos en la Administración pública, cit. págs. 25-26.

³³ Rodríguez-Piñero Royo, M., “El despido colectivo en el sector público”, cit. pág. 251.

³⁴ Vid. artículo 124.13 de la Ley reguladora de la jurisdicción social.

ser objeto de un procedimiento de despido colectivo, ya que la demanda solo podrá fundarse en la falta de inclusión en el expediente de la relación de trabajadores afectados o del criterio utilizado para su elección, o bien, cuando se alegue que dicha decisión se tomó con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o vulnerando derechos fundamentales o libertades públicas. Por tanto, aunque la decisión de extinción tomada sin respetar las prioridades de permanencia establecidas en la ley, convenios colectivos, o acuerdos durante el período de consultas será nula, su revisión habrá de seguir un procedimiento individual y no se resolverá dentro del proceso sobre despido colectivo. Aquí se manifiesta otro problema adicional que ya ha sido puesto de manifiesto por un cierto sector de la doctrina, que considera que la inconcreción de los criterios no puede subsanarse mediante la remisión a los procesos individuales de despido³⁵.

De este modo, en general se exponen en diversas resoluciones las razones que deben inspirar la conducta de la Administración a la hora de contratar o extinguir, estableciendo que en la contratación habrá de aplicar sistemas objetivos que permitan la elección de los más idóneos para desarrollar las funciones asignadas a sus puestos de trabajo de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad por lo que, consecuentemente, al seleccionar a quienes va a extinguir sus contratos, debe hacerlo pero a la inversa, evaluando su desempeño, su conducta profesional, su rendimiento y el logro de resultados mediante sistemas de evaluación que se deberían adecuar, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad e imparcialidad³⁶.

Igualmente, sobre las prioridades de permanencia, al margen de garantizar las que legalmente están establecidas para los representantes de los trabajadores, se trata la diferencia entre personal funcionario y laboral, cuestión más que resuelta ya que los primeros no están afectos a procedimientos de despido colectivo³⁷, y la que se establece entre personal fijo y el personal indefinido o temporal³⁸. También se reflejan otras adoptadas en el período de consultas, que siguen las pautas sugeridas

³⁵ Voto particular STS de 25 de junio de 2014, con alegación expresa de las obligaciones derivadas de los compromisos internacionales que se manifiestan en el C158 OIT y la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998.

³⁶ ST JS núm. 12 de Barcelona de 13 de diciembre de 2011, anterior a la reforma laboral, referido a la entidad de Derecho público, Instituto Catalán del Suelo.

³⁷ Si bien el art. 85.2 del EBEP prevé, por su parte, la posibilidad de que en el futuro se regulen “otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando (...) por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo” lo que hace pensar que no está tan lejana la posibilidad de un despido colectivo para el personal funcionario.

³⁸ STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013, para la extinción colectiva de la Diputación de Orense. Igualmente, se refieren en distintas sentencias la diferencia frente a la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo y otro que ocupa una plaza de interinidad por vacante, TSJ de C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 920/2013 de 23 abril. AS 2013/2779, STSJ Madrid 14 de junio de 2013 y STSJ Islas Baleares de 9 de abril de 2013. STSJ Andalucía (Málaga) 25 de octubre de 2012 referido al Ayuntamiento de Estepona.

por la norma: edad, cargas familiares o discapacidad. En este sentido, se fija un rango de edad concreto, el hecho de que el trabajador sea familia monoparental con hijo a cargo, con pareja en desempleo, cuyo único ingreso dependa de la entidad pública que realiza el expediente o que tenga hijos discapacitados³⁹. E igualmente, criterios a valorar como el desempeño de funciones de naturaleza comercial y mayor cualificación profesional que vienen a unirse a otras prioridades más comunes como la condición de personal laboral fijo, mayor antigüedad en el área comercial, mayor antigüedad en la empresa, mayor edad, mayor experiencia profesional, mayores cargas familiares y mayor grado de discapacidad⁴⁰.

Ahora bien, el nudo gordiano se encuentra en aquellas –escasas– sentencias que han acometido la revisión de los criterios de selección. Así, algunos expedientes atienden a criterios de edad, así como al resultado de procedimientos de evaluación continua en la Administración. En estos casos, se realizaba una consulta previa al personal técnico responsable para preservar el empleo de aquellos con mayor competencia técnica, formación, experiencia y polivalencia, respetando la prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese adquirido esta condición conforme a los principios de mérito y capacidad. Estos criterios se acomodaban – aparentemente– a los principios exigidos en la actuación de la Administración, ya que constituyen causas objetivas y razonables ajustadas al art. 103 CE que también respetaban los principios de mérito y capacidad para el acceso a la función pública. Sin embargo, en la práctica, se vieron afectados por actuaciones arbitrarias. Efectivamente, no se tuvo en cuenta en su aplicación el uso de información de carácter veraz sino que se consideraron otros motivos, dotando de una apariencia a los criterios que no se correspondía con la realidad de la decisión extintiva⁴¹.

En otras situaciones, se incorpora un criterio de valoración basado en el orden de puntuación obtenido en las pruebas de acceso específicas, convocadas para la ejecución del programa, a través del que fueron seleccionados los que forman parte del colectivo sujeto al expediente de regulación de empleo, las pruebas para orientadores laborales. En este caso, el criterio viene referido al momento de selección de los trabajadores, sin tener en cuenta la situación posterior de méritos o rendimiento en el desempeño de su actividad⁴². En este mismo sentido, otros

³⁹ STSJ Cataluña de 19 de diciembre de 2012 y STSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013

⁴⁰ STSJ Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 2013, sin embargo, este criterio fue impugnado por la representación de los trabajadores por entenderlo arbitrario ya que consideraba que no existía distinción entre trabajos comerciales y los administrativos, puesto que existía en la empresa polivalencia funcional, lo que no fue aceptado por la sala.

⁴¹ STSJ Andalucía de 20 de marzo de 2013 (Sevilla), referido a la regulación de empleo del Ayuntamiento de Jerez. Sin embargo, la sala no consideró como nula la decisión tomada al estimar parcialmente las demandas y reconocer la improcedencia de los despidos. Esta decisión ha sido convalidada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de junio de 2014, aunque con un voto particular que manifiesta su discrepancia con la decisión mayoritaria de la Sala al entender que aunque formalmente se concretan criterios objetivos, en la práctica se trata de una decisión arbitraria e irrazonable.

⁴² STSJ Castilla y León de 28 de mayo de 2013, en relación a las extinciones de contratos de personal laboral contratado para la ejecución del plan extraordinario de medidas de orientación, formación profesional

supuestos refieren el establecimiento de un sistema de valoración conforme a los criterios establecidos en un manual de competencias, mapa de conocimientos y estudio de cargas de trabajos que, sin embargo en la práctica, no permitió a los trabajadores conocer los resultados globales de las evaluaciones efectuadas. Por el contrario, cada trabajador afectado recibió con posterioridad al período de tramitación de consultas su valoración personal, lo que parece sembrar una duda razonable sobre la ecuanimidad de las valoraciones⁴³. Otras extinciones utilizan como criterio para la elección de los trabajadores afectados, uno tan simple como la falta de inclusión en la RPT, la supresión de servicios no obligatorios –y su correspondiente vinculación al mismo– y criterios objetivos como titulación, antigüedad y edad⁴⁴. E incluso, extinciones cuyo criterio para decidir los despidos se basa, en primer lugar, en que se trate de personal temporal e interino y, en segundo lugar, sobre el personal indefinido prioriza la permanencia de aquellos considerados “imprescindibles”, lo que se acogió como un criterio razonable y suficientemente justificado por la sala⁴⁵, cuestión que parece atender a razones subjetivas.

Por último, en lo que respecta a las extinciones en Entes públicos de radiotelevisión se han tomado varias pautas para la selección. En primer lugar, los expedientes de regulación de empleo de la televisión de la Comunidad Valenciana, establecieron unos criterios de designación en base a la adscripción del puesto de trabajo que fuera a ser afectado por su eliminación o redimensionamiento, con referencia a la experiencia profesional, a la formación relativa al puesto, a la polivalencia funcional, a las buenas prácticas profesionales, a la situación de excedencia voluntaria y el menor absentismo, al mayor coste de su contrato de trabajo o las aptitudes de gestión de equipo y a las habilidades de interacción social⁴⁶. Estos criterios se concretaron posteriormente mediante una clasificación ordenada de los mismos en los que se valora en primer lugar la posible incorporación mediante oposición (requisito relacionado con la igualdad, mérito y capacidad), la asignación al puesto efectivo de trabajo, titulación específica para el puesto y titulación homologable a día de hoy, para el caso de los técnicos que cursaron imagen y sonido (actualmente Ciclos Formativos Superiores), la prestación efectiva de servicios en los últimos tres años, a contar desde 1 de enero de 2009 a 30 de agosto de 2012, computando a estos efectos, como tiempo de trabajo efectivo, los permisos por maternidad, riesgo para el embarazo, excedencia legal por cuidados de hijos y padres, accidente de trabajo o enfermedad profesional y enfermedades graves o crónicas siempre que sean justificadas por el trabajador,

e inserción laboral del Servicio público autonómico de empleo de Castilla y León, donde además se hace mención de las diferencias entre personal fijo e indefinido no fijo.

⁴³ STSJ Cataluña 19 de diciembre de 2012, sobre entidad de derecho público perteneciente a la administración pero cuyo ajuste a la legalidad no se valoró en la sentencia, solo se analizó la adecuación de las extinciones a las causas esgrimidas.

⁴⁴ STSJ de las Islas Canarias de 19 de diciembre de 2012, referido al Ayuntamiento de la Oliva, sin que al declarar su nulidad por falta de causa tratase el ajuste o no a derecho de los criterios para la selección.

⁴⁵ STSJ Galicia de 2 de mayo de 2013, para la extinción colectiva de la Diputación de Orense.

⁴⁶ STSJ Comunidad Valenciana Hecho probado 6º D.

el no haber tenido periodos de excedencia voluntaria o de permisos sin sueldo durante toda la vida laboral del trabajador, su “fidelidad a la empresa” al no haber ejercido simultáneamente otra actividad ajena al Grupo, la capacitación profesional relacionada con el puesto así como la polivalencia, demostrando el trabajador que ha sido capaz de ejercer otros puestos de trabajo o, sin haberlo hecho, si lo justifica. Ahora bien, de nuevo hay que referir que dichas extinciones se realizaron conforme a las valoraciones efectuadas por una comisión técnica de valoración, y una subcomisión, tras la entrega por los trabajadores de un formulario, cuyo resultado no se da a conocer salvo por la designación concreta del trabajador afectado. Así, la selección, además de incorporar cuestiones de carácter estrictamente personal, no parece que se hiciese conforme a derecho, lo que se evidencia puesto que se realizaron varias extinciones previamente a la valoración técnica funcional final que se realiza por el Ente público⁴⁷. Sin embargo, en otras televisiones regionales se ha utilizado para la selección de los trabajadores afectados criterios generales como la antigüedad o la polivalencia⁴⁸.

5. CONCLUSIONES

La adaptación de la Administración a instituciones laborales como la del despido colectivo requiere de un ajuste más profundo que el realizado con el RDDC. Es necesario buscar alguna fórmula que garantice que la Administración actúa, en cuestiones como la determinación de las personas afectadas por los despidos, como es dable esperar, es decir, con arreglo a los criterios de no arbitrariedad, supeditando sus acciones al cumplimiento del interés general.

Hasta ahora no existen mecanismos que puedan ser utilizados, al igual que sucede en grandes empresas, para evaluar el desempeño del empleado público, pese a la previsión que figura en el artículo 20 del Estatuto Básico del Empleado Público sobre el establecimiento de sistemas de evaluación del desempeño tanto de los funcionarios como del personal laboral. El establecimiento de estos sistemas, que deben adecuarse a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación, permite valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados del trabajador, y si bien no están previstos para ser utilizados frente a las extinciones podrían servir de criterio orientativo. No obstante, sería conveniente replantearse la introducción de los sistemas de evaluación –que hasta ahora no se

⁴⁷ Sin embargo, a juicio de la sala lo más importante a la hora de declarar la decisión nula fue el hecho de haber modificado a lo largo de todo el procedimiento las causas que justificaron las extinciones y que diferían entre el ente público y las sociedades mercantiles de capital público afectas a él. Aquí, el hecho de haber modificado dichos criterios establece una diferencia entre los trabajadores inicial o posteriormente afectados que sin duda quiebran el principio de igualdad que tiene que tener la administración en su actuación, STSJ Madrid de 9 de abril de 2013 (Telemadrid)

⁴⁸ STSJ Murcia de 14 de octubre de 2013, para la televisión murciana, que sin embargo se ha considerado por la sala como no conformes a derecho.

ha hecho por motivos económicos-, y la posible vinculación de los mismos a los despidos, lo que requeriría, en todo caso, de una modificación normativa.

En la actualidad, la Administración pública introduce criterios de selección que no han sido utilizados anteriormente, y esta nueva situación puede suscitar controversias en su aplicación puesto que, en general, se fijan criterios pero no se concretan bases o baremos que permitan una evaluación no arbitraria de los mismos. Sin embargo, las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño pueden formar parte de la negociación colectiva en virtud de lo establecido en el artículo 38.7 del Estatuto Básico del Empleado Público. Por tanto, en nuestra opinión resulta prioritario que los sujetos negociadores tomen conciencia de esta necesidad y desarrollen en los convenios colectivos esta cuestión incorporando un modelo flexible para todos los empleados públicos, que pueda atender a sus particularidades, criterios objetivos que permitan mediante la aplicación de baremos destinados a valorar el desempeño del empleado, junto a la formación adquirida durante su trayectoria profesional. Así, estos criterios podrían utilizarse como base dentro de los trámites del despido colectivo limitando la discrecionalidad de la Administración para implantarlos y de las comisiones al evaluar la concreción de los criterios a los sujetos afectados, ello garantizaría una mayor imparcialidad en la decisión.

REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: INTERINOS E INDEFINIDOS NO FIJOS

Belén del Mar López Insua
Profesora Doctora Contratada Laboral
Departamento de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

“El acreedor que trata de obtener de su contrato todas las ventajas que implica, puede ser culpable de una verdadera injusticia frente a su deudor. Abusa de su derecho, encuentra en el ejercicio de su crédito un enriquecimiento que es injusto, puesto que para él es resultado del azar y para su deudor fuente de ruina”

Louis Josserand¹

¹ JOSSERAND, L: El espíritu de los Derechos y su relatividad, Estudio Preliminar ,“Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los Derechos Fundamentales”, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012, p. 99.

SUMARIO

- 1. REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANTE LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS: DERECHO DEL TRABAJO VERSUS DERECHO ADMINISTRATIVO**
- 2. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD Y EL FRAUDE DE LEY**
 - 2.1. Trabajadores laborales contratados temporalmente por las Administraciones Públicas: especial referencia a la figura del indefinido no fijo del plantilla**
 - 2.2. El régimen extintivo de los contratos laborales de interinidad por vacante e indefinidos no fijos: evolución y problemas interpretativos**

1. REESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ANTE LA NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN DE LOS SERVICIOS: DERECHO DEL TRABAJO *VERSUS* DERECHO ADMINISTRATIVO

La extensión del sector público hacia otras formas de desarrollo de los servicios que prestan sus entes administrativos determina en la praxis una fuerte tensión dialéctica entre las ramas del ordenamiento laboral y la administrativa, que no siempre resulta fácil, ni tampoco pacífica de conciliar. La complejidad creciente de las actividades que se efectúan en el marco de las Administraciones Públicas trae su causa no sólo en la necesidad de búsqueda de una mayor eficacia y flexibilidad del ámbito de las relaciones de trabajo, sino también en la liberalización de las restricciones que impone el Derecho Administrativo tradicional y, en general, de los requisitos para efectuar la contratación pública². Actualmente, el recurso a la contratación laboral como vía de reclutamiento de personal temporal por parte de la Administración Pública lejos de frenarse se ha acrecentado³, proyectándose esta dinámica de forma más sistemática en sectores tales como: la educación, la sanidad, la salud y los servicios sociales⁴.

El auge en estas formas de prestación privada de los servicios públicos no ha supuesto un desplazamiento o una huida absoluta del Derecho Administrativo, pues la mercantilización o remercantilización (o, en otras palabras, la privatización o reprivatización) de ciertas actividades no puede obviar principios esenciales que son específicos a esta rama de conocimiento⁵. Es por ello que para el ámbito de regulación de estas relaciones deban combinarse lo social y lo administrativo, de forma que se respeten siempre, y en todo caso, las parcelas que son propias a cada uno de estos sectores del ordenamiento jurídico general. Principalmente, la problemática se ve agravada cuando de lo que se trata es de concretar el grado de sujeción que han de tener las Administraciones Públicas a la normativa laboral en el momento en que se efectúen contrataciones irregulares que, posteriormente, devengan jurisprudencialmente en indefinidas. Y es que el difícil equilibrio entre la tutela del Derecho Administrativo (de un lado) y el respecto a lo dispuesto por el Derecho Laboral (de otro lado) se ha alzado en un plano prioritario, convirtiéndose así en el gran protagonista de una realidad cada vez más “surrealista”, por así

² MONEREO PEREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”, Revista de Derecho Social, nº 67, 2014, inédito, pendiente de publicación.

³ ROMERO BURRILLO, A.M^a: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”, Actualidad Laboral, nº6, Junio de 2014, p. 1.

⁴ MONEREO PEREZ, J.L.: “Medios personales de los entes instrumentales de las Universidades Públicas (las relaciones de trabajo en los entes instrumentales vinculados a las Universidades Públicas)”, en VV.AA.: XI Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión Universitaria, Cizur Menor (Navarra), Thomson- Ed.Aranzadi, 2014, inédito, pendiente de publicación.

⁵ MONEREO PEREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”...op.cit., p.2.

decir, en donde la balanza se ha inclinado, unas veces, a favor de la estabilidad en el empleo propia del Derecho Social mientras que, en otros, el conflicto se ha solventado aplicando los principios de “igualdad, mérito y capacidad” que son característicos del sector administrativo⁶.

La falta de una específica regulación estatutaria no ha hecho más que agravar la problemática existente, debiendo para ello recurrirse a las distintas interpretaciones judiciales (fundamentalmente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo) para solventar muchas de las cuestiones que se han suscitado. Durante toda una década, la acalorada disputa doctrinal y el constante tira y afloja en la ordenación jurisprudencial de esta materia ha mantenido en vilo al colectivo de trabajadores afectados, quienes a la vista de los pronunciamientos predominantes de los tribunales españoles se ha sentido indefensos e inseguros frente a los poderes del empleador que son ejercitados en el sector público empresarial. De justicia es afirmar que no faltaron voces que criticaron dicha jurisprudencia asentada por el Alto Tribunal. Sin embargo, no ha sido hasta la importante sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 24 de junio de 2014 (RJ 2014\4380), cuando se ha sobrepuesto, finalmente, en nuestro país el tan necesario cambio de doctrina que equipara, a efectos de extinción contractual, a los “trabajadores interinos por vacante” y a los “trabajadores indefinidos no fijo de plantilla”. Así es, desde ese momento, ya se reconoce que la amortización de la plaza no opera directamente sobre el contrato, sino que, en aplicación de la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁷ deben seguirse los trámites previstos en los artículos 51 y 52 del ET⁸.

2. CONTRATACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y PROBLEMAS APLICATIVOS: EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD Y EL FRAUDE DE LEY

El actual contexto de crisis económica viene marcado por la necesidad de operar cambios estructurales en la organización del sector público ante las exigencias de racionalizar la expansión de los entes administrativos y el control de la situación de déficit presupuestario. Para recuperar la senda del crecimiento económico en nuestro país resultará necesario que el legislador continúe con el

⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 12-10, noviembre de 2010, p. 36.

⁷ Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo (BOE núm. 75 de 29 de marzo).

⁸ En esta misma línea se han pronunciado las sentencias del TS de 7 de julio de 2014 (RJ 214/4407 y RJ 2014/4408); 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4503); 14 de julio de 2014 (RJ 2014/4638, RJ 2014/4417, RJ 2014/4528; RJ 2014/4418); 15 de julio de 2014 (RJ 2014/4420, RJ 2014/4585, RJ 2014/4422); 17 de julio de 2014 (RJ 2014/4641) y, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (STJ) de Cataluña núm. 4138/2014, de 6 de junio (AS 2014/1985) y de Galicia núm. 3456/2014, de 23 de junio (AS 2014/2025).

esfuerzo reformista, pero en el sentido auténtico de una modificación propia de un Estado social y democrático de Derecho. A este respecto, se ha fijado como objetivo prioritario la consecución del reequilibrio económico-financiero del Estado español. Por lo que junto al catálogo de medidas que se han destinado a la reestructuración del sector público se han hecho acompañar otras de carácter coyuntural⁹ que, ciertamente, limitan estrictamente la negociación colectiva en este ámbito¹⁰, a saber: reducción de los salarios¹¹, prohibición de incorporación de nuevo personal¹² o limitación del número de plazas que son convocadas en las ofertas de empleo público¹³ (salvo excepciones)¹⁴, fomento de la promoción interna

⁹ MONEREO PEREZ, J.L.: “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia”...op.cit., p.2.

¹⁰ Artículo 32 de LA Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89, de 13 de abril): “La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”.

¹¹ A modo de ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Andalucía puede verse los artículos 6 a 12 del Decreto-ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 122 de 22 de junio de 2012). Bajo el enunciado de “Medidas en materia de retribuciones”, Sección 2ª de esta Decreto-Ley, se enuncian aquí todas las medidas que son acordadas a nivel andaluz para reducir el déficit público y contribuir a la estabilidad presupuestaria (art.1). Quedan afectados por estas reducciones: los altos cargos (Presidente de Junta de Andalucía, Consejeros, Viceconsejeros, titulares de las Direcciones Generales... etc.), personal funcionario, eventual, interino y laboral, profesorado de la enseñanza pública no universitaria, personal de Servicio Andaluz de Salud, funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y personal de las Universidades de titularidad pública.

¹² A este respecto, véase el Decreto-ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 122 de 22 de junio de 2012) en donde en su artículo 34 claramente se prevé que: “A excepción de los procesos de promoción interna, se suspende la ejecución de las ofertas de empleo público vigentes cuyas convocatorias no hayan sido publicadas a la entrada en vigor de este Decreto-Ley”. También en la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 se prevé en su artículo 23, expresamente, la prohibición de incorporación de nuevo personal, salvo cuando ello se derive de procesos selectivos correspondientes a ofertas de Empleo Público convocadas en ejercicios anteriores. Limitación que también se hace extensible a plazas incursas en procesos de consolidación de empleo previstas en la Disposición Transitoria 4ª del EBEP. En la Xunta de Galicia, de igual modo, se emite la “Circular interpretativa de los artículos 2, 3 y 4 del RD-Ley 20/2011” que se pronuncia en el mismo sentido que venimos indicando.

¹³ Por medio de Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE núm.312 de 28 de diciembre de 2012) se estableció que, a lo largo del año 2013, no se podría proceder en el sector público a incorporar nuevo personal, exceptuándose de la citada limitación una serie de sectores y administraciones que son contempladas en el artículo 23 de la citada norma, respecto de los cuales se determina que se aplicará una tasa de reposición de hasta un máximo del 10%. Por su parte, el Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2013 (BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2013) determina, de un lado, la cuantificación de las plazas que van a ser ofertadas para su adscripción a personal de nuevo ingreso (en su Anexo I) y, de otro lado, los criterios generales de aplicación en los procesos selectivos, en donde se indica que aquellas plazas que no fueran convocadas en 2013 pasarán a acumularse a las de 2013. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía cabe llamar la atención al Decreto 90/2013, de 23 de julio, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente al 2013 (BOJA núm. 155 de 8 de agosto de 2013).

¹⁴ Únicamente, se procederá a la contratación de personal estatutario temporal o funcionarios interinos en casos excepcionales y siempre que no afecten a los procedimientos de promoción interna y sean destinados para cubrir el funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Son considerados por la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) como servicios públicos fundamentales la sanidad, educación y servicios sociales esenciales (en este mismo sentido también se pronuncia el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en sus artículos 84.1 y 175, apartado 2, letra c). Véase la nota aclaratoria

para cubrir vacantes (art. 18 LEBEP)¹⁵ y, por consiguiente, favorecimiento de los mecanismos de despidos de los empleados laborales y trabajadores públicos por necesidades de funcionamiento de la Administración o de los entes instrumentales a su servicio.

En su conjunto cabe afirmar que esta “crisis económica” estructural ha motivado el afloramiento de un Derecho del Trabajo y un Derecho Administrativo de emergencia, el cual está centrado más en llevar a cabo cambios “estructurales” y no “meramente transitorios o provisionales” que en respetar derechos laborales e instituciones colectivas (negociación colectiva), dando lugar a una suerte de normativa laboral especial o peculiar (y de “excepción” en el momento presente) en el ámbito del sector público de empleo¹⁶.

El vigente sistema de clasificación de empleados público que recoge el art.8.2 de la LEBEP establece un extenso y heterogéneo abanico de trabajadores que entran dentro del concepto de empleados públicos, sin distinguir satisfactoriamente entre “relación funcionarial” (o, al servicio del interés público, de conformidad con el tenor literal del art. 103 de la Constitución Española -CE-) y “relación laboral”¹⁷. Se encierran dentro de esta enumeración (art. 8.2 y 13 de la LEBEP): los funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal) y el personal eventual. Toda esta clasificación trata de aclarar los frentes abiertos que presenta la dimensión funcional de las

que remite la Consejería de Gobernación y justicia a la Delegada del Gobierno de la Junta de Andalucía en fecha de 21 de febrero de 2012 y expediente número 008/2012/COR. Resulta también interesante aquí el “Informe GOPI00026/12-F. Sobre diversas cuestiones en relación con el alcance de los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público” que elabora el Gabinete Jurídico de la Consejería de Gobernación y Justicia.

¹⁵ “La promoción interna no deja de ser sino un sistema de selección de personal, por tanto, si la plaza que se pretende cubrir por este sistema estaba incluida en una Oferta de Empleo Público de un ejercicio anterior a 2012, el art.3. Uno del RDL 20/2012 no impide que se lleve a cabo el proceso selectivo (en este caso por promoción interna) para la cobertura de dicha plaza”, véase la nota aclaratoria que remite la Consejería de Gobernación y justicia a la Delegada del Gobierno de la Junta de Andalucía en fecha de 21 de febrero de 2012 y expediente número 008/2012/COR. No obstante, permite el RD-Ley 20/2012, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que puedan ser aplicables aquí los límites establecidos en el artículo 2 del mismo texto legal en materia de “Retribuciones del personal y altos cargos del sector Público” (ver “Informe GOPI00026/12-F. Sobre diversas cuestiones en relación con el alcance de los artículos 2 y 3 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 30 de diciembre, de Medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público”). En unos casos, los tribunales han considerado que sí debe computarse el tiempo de prestación de servicios del trabajador interino y del laboral a efectos de promoción interna (ver STSJ de Andalucía- Sevilla- de 25 de enero de 2011, 8 de septiembre de 2011; de Granada de 27 de mayo de 2013), mientras que en otros han entendido que de tener en cuenta ese requisito de la antigüedad se estaría dando un trato más favorable, de ahí que no deba ser computado a efectos de promoción interna (ver STSJ de Andalucía-Granada- de 1 de diciembre de 2012). A este respecto, el Tribunal de la Unión Europea se ha pronunciado en 2011, entendiendo que son equiparables la antigüedad de los funcionarios de carrera y la de los interinos.

¹⁶ MONEREO PEREZ, J.L.: “Medios personales de los entes instrumentales de las Universidades Públicas (las relaciones de trabajo en los entes instrumentales vinculados a las Universidades Públicas)”... opc.it., p.3.

¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C: “Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”, en VV.AA. El Estatuto Básico del empleado público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008, Granada, Comares, 2008, p. 149.

Administraciones Públicas, olvidando, en muchas ocasiones, el “principio de causalidad” al tiempo de celebración de los contratos laborales (art. 11 LEBEP)¹⁸. De esta forma no se cumple con las exigencias de “necesidad”, pues se somete al personal temporal (principalmente, interinos y personal laboral) a la realización de funciones permanentes, a través de contratos temporales¹⁹, cubriendo así actividades que, en realidad, son más propias de funcionarios de carrera. Lo que en la práctica, comúnmente, ha tenido como resultado el surgimiento de una nueva categoría laboral, el “indefinido no fijo”, figura que es de creación jurisprudencia y que nace cuando de la actuación de la Administración Pública se derive un fraude de ley o de otras anomalías jurídicas en la contratación²⁰.

2.1. Trabajadores laborales contratados temporalmente por las Administraciones Públicas: especial referencia a la figura del indefinido no fijo del plantilla

La grave situación de crisis económica ha motivado un espectacular crecimiento de la temporalidad en el empleo público (mayor incluso que en la empresa privada) en detrimento de la convocatoria y/o celebración de oposiciones para el acceso al cuerpo de funcionarios de carrera. En este contexto, palabras como “precariedad” y/o “flexibilización” en la gestión de las relaciones laborales se convierten ahora en sinónimos de la contratación que mejor define la finalidad para la que es provista el personal temporal por las distintas Administraciones Públicas (Estatal, autonómica y local). A pesar de los intentos fallidos de la LEBEP por evitar semejantes calificativos, lo cierto es que en la realidad se ha fomentado la contratación de este personal para cubrir fraudulentamente vacantes (ante la falta de convocatoria pública de estas plazas) a cambio de menores costes en la contratación de los mismos²¹.

¹⁸ En virtud de esta disposición, las Administraciones Públicas podrán hacer uso de todas las vías de contratación previstas por el Estatuto de los Trabajadores (tanto indefinidas, como temporales) siempre que concurra una necesidad. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”...op.cit., p. 34.

¹⁹ “La temporalidad se trata de un “riesgo fabricado”, pues se tratan de cubrir funciones permanentes, por otras razones, a través de contratos temporales. De esta forma se incumple la regla de “actividades permanentes y relación profesional continuada”, ver MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C: “Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”...op.cit., p. 152 y 153.

²⁰ BONILLA PURCALLA, M. A: “El fraude de ley en la contratación temporal” y VIDA FERNÁNDEZ, R: “La contratación temporal en la Administración Pública”, ambos en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director) y SERRANO FALCÓN, C (Coordinación). Modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico, Granada, Comares, 2010, p. 198 y siguientes y 392 y siguientes. Aparte de los supuestos por fraude de ley en la concatenación de contratos temporales, encontramos otras sentencias en las que el fraude que cometen los organismos públicos se produce por no aplicar una normativa autonómica cuando el SAE (Servicio Andaluz de Empleo) se subroga en los derechos y obligaciones derivados de los contratos del personal laboral. Llama aquí la atención el caso de los Consorcios UTEDLT, concebidos para fomentar la creación de empleo y que dependen de la financiación de los programas del Servicio de Empleo. En este caso el Supremo declara la nulidad de los despidos efectuados y la readmisión inmediata de los trabajadores despedidos (ver STS de 17 de febrero de 2014 -RJ 2014/2070-, de 20 de febrero de 2014 -RJ 2014/2096- y 18 de julio de 2014 -RJ 2014/4437-).

²¹ MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C: “Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”... op.cit., p. 166.

Como es sabido, las Administraciones Públicas en virtud de la posibilidad que les otorga el artículo 11 de la LEBEP (en relación con el art. 8.2.c) del mismo cuerpo legal) podrán contratar la prestación de servicios del *personal laboral... en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral... En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*. A diferencia de lo que sucede en el sector privado (en donde se equipara el personal indefinido al fijo), la clasificación que realiza aquí el EBEP es tripartita. Y ello es así porque, lamentablemente, se ha aceptado legalmente solventar los conflictos que entre la normativa laboral y la administrativa mediante la concatenación fraudulenta de contratos temporales²² (art. 15.3 ET) mediante la creación de una figura híbrida a la que la jurisprudencia ha denominado “indefinido no fijo de plantilla”²³. A este respecto, el art. 7 de la LEBEP somete a este personal a la regulación constituida... *además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, a los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*. Por lo que los trabajadores quedan vinculados a la plaza que ocupan, pero sin consolidar su fijeza, que sólo obtendrán superando el correspondiente proceso selectivo²⁴. De lo contrario, se vulnerarían las normas de Derecho necesario sobre la limitación de los

²² “Quizás no se misión o tarea del EBEP, pero en vez de reforzar las responsabilidades contra los cargos públicos que fomentan la contratación laboral en fraude de ley, lo que se hace es aceptar, por vía legal, la emersión de una nueva categoría de personal laboral, pero que no es sino el resultado de la convalidación de una actuación fraudulenta”. MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C: “Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”... op.cit., p. 154 y ss. En esta misma línea, se pronuncia el RD-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 147)

²³ El trabajador “indefinido no fijo de plantilla” es fruto de una largo proceso jurisprudencial. De forma resumida podemos dividir la evolución que ha seguido esta figura en cuatro grandes etapas: 1) en donde los tribunales se muestran proclives a aplicar la normativa administrativa, entendiéndolo inadmisibles que la comisión de irregularidades en la contratación pudiera dar acceso a un puesto estable o permanente (STS de 9 de octubre de 1985, de 21 de febrero de 1986, de 9 de abril de 1987, de 7 de julio de 1988, 27 de noviembre de 1989). Por tanto, los tribunales mantienen aquí la temporalidad del contrato de trabajo, sin embargo, en un momento posterior reconocen que cuando hubiese una irregularidad la situación en la que quedara el trabajador habría de identificarse con la interinidad de facto. De este modo, en tanto no sea cubierta la plaza reglamentariamente el trabajador seguiría contratado temporalmente desempeñando las tareas del puesto (STS de 7 de febrero de 1990 y 24 de abril de 1990); 2) se propone la aplicación en sentido estricto de la normativa laboral, lo que comporta la conversión de los contratos temporales en fraude de ley en indefinidos/fijos (STS de 7 de marzo de 1988, 18 de julio de 1989, 11 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1992); 3) el Alto Tribunal reconoce que el trabajador contratado de forma irregular por la Administración Pública pasa a ser indefinido, pero no fijo de plantilla. Diferencia el TS entre los trabajadores permanentes que acceden al puesto a través de los procesos de selección reglamentaria y aquellos otros que acceden como consecuencia de un contrato temporal previamente sujeto a irregularidades graves; 4) se aborda, definitivamente, el concepto de “trabajador indefinido no fijo de plantilla”. Se señala que el carácter indefinido no implica que el contrato no esté sometido directamente o indirectamente a un término. Así pues, el trabajador queda adscrito a una plaza, pudiendo ser cesado cuando la plaza sea provista de forma reglamentaria (STS de 20 y 21 de enero de 1998, 27 de marzo de 1998, 22 de septiembre de 1998, 19 de enero de 1999 y 23 de abril de 1999).

²⁴ “... la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras que la afirmación del carácter indefinido queda aquí referida objetivamente al vínculo, pero no al empleado en sí mismo considerado”, ver SEMPERE NAVARRO, A.V y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y: La contratación laboral en las Administraciones Públicas, Cuadernos de Aranzadi Social, núm. 17, 2003, p. 114.

puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptiva sometida a los principios constitucionales de igualdad, mérito y publicidad²⁵. De este modo la relación laboral se somete a duración incierta y sometida a término²⁶, quedando extinguido dicho contrato cuando se produzca la provisión regular del puesto o desaparezca por amortización de la plaza²⁷.

2.2 El régimen extintivo de los contratos laborales de interinidad por vacante e indefinidos no fijos: evolución y problemas interpretativos

La intensa tensión entre el orden social y el administrativo se hace patente en todos los momentos de la relación laboral, pero, sobre todo, se hace más aguda cuando de lo que se trata es de concretar cuál de ellos ha de aplicarse para solventar los supuestos de fraude de ley en la contratación del personal laboral al servicio de una Administración Pública. Cada uno de estos complejos normativos viene dotado de sus propios principios y finalidades, por lo que si la balanza se inclina a favor del orden social en toda su extensión, la utilización fraudulenta significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por contra, si se determina la nulidad contractual, quedan a salvo los parámetros constitucionales, pero se sanciona la irregularidad contractual en beneficio del infractor²⁸. Ante este difícil dilema se creó por vía judicial la figura del trabajador “indefinido no fijo”, la cual se presenta, por el momento, como la solución –no exenta de aporías– para los casos descritos. Y es que, actualmente, la única vía para evitar la concatenación de contratos temporales y abuso en el sector público se encuentra en el art. 15 del ET, no en cambio en el LEBEP²⁹. No obstante, el problema está ahora en determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a esta categoría de trabajadores en relación a la extinción del contrato de trabajo, ya sea por cobertura definitiva del puesto de trabajo o por amortización del puesto de trabajo. Durante largo tiempo la doctrina del TS ha tratado de ofrecer una respuesta mínimamente coherente a esta disyuntiva, encontrándose a este respecto pronunciamientos muy contradictorios.

En un primer momento, las resoluciones del TS no aclaraban nada acerca de los efectos extintivos del contrato indefinido no fijo, limitándose únicamente a

²⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública), Santiago de Compostela, Ed. Escuela Gallega de Administración Pública, 2003, p. 258.

²⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”...op.cit., p. 37.

²⁷ STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013\7657); 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000); 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7999); 23 de octubre de 2013 (RJ 2014/321); 25 de noviembre de 2013 (RJ 2013/8063); 16 de diciembre de 2013 (RJ 2014/2852); 13 de enero de 2014 (RJ 2014/1262); 21 de enero de 2014 (RJ 2014/530); 11 de febrero de 2014 (RJ 2014/913); 13 de mayo de 2014 (RJ 2014/3309); 11 de junio de 2014 (RJ 2014/4227).

²⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”...op.cit., p. 35.

²⁹ VIDA FERNÁNDEZ, R: “La contratación temporal en la Administración Pública”... op.cit., p. 395.

señalar que la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo constituía una causa lícita para el cese de la relación laboral, sin indicar cuál era la razón que motivaba la extinción (art. 49 del ET), efectos y procedimiento³⁰. No obstante, el TS guardaba silencio para aquellos casos en los que la extinción se producía con motivo de la amortización de la plaza. La falta de una específica concreción en esta materia dio pie a la elaboración de diversas interpretaciones, a saber: a) el reconocimiento del carácter indefinido de la relación laboral se entiende que conlleva a aplicar las mismas reglas que para los compañeros que hubiesen accedido a trabajar para el sector público por la vía legalmente establecida³¹; b) equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla con el interino por vacante³²; c) aplicación de la normativa laboral en toda su extensión de conformidad con las causas previstas en el art. 51 del ET³³. Finalmente, el TS en su sentencia de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002\9893) se pronunció entendiendo que la causa de extinción del contrato temporalmente indefinido debía de subsumirse en el art. 49.1 b) del ET, esto es, como si de una causa resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo se tratase. Esto se traducía en la práctica en la declaración de una nulidad parcial y sustitución de la temporalidad ilegal en el empleo por otra, eso sí, legal de extinción del contrato (art. 9 del ET) y sin derecho a indemnización. Por su parte, el voto particular discrepante que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde (y al que se adhirieron los Magistrados D. Gonzalo Moliner Tamborero y D. Bartolomé Ríos Salmerón) entiende inapropiada esta resolución, basando su razonamiento en las causas legalmente recogidas en el art. 49.1 I) del ET. Además, la aplicación de la extinción por causas objetivas tiene a su favor el hecho de que se le compensa al trabajador por la mala praxis efectuada por la Administración Pública, de lo contrario, se estaría equiparando en sus efectos extintivos a los de un trabajador interino, situándolo además en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en el sector público por “expiración del tiempo convenido en la realización de la obra o servicio determinado”, quienes tienen reconocida por la ley una indemnización.

Los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a esta sentencia se mantuvieron, durante bastante tiempo, fieles a esta doctrina mayoritaria del TS. Sin embargo, las críticas pasaron a adquirir una mayor relevancia tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 7 de septiembre de 2006, en donde se resuelven dos cuestiones prejudiciales italianas en torno a 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). El razonamiento del TJUE se centra en admitir, de un lado, que la Directiva de

³⁰ Ver STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998\1000).

³¹ STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de noviembre de 1996 (AS 1996\4519).

³² ROJO TORRECILL, E: “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en VV.AA., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid, MTAS, Vol. I, 2000, p. 101.

³³ GOERLICH PESET, J.M Y VEGA LÓPEZ, J: “¿ Una nueva categoría de personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas? Los trabajadores fijos de plantilla”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 1998, p. 579 y ss.

referencia sí es aplicable al ámbito público, de otro lado, que los Estados miembros deben adoptar medidas para evitar abusos en la contratación temporal irregular que se realiza por las Administraciones Públicas, no debiendo éstas ser menos favorables que las operadas en el sector privado y que, por último, derivado del doble juicio de equivalencia y efectividad debe admitirse el derecho a una reparación económica del trabajador.

Ante la respuesta del TJUE, la postura que mantuvo el Alto Tribunal español hasta mediados del año 2013 fue, inexplicablemente, discrepante. Así es, en unos casos, aplicó la doctrina del TS en su sentencia del 27 de mayo de 2002, mientras que, en otros, resolvió por vía del art. 51 del ET³⁴.

En un segundo momento, tras la STS de 22 de julio de 2013 (RJ 2013\7657), el Supremo da un paso al frente en esta materia y efectúa una reformulación de la doctrina anterior, pero sólo a efectos de la extinción del contrato “indefinido no fijo de plantilla” al reconocerle al trabajador el derecho a una indemnización por vía del art. 49.1 c) del ET³⁵. Se trataba de un supuesto de amortización del puesto que ocupaba un trabajador indefinido no fijo de plantilla y que como consecuencia de la falta de cobertura de la plaza, mediante el correspondiente procedimiento reglamentario, es cesado. No obstante, y pese al intento del TS por subsanar los defectos de la doctrina anterior, la argumentación utilizada no contó con el apoyo esperado, de ahí que se emitiese un voto particular (formulado por el Magistrado Jordi Agustí Julia al que se adhieren cinco magistrados más) que, ciertamente, reflejaba un claro acercamiento a la doctrina comunitaria. Conscientes de la necesidad de proteger a los trabajadores que son contratados de forma irregular en el sector público, la tesis minoritaria del Supremo entendía que efectivamente existe una cierta similitud entre los contratos de interinidad por vacante y los indefinidos no fijo, pero sólo al momento de vigencia y desarrollo de la relación, no en cambio en el de extinción contractual (a diferencia de lo que argumentaba la tesis mayoritaria en esta sentencia). Así pues, las diferencias existentes entre ambos grupos de trabajadores es, precisamente, lo que justifica la necesaria aplicación de un tratamiento diferente para cada figura, siendo de acomodo los arts. 51 y 52 del ET para justificar la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo de plantilla y el art. 49.1 c) del ET para el cese del funcionario interino por vacante. Queda claro así que durante la vigencia del contrato indefinido no fijo deben de

³⁴ ROMERO BURRILLO, A.Mª: “El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla”... op.cit., p. 4.

³⁵ A favor, entre otras, las STS de 14 de octubre de 2013 (RJ 2013/8000); 15 de octubre de 2013 (RJ 2013/7999); 23 de octubre de 2013 (RJ 2014/321); 25 de noviembre de 2013 (RJ 2013/8063). En resumen, podría decirse que el TS entiende que aunque se pueda reconocer cierta equiparación entre el trabajador indefinido no fijo de plantilla y el interino por vacante, lo cierto es que el contrato de trabajo se extingue por una amortización de la plaza que ocupaba el trabajador por vía distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través del sistema de acceso a la Administración Pública regido por los principios de mérito y capacidad (art. 103 CE). Por ello, en este supuesto, para evitar una situación de trato desigual injustificada, cabe entender aplicable por analogía la indemnización recogida en el art. 49.1 c) del ET.

seguirse rigurosamente lo dispuesto por la normativa laboral (art. 7 LEBEP), por esa razón se rechaza la posibilidad de que en una misma relación laboral puedan participar dos regímenes jurídicos, de un lado, la de los trabajadores fijos en lo que respecta a derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social y, de otro lado, la de los trabajadores temporales en materia de extinción, al identificarse las mismas causas de cese que en el contrato de interinidad. Por tanto, de acuerdo con el principio de no discriminación que recoge la Directiva 1999/70/CE, no es justificable que un trabajador que se ha visto afectado por un procedimiento de contratación antijurídica reciba un peor tratamiento al momento de su extinción respecto a aquel que sí ha sido contratado legalmente.

2.3. Panorama actual y cambio cualitativo de doctrina en la extinción contractual temporal

La doctrina tradicional del Supremo venía equiparando, hasta el momento, los contratos laborales de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas a efectos de extinción, no sólo cuando se cubría la plaza ocupada por el trabajador como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, haciendo innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas. Sin embargo, ahora el TS, en su sentencia de 24 de junio de 2014, consciente del daño que sufrían sendos colectivos cuando veían cesados sus contratos laborales antes de la llegada a término, rectifica esta doctrina en un sentido más favorable para ambas figuras.

En esta sentencia el TS analiza un caso de despido colectivo por amortización del puesto de trabajo de 156 funcionarios interinos en la Universidad Politécnica de Madrid. Tal y como se describen en los hechos, la reestructuración se ha producido por la pérdida de alumnado y el incremento de personal administrativo y de servicios, lo que ha llevado a que esta entidad pública acordara, en sesión extraordinaria, la desaparición de dicho cuantioso número de plazas que eran ocupadas por trabajadores laborales con contrato temporal de interinidad por vacante. Sin embargo, alega la demandada que las necesidades de la Universidad Politécnica han sido ya cubiertas por personal fijo, sin que se hayan realizado una nueva relación de puestos de trabajo. Este último dato es el que ha motivado que el TS se cuestione, previamente, sobre si ¿nos encontramos ante un caso de despido colectivo por causas económicas y organizativas? o, si por el contrario, ¿se trata de una simple amortización de los puestos de trabajo por cumplimiento de la condición resolutoria?

Principalmente, el hilo conductor en el que basa su razonamiento el TS se centra en dos criterios principales: 1) la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima del ET³⁶, por la que se mejora lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones Públicas y 2) en la naturaleza jurídica de los contratos de interinidad y el indefinidos no fijo de plantilla.

En relación a la primera de estas premisas, el nuevo precepto establece que: *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de 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 el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.* De conformidad con esta idea, cabe aplicar lo dispuesto en los artículos 51 (para los despidos colectivos) y 52 c) del ET (para los despidos individuales por causas objetivas) al personal laboral despedido por una Administración Pública. Si bien, finaliza este precepto afirmando que: (...) *Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior.* Por lo que es evidente que al referirse este precepto al personal laboral fijo está incluyendo, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante.

En relación a la segunda cuestión, el TS pasa a analizar la naturaleza jurídica que tienen los contratos por interinidad e indefinidos no fijo de plantilla. Entendiendo que éstos tienen en común el hecho de que son contratos temporales de duración indeterminada, pero en los que consta que el término pactado llegará “cuando la vacante ocupada se cubra tras finalizar el proceso selectivo”. Atendiendo a esta regla cabe afirmar, que ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo, por lo que no cabe deducir que se traten de contratos sujetos a condición resolutoria, sino de contratos cuya duración queda sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando estas vacantes deban ser objeto de oferta pública de empleo (art. 70 EBEP). Por tanto la amortización no conlleva la extinción de estos contratos a término indeterminado y es que, de admitir lo contrario, se estaría aceptando la extinción de una relación laboral temporal “antes de que llegue a su vencimiento”. Lo que supondría atribuir ciertos privilegios a

³⁶ Disposición adicional vigésima primera introducida, en su actual redacción, por la disposición adicional tercera de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162 de 7 julio).

la empleadora, al tiempo que quedan truncadas las expectativas de la otra parte de ganar en concurso la plaza ocupada, causando así un evidente perjuicio al trabajador.

De la interpretación del penúltimo párrafo del art. 51.1 del ET, entiende el TS que la exclusión del computo para la determinación de la existencia de despido colectivo a los contratos temporales sólo viene referida a aquellos que finalizan por la “expiración del tiempo convenido” (art. 49.1 c) ET), pero no a los que finalizan antes de que llegue su término, como lo es el caso de la amortización por vacante ocupada interinamente (como además avala la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos) y que se extiende, también, a los contratos laborales de “indefinidos no fijo”. Concluye, de este modo, el Tribunal con la idea de que la simple amortización de una vacante no conlleva la extinción de los contratos de interinos e indefinidos no fijos, sin que quepa acudir al procedimiento previsto en los arts. 51 y 52 c) ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una relación de puestos de trabajo, lo que no impide que se siga el procedimiento de extinción colectiva y objetiva previsto en la normativa laboral.

3. CONCLUSIONES

En el mundo de las relaciones laborales se han ido experimentado, con el paso del tiempo, fuertes cambios en los modelos de configuración y desarrollo de los servicios que son prestados en las Administraciones Públicas. Al tiempo que han ido creciendo las necesidades funcionales de los organismos públicos se han ido transformando y modulado las normas que integran el orden jurídico, tratando así de adaptar la legislación a los problemas reales que presentaba la Administración contemporánea.

La mayor novedad ha sido la extensión del ámbito público hacia otras formas de prestación de los servicios públicos, lo que ha supuesto modificaciones relevantes en la organización y reglas sectoriales de los entes administrativos afectados. Motivados por la necesidad de búsqueda de una mayor eficacia y flexibilidad en estas relaciones se han liberalizado antiguas restricciones provenientes del ordenamiento administrativo que limitaban la capacidad para contratar en este ámbito. El panorama ha tenido una acogida favorable por parte de las Administraciones Públicas y los trabajadores, ya que no sólo se han cubierto necesidades estructurales en el sector público, sino que también se ha creado empleo.

Pese a este catálogo de buenas intenciones, la razón y la realidad se han impuesto finalmente a las propuestas iniciales. En este sentido han aflorado una serie de problemas aplicativos entre dos importantes ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho del trabajo y el Derecho Administrativo. Principalmente, esta

tensión –por lo que aquí más interesa- se ha situado en el momento de determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos laborales que son celebrados por las Administraciones Públicas. Y es que cada uno de estos sectores mantiene, en principio, intactas sus propias reglas y principios para no desvirtuarlos habrá que combinarlos. Sin embargo, la falta de una específica regulación ha tensado peligrosamente los límites que son impuestos por ambos sistemas, debiendo a la postre ser los propios tribunales los que hayan tomado las riendas en este asunto.

El contexto de crisis económica en el que se encuentra sumergido nuestro país no ha contribuido a resolver este asunto, sino todo lo contrario. Por lo que para solventar el grave déficit presupuestario se han adoptado medidas estructurales y “no transitorias” (como así se decía) que olvidan el respeto a los derechos laborales garantizados en la Constitución, a saber: la negociación colectiva, reducción de salarios o pérdida de determinadas partidas económicas, limitación de la contratación laboral, flexibilización del despido, incremento de la promoción interna para cubrir vacantes...etc. Aunque parezca extraño, el servicio público que tanto vela por los intereses generales se ha nutrido también de la coyuntura de esta situación económica al incrementar la contratación temporal del personal laboral, a cambio de bajos costes en los servicios. Los intentos del EBEP por no identificar la contratación de este personal como sinónimo de “precariedad” han constituido en la práctica un auténtico fracaso, pues no sólo no ha establecido el régimen jurídico aplicable a estos colectivos, sino que tampoco ha impuesto límites preventivos y reparadores precisos al encadenamiento abusivo de contratos que son efectuados por las Administraciones. De ahí que como respuesta a la falta de cumplimiento del principio de causalidad haya emergido un híbrido contractual –altamente problemático- al que la jurisprudencia ha bautizado paradójicamente como “indefinido no fijo de plantilla”.

La reestructuración de plantillas en el sector público (y en particular en las Administraciones Públicas), al margen del necesario respecto de su normativa específica, se ha de someter a la legislación laboral en términos de conjunto y en su unidad, salvo por algunas peculiaridades características del sector administrativo. La razón es obvia, puesto que no existe una norma específica que regule el problema de la extinción de los contratos temporales se habrá de imponer, por consiguiente, la lógica específica del Derecho del Trabajo. En concreto, cuando el problema de la racionalización en la reestructuración de las Administraciones Públicas afecta al colectivo de los trabajadores interinos y trabajadores indefinidos no fijos de plantilla.

Más allá de actuaciones que podrían calificarse como propias de sociedades industriales de épocas históricas ya superadas, la respuesta de los tribunales ante este dilema ha sido durante mucho tiempo desafortunada y contraria al respeto a los derechos de los trabajadores. Así pues, los constantes vaivenes jurisprudenciales

venían en unos casos a inclinarse a favor de la aplicación del ordenamiento laboral y en otros del administrativo. Tanto a los trabajadores interinos por vacante, como a los indefinidos no fijos, se les quiso privar inicialmente de su régimen laboral y por ende del marco normativo característico correspondiente a su contrato, lo cual implicó la concesión de ciertos privilegios diferenciales al empleador público a la hora de llevar a cabo la extinción contractual, vulnerando así el principio de igualdad de trato entre el personal laboral que se encuentra en la misma situación jurídica. No tiene sentido que existan estas diferencias, máxime cuando están en juego derechos laborales y constitucionales protegidos al máximo nivel de garantías.

A pesar de los pronunciamientos del Alto Tribunal Europeo en el año 2006 a propósito de dos cuestiones prejudiciales italianas sobre la interpretación de la Directiva Comunitaria 1999/70/CE, el TS se mantuvo indiferente, ya que obvió la aplicación correcta de los principios laborales, que se dirigen a proteger al trabajador frente a los comportamientos antijurídicos del empleador. De modo que el TS inicialmente confirió carta blanca a las Administraciones Públicas para que contratasen en la práctica jurídica de forma irregular, permitiendo además que una multitud de contratos temporales fraudulentos devengan en indefinidos no fijos para que, posteriormente y según criterio discrecional de las Administraciones Públicas, los trabajadores sean despedidos sin causa justificativa alguna (*ad nutum*). Así pues, esta situación equiparaba de facto la categoría laboral de los anteriores en la asimilada a los interinos por vacante, puesto que en ambos casos el despido se realiza por igual sin tener derecho a la indemnización pertinente. Finalmente, el TS en su sentencia de 24 de junio de 2014 marca un hito importante en esta materia, al dar la razón a la doctrina jurídica minoritaria que defendía la aplicación de la norma laboral por cuestiones indiscutibles. Resulta llamativo que el Tribunal Supremo haya tenido que esperar dos años desde la aprobación de la Ley 3/2012 (sobre medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) para que, con base en la Disposición Adicional Vigésima que se incorpora al ET gracias a esta reforma, reconozca la aplicación plena del Derecho del Trabajo en esta materia. Admitiendo, así, la necesidad de que el empleador público deba alegar las causas del art. 51 y 52.c) del ET cuando pretenda amortizar un puesto de trabajo ocupado por un trabajador interino por vacante o un trabajador indefinido no fijo. Debido a la naturaleza incierta de estos contratos temporales es evidente que no cabe aplicar las reglas del art. 49.1 c) del ET, ya que éste sólo hace referencia a la extinción de los contratos que finalizan “por la expiración del tiempo convenido”.

A la luz de lo expuesto, queda patente cómo finalmente se ha impuesto la normativa laboral a la mala praxis administrativa; algo especialmente significativo tras largos años de pugnas y debates por alcanzar unas condiciones laborales dignas. Una vía, ésta, que permite una aplicación del Derecho del Trabajo más coherente y respetuosa con los principios que presiden la constitución democrático-social del trabajo y su forma política típica de Estado Social de Derecho.

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

Esther Guerrero Vizquete
Profesora Doctora DTSS
Universidad Rovira i Virgili

SUMARIO:

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ Ramió Matas, C.; Salvador Serna, M.; García Codina, O.: “Los determinantes y la gestión de la externalización en Cataluña”, ob. cit. p. 85 y 146

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³³ STSJ Cataluña de 15 de mayo de 2014

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. CONCLUSIÓN FINAL

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

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

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

**EL IMPACTO DE LA REESTRUCTURACIÓN
EN LAS AAPP A LA LUZ DE SEGURIDAD
Y SALUD LABORAL: UNA PERSPECTIVA
OLVIDADA.**

Estefanía González Cobaleda.
Investigadora de la Universidad de Jaén.

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN. LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA DEL TRABAJO Y LOS FACTORES DE ORIGEN PSICOSOCIAL.**
- 2. EL EMPLEO PÚBLICO Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN TIEMPOS DE CRISIS.**
 - 2.1. La reorganización del sector de la Educación, del Sanitario y de Servicios Sociales perjudica la salud de sus trabajadores.**
- 3. LA NECESIDAD DE UNA GESTIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE DE LAS AAPP.**

1. INTRODUCCIÓN. LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA DEL TRABAJO Y LOS FACTORES DE ORIGEN PSICOSOCIAL.

La evidencia empírica demuestra que el cambio y la reestructuración no son nada nuevo. En particular, estos procesos han estado presentes en todas las organizaciones donde se producen a un ritmo cada vez mayor y que afecta a la totalidad de la sociedad. En la actualidad, se justifica esta situación atribuyéndola a la crisis económica y a la crisis del funcionamiento del mercado de trabajo, que ha generado una nueva caracterización del trabajo y de los intereses personales y sociales.

En este sentido, el trabajo puede tener consecuencias tanto positivas como negativas para la salud de las personas y para su bienestar. Los factores de origen psicosocial son causas o agentes que pueden influir de manera nociva en la salud y en el rendimiento del trabajador, a través de la presión del tiempo de trabajo, el trabajo monótono, la falta equidad y las altas exigencias laborales e inseguridad en el empleo, entre otras causas, generando un “entorno psicosocial de trabajo” negativo. Igualmente, se han demostrado que los factores psicosociales relacionados con el trabajo pueden contribuir a una serie de daños para la salud, a través de riesgos psicosociales como son el estrés en el trabajo, el acoso laboral, la violencia, etc. provocando daños psicosociales en los que derivan en enfermedades mentales, síndromes e incapacidades.

En efecto, en el año 2009 la Agencia Europea para Seguridad y Salud en el Trabajo elaboró un Estudio¹ en el que se identificó más de 42 factores de riesgo psicosocial. En este sentido, los sectores concretos como la sanidad, la educación y servicios sociales la presencia del estrés laboral aparece de forma más destacada. Esto también se refleja en otras encuestas nacionales e internacionales y en la literatura científica. No está de más recordar que la inestabilidad en el empleo era el principal factor de riesgo psicosocial más citado por los trabajadores en la IV Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, incluso es más que probable que se haya incrementado en los dos últimos años como causa del aumento de factores que ha supuesto la crisis de empleo y al creciente percepción de inseguridad laboral² mediante la reforma del 2012 basada en la devaluación de condiciones de trabajo.

La realidad a la que podemos caracterizar como alarmante de las reestructuraciones en las Administraciones Públicas (AAPP, en lo sucesivo) en estos últimos años, pero muy especial tras las reformas mediante la Ley 3/2012, de 6 de julio y el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, siendo unas de las fuentes más

¹ Vid. RIAL GONZÁLEZ E., COCKBURN, W., IRASTORZA, X.: “*European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks*”, European Agency for Safety and Health at Work, 2009.

² Vid. MORENO-JIMÉNEZ, B. “*La creciente inseguridad laboral como factor de riesgos psicosociales*”, en Anuario de Relaciones Laborales 2013. UGT-CEC. p. 240.

reconocidas de estrés e inseguridad laboral, suponen un cambio radical en la vida del empleado público, que pueden derivarse en trastornos sobre la salud de los trabajadores afectados. Esto es, acorde con los estudios e informes realizados por las Organizaciones Internacionales competentes -OMS, OIT-, incluso las económicas -OCDE, Foro Mundial-, se determina que los riesgos psicosociales, como pueden ser el estrés el trabajo, la tensión laboral y los riesgos asociados a la depresión, son un problema trascendental para la salud pública y que han de ser prevenidos y tratados.

Ahora bien, para poder comprender los factores de origen psicosocial que son susceptibles de crear una mala salud de los trabajadores a partir de las peculiaridades de las Administraciones Públicas, en primer lugar habría que considerar la gran heterogeneidad de los empleados públicos, por lo que las condiciones de trabajo y los factores de riesgo psicosocial serán muy distintos³. No obstante, de manera muy breve podemos considera que la organización y gestión de las administraciones públicas, con carácter general, son caracterizadas por:

- una organización con excesiva rigidez donde su adaptación a las situaciones cambiantes es dificultosa;
- la responsabilidad de algunos puestos de trabajo es muy elevada al tratar con personas -sanitarios, servicios sociales, educación, etc.- por lo que la carga psicosocial es elevada;
- las políticas de reconocimiento y recompensa no pueden traducirse a un nivel económico ya que los salarios están establecidos;
- se da una excesiva lentitud de adaptación de los puestos de trabajo a los nuevos cambios sociales y formas de trabajo por lo puede darse el caso de no existir un ajuste organizativo en las estructuras -repetición de tareas, ausencia de definición de tareas o falta de funciones efectivas-;
- posibles relaciones jerárquicas deficientes generando un conflicto de rol y ambigüedad de rol.
- La organización pública es burocrática y jerarquizada, esto es, poco flexible y con muchos sistemas de control, con lo que aumenta el riesgo de acoso.

³ Vid. GOIRÍA, J; OLAIZOLA, I; SAN SEBASTIÁN, X.: “*La preeminente y eficiente dimensión preventiva: evaluación y planificación de los riesgos psicosociales en las organizaciones públicas en contextos de crisis y cambio*” en AAVV. El <<Mobbing>> en las Administraciones Públicas: Cómo Prevenirlo y Sancionarlo, MOLINA NAVARRETE, C.; MARCOS GONZÁLEZ, J.I.(Coord.), Aranzadi, 2012, pág. 59.

Pues bien, del análisis sucinto anterior se pone de relieve como estas peculiaridades siempre han generado unos factores de riesgo psicosocial de las organizaciones públicas, por lo que realmente este impacto siempre ha estado presente. Paradójicamente, con las reformas laborales han supuesto un gran incremento de la prevalencia de estos factores, aunque también se han ido introduciendo nuevos riesgos y procesos de inestabilidad sobre los empleados públicos que antes no tenían.

Llegados al final de este análisis preliminar podemos concretar que no es el propósito de esta comunicación realizar este argumento desde un enfoque económico ni político aunque son plenamente legítimos y necesarios. Nuestro interés está en llamar la atención sobre un ámbito crítico de la manera de afrontar la reestructuración de las AAPP para someter a revisión desde una índole social y de salud laboral. De modo que, podemos reclamar un replanteamiento de fórmulas tradicionales para afrontar problemas recurrentes, como es la crisis. La reestructuración, en particular la reducción, no siempre aumenta la rentabilidad o productividad de la organización, incluso puede llevar a una pérdida contraproducente de la productividad y la rentabilidad⁴ y la disminución de habilidades del trabajador. Por tanto, es ilógico e irresponsable atender al crecimiento económico y al mismo tiempo ignorar la salud laboral de sus trabajadores. Desde esta perspectiva, son suficientes los estudios y evidencias en el ámbito europeo, sobre la posibilidad y la necesidad de actuar preventivamente sobre consecuencias sobre la salud mental y física que puedan derivar del trabajo, construyendo así una conciencia social mayor sobre sus efectos útiles. En la actualidad, nos encontramos sumidos en una sólida e importante campaña europea llamada “Trabajos saludables: Gestionemos el estrés”, donde se pretende fomentar la sensibilización en relación con el estrés y los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo, pues los riesgos psicosociales en el trabajo constituyen hoy el segundo mayor problema de salud laboral de Europa.

2. EL EMPLEO PÚBLICO Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN TIEMPOS DE CRISIS.

No cabe duda que, son cuantiosos los aspectos negativos que se evidencian de la profunda crisis económica y financiera que venimos sufriendo estos últimos años. La globalización económica, el desarrollo tecnológico y las nuevas formas de organización de la empresa y del trabajo, suscita nuevos desafíos en todos los planos de la vida social. Por ello, es necesario hacer frente a dichos aspectos para garantizar un modelo productivo capaz de sostenerse en el tiempo, así como por ser competitivo, además de crear oportunidades y situaciones de bienestar para todos.

⁴ Vid. ROGOVSKY, N., OZOUX, P., ESSER, D., MARPE, T. y BROUGHTON, A.: “*Restructuring for corporate success: A socially sensitive approach*”. Geneva, Suiza: ILO, 2005.

Pese a ello, nos encontramos con unos procesos de reestructuración y reorganización que hasta ahora eran propios del sector privado pero que, desde el año 2012, se han extendido ampliamente al ámbito público. De modo que, la posibilidad de reestructuración de las AAPP ha comenzado a presentarse como una opción cada vez más viable y necesaria, principalmente por varios motivos.

- Por un lado, el razonamiento de que el número de empleados públicos en España ha sobrevenido como demasiado grande e insostenible, es decir, sobredimensionada. No obstante, si comparamos el número de empleados con los países de nuestro entorno, podemos analizar que no son las Administraciones que más empleados públicos tienen. Según Eurostat, España se convierte, después de Austria, Portugal e Italia, en el país con menos empleados públicos por habitante de la Unión Europea, es decir, un empleado por cada 16 habitantes. Sin embargo, en el extremo opuesto, y reflejo del mayor desarrollo del Estado del bienestar, figuran tres países nórdicos como son Dinamarca, Suecia y Finlandia, con un torno al 25%.
- Por otro lado, la necesidad de disponer de una “mejora de la eficacia, la productividad y la competitividad de nuestra economía” a través de los mismos mecanismos de reorganización y flexibilidad que están presentes en el sector privado, para lograr cotas de eficiencia y eficacia en su gestión comparable⁵. Pero estas medidas basadas en la privatización en derechos retributivos elementales o derechos colectivos básicos, se puede entender como un reparto desproporcionado para los ciudadanos en general, y a los trabajadores en especial.

Como es bien sabido, se ha querido dar respuesta a la profunda crisis a través de procesos de reestructuración basadas en políticas de reajuste mediante la reducción de salarios, de plantillas de trabajadores y mediante las modificaciones de las condiciones de trabajo, etc. Esto lo podemos ver reflejado en las Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que fue modificado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Igualmente, se ha de tener en cuenta el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. De modo que, se ha querido entender que la reforma de la Administración es un objetivo en sí mismo, con una marcada exigencia de eficacia y eficiencia. Ahora bien, podemos pensar que lo que verdaderamente se ha producido es la deslegitimación del propio empleo público al que, aparte del pensamiento sobre su elevado coste

⁵ Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “*Gestión de Recursos Humanos: Alternativas para superar la crisis. Procesos de reestructuración en el sector público. Claves para entender la nueva regulación sobre el despido colectivo en el ámbito público*”, Centro de Innovación del Sector Público de PwC e IE Business School, 2013, pág. 6.

y a los que no se considera suficientemente implicados con la productividad, se consideran que se les atribuye un trato de favor respecto del resto de asalariados, al no haber asumido hasta las reformas los costes de un proceso de ajuste. Pues bien, con las reformas se ha procedido a recortar derechos y políticas basadas en la protección de la salud –arts.15, 40 y 43 CE- y sobre la protección en momentos de necesidad mediante asistencia y prestaciones sociales –art.15CE-.

La AAPP en España experimentó un fuerte crecimiento hasta el tercer trimestre del año 2011, desde entonces se ha producido una reducción del empleo público en 374.800 trabajadores. Por tanto, podemos concretar que el empleo público ha caído un 11,6% frente al 7,7% en que ha disminuido la ocupación en el sector privado. A nuestro entender, derivado de estas reformas en la AAPP se están instaurando de manera vertiginosa la inseguridad laboral, convirtiéndose en uno de los riesgos psicosociales más fuertes y persistentes en este ámbito. Además de reducir la motivación, incrementar la ansiedad, reduce la capacidad creativa y deprime a quienes lo padecen⁶. Se instaura en los empleados un bajo desempeño del trabajo, el deterioro de las relaciones sociales dentro de la organización, aumento de los accidentes e incidentes laborales, siendo contraproducente para el crecimiento económico y generando un coste social por el “desgaste o deterioro” que sufre el propio capital humano.

En este sentido, existe un consenso cada vez más generalizado acerca de la acción institucional mediante las reformas laborales y sobre la preocupación por la salud psicosocial, no sólo de los trabajadores sino de las organizaciones en las que prestan sus servicios convirtiéndose en una cuestión de primera magnitud. Estas acciones se han de realizar no sólo en el ámbito preventivo, sino en dimensiones económicas, sociales, laborales e incluso institucionales y de políticas, en general⁷. En este sentido, las consecuencias de la Ley 3/2012, que introduce en las AAPP los despidos colectivos masivos, y el RD-ley 20/2012, que priva de importantes derechos individuales y colectivos a todos los empleados públicos, tanto funcionarios como laborales, demuestran que se ha producido un nuevo período de aproximación entre ambos estatutos profesionales, a través de la generalización de la inseguridad laboral en ambos⁸.

⁶ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: “La <<ética de la crueldad>> del nuevo estado de malestar español: los riesgos de la institucionalización de la violencia sociolaboral de los poderes privados” en Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT., número 18, pág.4.

⁷ Vid. CIFRE GALLEGO, E-NAVARRO MACIÁN, M.L. “Construyendo puentes entre la responsabilidad social empresarial y la salud psicosocial en las organizaciones: Una Guía 2.0 para el incremento de la “empleabilidad”. CEF. Trabajo y Seguridad Social. N.359, febrero 2013, pp. 163 y ss.

⁸ GARCÍA JIMÉNEZ, M.; MALDONADO MOLINA, J.A.: “Las reestructuraciones <<salvajes>> del empleo público: la <<inseguridad laboral>> no mejora la productividad y sí perjudica gravemente la salud psicosocial” en Boletín Informativo. Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT., número 18, pág.5 y ss.

Una literatura copiosa parece indicar que la percepción de inseguridad laboral se asocia a un aumento de problemas para la salud y de la seguridad de los trabajadores⁹. En mayor o menor grado, las medidas más relevantes adoptadas mediante las anteriores normativas para la reestructuración del empleo público y que han sucedido en todos los sectores con carácter general, aunque con mayor incidencia en sectores tales como el sanitario y el educativo, confirman la instauración de dicha incertidumbre laboral por la preocupación acerca de la permanencia o no en el trabajo, la ausencia de control sobre las condiciones laborales, la alteración de la protección por desempleo y la reducción sobre el salario, enfrentándose a un futuro incierto. Aunque el Estatuto Básico del Empleado Público –Ley 7/2007; EBEP–, se estableció como un estatuto de garantías de los empleados públicos mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, como son a la protección de la dignidad, la salud y la integridad-art. 14 h EBEP-, siendo valores que son esenciales para un Estado Constitucional de Derecho¹⁰ - por ejemplo, STCO 38/1981 y STCO 89/2006-. No obstante, con las reformas laborales, se ha evidenciado que también los empleados públicos están a disposición de lo que un Gobierno con carácter de legislador quiera establecer en cada momento.

Ahora bien, al margen de otras consideraciones sobre lo indebido e insolidario de gran parte de las decisiones realizadas, en esta comunicación lo que prima es evidenciar los efectos nocivos sobre la salud de los trabajadores y cómo afecta sobre el funcionamiento y rendimiento de las propias organizaciones públicas, donde se han de establecer un sistema de servicios y garantías para prevenir las posibles vulneraciones de los derechos y valores de las personas que conecta directamente con el art. 15 CE en relación a los art. 10,40 y 43 CE, tal y como se ha expresado anteriormente -*STCO 160/2007, de 2 de julio*-.

En este sentido, los procesos de reestructuración, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, se constituyen como uno de los factores de riesgos psicosocial más fuertes para la salud tanto física como mental de los trabajadores. La inseguridad laboral o el cambio sustancial de las condiciones de laborales y un menor control sobre éstos, son en sí mismas factores de riesgo psicosocial que no afectan de manera aislada, sino todo lo contrario. Esto es, dañan la propia salud de los trabajadores y perjudican el entorno laboral y social de la organización, donde se puede instaurar un desajuste influyendo en el resto de trabajadores y en el mercado de trabajo. Este aspecto se ha visto acentuado por las últimas reformas realizadas por los sucesivos Gobiernos, llevando a la esfera de los empleados públicos

⁹ Para un mayor análisis bibliográfico Vid. MORENO GIMÉNEZ, B.; BAEZ LEÓN, C.: “*Factores y riesgos psicosociales, formas y consecuencias, medidas y buenas prácticas*”. MTAS-INSHT-UAM. Madrid. 2010.

¹⁰ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.; MARCOS GONZÁLEZ, J.I.: “*El derecho social fundamental de los empleados públicos a un ambiente laboral libre de <<acoso>>: <<viejas>> y <<nuevas>> normas*”, en AAVV. El <<Mobbing>> en las Administraciones Públicas: Cómo Prevenirlo y Sancionarlo, (Coord.) MOLINA NAVARRETE, C.; MARCOS GONZÁLEZ, J.I., Aranzadi, 2012, pág. 31.

riesgos y procesos de inestabilidad que no habían conocido antes, a pesar de ser reconocido el derecho a un ambiente organizativo y profesional sano y saludable en los términos de los arts. 10 y 15 CE - SAN, Sala Contencioso Administrativa, 11 de octubre de 2006-. En cambio, es poca o nula la atención que se ha dado al impacto negativo que estos reajustes de las AAPP han podido tener para la salud de sus trabajadores y, de forma directa e indirecta, para la propia economía española mediante el incremento de los llamados “costes de oportunidad” y en general para la sociedad¹¹.

Es necesario desarrollar nuevas formas de gestión de los procesos de crisis en el ámbito de las AAPP, que permita reducir al mínimo las consecuencias negativas de esos procesos en el empleo, en las condiciones de vida y de trabajo de las personas. Por tanto, es imprescindible que para ello, el empleo y las relaciones laborales dejen de ser un aspecto que dependa de las decisiones económicas adoptadas con una lógica de pura rentabilidad inmediata. De modo que, se ha de realizar unas intervenciones donde se ocupe un papel más relevante la disposición de información real y datos suficientes en relación con los empleados, con el trabajo que realizan y las verdaderas necesidades, para que en todo el proceso de definición y ejecución, durante y después de la formalización de las decisiones de cambio, puedan ser fundamentadas y con base demostrada evitando las soluciones coyunturales. Debemos de ser conscientes que el criterio de las intervenciones que se centran exclusivamente en el déficit público consideran el recorte como acciones que son inevitables¹². Por ello, actuar necesariamente implica recortar y lo es exclusivamente sobre las personas, ya que es más sencillo culpar directamente a algo externo como es la crisis económica-financiera que venimos atravesando; que realizar un verdadero diagnóstico de las necesidades de las AAPP. No obstante, podemos considerar que es una visión anticuada y técnicamente errónea, porque el paso del tiempo evidencia lo injusto de los recortes y los verdaderos efectos que han tenido esos reajustes para la eficacia y calidad del servicio público¹³.

Desde esta perspectiva, el 30 de septiembre de 2014 ha sido presentado a las Cortes Generales el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, donde se ha visto reflejado el incremento de la oferta del empleo público. Ante esto cabría plantearse, ¿se han dado cuenta que con los recortes

¹¹ Vid. VILLAR CAÑADA, I., VALLECILLO GÁMEZ, M.R.: “Reestructuraciones empresariales, riesgos psicosociales y bienes en el trabajo. Una nueva dimensión del modelo comunitario de gestión social”, Comares, Granada, 2011, pág. 19.

¹² Precisamente, con el art. 135CE se han sucedido un conjunto de modificaciones para la consecución de la estabilidad presupuestaria y la supervivencia financiera del país pero que en el trasfondo de éstas ocultan unas repercusiones sobre el conjunto de derechos sociales y de garantías de los servicios públicos de calidad, en las que podría ser conveniente posponer el pago del crédito para hacer frente a otras necesidades más urgentes y así prevenir un desequilibrio social y económico. Para un estudio con mayor profundidad Vid. CÁMARA, G.: “La reforma del artículo 135 CE”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 93, 2011, págs. 176-181.

¹³ Vid. GORRITI BONTIGUI, M.: “Un sistema de Reforma del Empleo Público alternativo a los Recortes de Personal”, en Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, Núm. 4, 2013, págs.8-23.

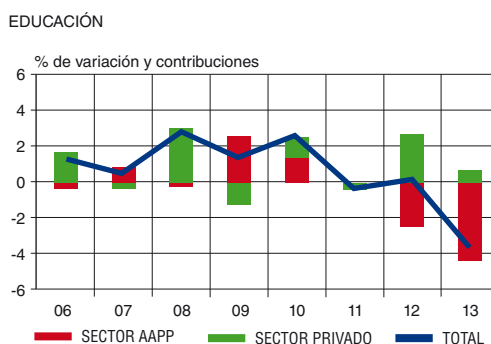
practicados no se ha alcanzado los objetivos marcados de mejora de la eficacia, de la productividad y la competitividad de la economía española?, o por el contrario, ¿es una medida coyuntural inmediata debido a las elecciones generales y municipales próximas? Adelantándonos a su explicación, y derivando de la tesis que defendemos, consideramos que la respuesta está en que las políticas laborales y en las condiciones de los empleados públicos, ya que siguen manteniendo ese carácter insolidario y sombrío.

2.1. La reorganización del sector de la Educación, del Sanitario y de Servicios Sociales perjudica la salud de sus trabajadores.

Uno de los ejes centrales en torno a los que giran las últimas legislaciones de la reestructuración de las AAPP es, precisamente, la introducción de drásticos recortes en educación, en el sector sanitario y de Servicios Sociales provocando daños sobre la salud de los trabajadores y trabajadoras de estos sectores e incrementando los riesgos psicosociales asociados a sus actividades. Por ende, se incluyen a estas acciones la privatización creciente de servicios públicos tan esenciales como son la sanidad, la educación y los servicios sociales, entre otros.

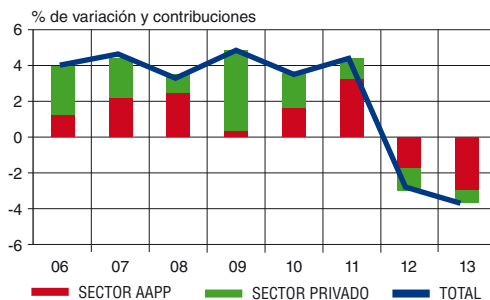
Así, tal y como representa Banco de España¹⁴, la tendencia a la privatización en educación, ha ganado peso con respecto al total desde el inicio de la crisis, pasando del 35 % en el año 2007 al 40% en el año 2013. Igualmente sucede en sanidad y servicios sociales, donde el empleo privado ha pasado del 49% al 52% del total.

Gráfico 1. Empleo público y privado en los sectores de educación y sanidad y servicios sociales (EPA).



¹⁴ Vid. MONTESINOS, A., PÉREZ, J.J. Y RAMOS.R.: “El empleo de las Administraciones Públicas en España: Caracterización y evolución durante la crisis”, Documentos Ocasionales N.º 1402, Banco de España-Eurosistemas, 2014, pág. 16.

SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES

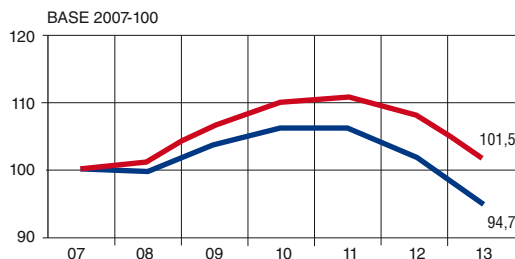


FUENTE: El empleo de las Administraciones Públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis, Documentos Ocasionales N° 1402, Banco de España.

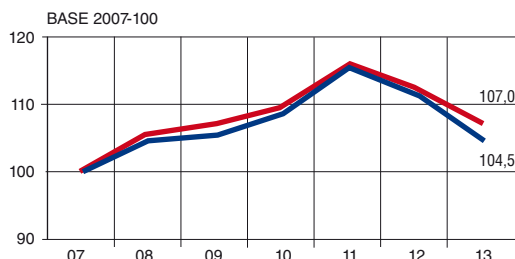
Para suplir las medidas acerca de las limitaciones sobre la creación de nuevo empleo público, se determinó en el RD-ley 20/2011, de 30 de diciembre, el aumento de la jornada a 37,5 horas semanales y que ha supuesto un ahorro de cerca de 1.300 millones en 2012. Pues bien, cabría plantearse si estas restricciones, implementadas desde el año 2009 de reducción de nuevo empleo, aunque con un grado de intensidad desigual, han tenido un efecto sobre el posible incremento de la carga de trabajo de los empleados al servicio de las AAPP. Esto lo podemos estudiar tanto en el sector de educación, cuyo empleo en el año 2013 fue un 5,3 % menor que en el año 2007, mientras que el número de horas totales trabajadas se incrementó un 1,5 %; así como en el sector de sanidad y servicios sociales tanto en el empleo como en el número de horas donde se situaron en el año 2013 en niveles superiores a los del año 2007.

Gráfico 2. El ajuste sectorial del empleo y las horas de las AAPP (EPA).

EVOLUCIÓN DE LOS EMPLEADOS Y LAS HORAS TRABAJADAS EN EDUCACIÓN



EVOLUCIÓN DE LOS EMPLEADOS Y LAS HORAS TRABAJADAS EN SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES



FUENTE: El empleo de las Administraciones Públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis, Documentos Ocasionales N° 1402, Banco de España.

En suma, el marco en el que se instauran tanto el colectivo de la enseñanza como el sanitario y servicios sociales se puede caracterizar por un menor número de profesionales en relación al número de usuarios demandantes –pacientes o alumnos-, donde su jornada laboral se ha incrementado siendo más extensas y con peores condiciones de trabajo, así como la violencia en estos sectores, donde los trabajadores deben interactuar estrechamente con sus pacientes o alumnos y sus familias, a menudo en circunstancias difíciles. Según un Informe actual sobre el sector Sanitario y de Servicios Sociales en la UE-27 el 15,2% de los trabajadores de dichos sectores ha sido expuesto a una violencia externa¹⁵. Además de la reducción de recursos para poder hacer frente a su trabajo e incluso para la atención de las necesidades especiales del paciente o del alumnado, mediante una reducción de las partidas para gastos de funcionamiento de los centros educativos y hospitalarios así como las destinadas a infraestructuras y equipamiento. Como no podría ser de otra forma, estamos presenciando cómo se cierran plantas de hospitalización y servicios. En este sentido, nada que decir ante la situación de pánico, incertidumbre y desacreditación de una trabajadora creada por el virus del Ébola y el desmantelamiento del Hospital Carlos III de Madrid, como centro de referencia nacional para patologías infecciosas y tropicales, o bien, la eliminación programas especiales en la enseñanza pública¹⁶.

Por lo que respecta al Informe CORA¹⁷, donde se ofrece algunas estimaciones cuantitativas del ahorro monetario derivado de las distintas actuaciones adoptadas a partir del año 2012, con respecto a la congelación de la oferta de empleo público y no reposición de efectivos, el Informe indica un ahorro de unos 1.800 millones

¹⁵ Vid. SUAREZ A., BRUN E.: “*Current and emerging issues in the healthcare sector, including home and community care*”, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA), 2014, pág.85 y ss.

¹⁶ Para un mayor análisis Vid. “*Efectos de los recortes educativos sobre la salud laboral de los centros escolares*” en Salud Laboral. Escuela. N° 3, Herramientas de trabajo para el profesorado.

¹⁷ Vid. Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas, “*Informe CORA*”, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, 2014.

de euros por año a partir de 2013. No obstante, debemos de considerar que a pesar del interés de los números determinados, el Informe no ofrece detalles sobre cuáles han sido los métodos para su elaboración y de obtención de estos impactos presupuestarios.

Pero ante esta situación de desajuste cabría plantearse qué sucede con la salud de estos trabajadores. De hecho, podemos observar el incremento de la carga de trabajo y la posible ansiedad de aquellos profesionales que se ven obligados a ejercer su labor en condiciones laborales que no son adecuadas. Asimismo, debemos de analizar las medidas de austeridad que han provocado la reducción de recursos tanto materiales como humanos que están llevando a los profesionales del sector de educación y sanitario a un conjunto de situaciones con serias consecuencias para su salud laboral, mediante un “caldo de cultivo” para la aparición del estrés¹⁸, la depresión de origen laboral, el burnout o síndrome del quemado o incluso del acoso laboral¹⁹. Se incrementan las exigencias psicológicas emocionales, es decir, las que obligan a los trabajadores a esconder sus emociones, lo que conlleva a un sufrimiento ético, donde los empleados se ven obligados a ejercer su trabajo en condiciones que no son adecuadas para la realización de un trabajo bien hecho, donde se les requiere prescindir del sentido de la responsabilidad y la ética profesional²⁰.

Con carácter general, la decisión de recurrir a la reestructuración de las AAPP para hacer frente al déficit público mediante mecanismo de reformas presupuestarias, tributarias y financieras a menudo se adopta porque subyace la idea de que tales vías de actuación resultan más baratas para la Administración. Sin embargo, el análisis efectuado sobre el sector de la Educación y del sector Sanitario evidencia que ello no es necesariamente así, lo que nos sitúa sobre la concepción de que, seguramente, existen otro tipo de motivaciones adicionales.

De entrada, aunque probablemente exista un cierto “ahorro” por lo que respecta a la no realización de nuevas contrataciones no es menos cierto que esta reducción también genera un coste económico, como puede ser el coste que tienen para la sanidad pública las enfermedades mentales sufridas por trabajadores. En España el coste es de siete millones seiscientos mil euros al año. De modo que, el hecho de garantizar un entorno de trabajo seguro y sano, es esencial en la aplicación de la política socio-laboral. Así lo determina el concepto amplio de salud laboral que ha

¹⁸ El estrés laboral en el sector Sanitario se considera como un riesgo genérico que se adhiere a estos profesionales ya que tiene una especial prevalencia en ellos – STS 306/2011 de 22 de noviembre, STSJ de Cataluña 6971/2013 de 25 de octubre-.

¹⁹ La entrada en vigor de la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio, recuerda la importancia de evaluar los riesgos psicosociales como medidas para una evaluación integral en su art. 5 “*La evaluación de riesgos debe de tener en cuenta la tecnología, organización del trabajo, condiciones laborales, nivel de cualificaciones, factores psicosociales laborales e influencia de factores relacionados con el entorno de trabajo*”.

²⁰ Para un mayor estudio DEJOURS, C.: “*Souffrance en France. La banalisation de l’injustice sociale*”. Editions du Seuil,, Francia, 1998.

sido reflejado en el art.32 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, que define con claridad la salud laboral como el estado *“más alto grado de bienestar físico, psíquico y social de los trabajadores en relación con las características y riesgos derivados del lugar de trabajo, el ambiente laboral y la influencia en su entorno, promoviendo aspectos preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de adaptación y rehabilitación de la patología producida o relacionada con el trabajo”*²¹.

Pero las soluciones que se ofrecen al respecto no las podemos considerar adecuadas. Ciertamente, se ha intentado suplir dicho aspectos con el incremento de la jornada laboral del empleado público aunque con peores condiciones laborales, con la reducción de recursos, así como la interrupción de las medidas relativas a la acción social, con la suspensión de convenios y acuerdos en este ámbito. Para el desarrollo de las acciones de recorte llevadas a cabo no se han tenido en cuenta cuál es la realidad del personal que conforma la administración y que necesidades han de ser cubiertas para la mejora de la eficacia, la productividad y la competitividad de las administraciones. La consecuencia más inmediata puede ser la aparición de estrés laboral, ansiedad, depresión, el síndrome del burnout, el desarrollo de la violencia por un entorno laboral predispuesto a ello, adicciones, entre otros riesgos. En cuanto al funcionamiento y rendimiento de las propias organizaciones públicas, no sólo genera un coste económico sino problemas de ajuste y diseño organizativo, donde éstas se verán perjudicadas elevándose del absentismo y del presentismo laboral, así como por la reducción de la productividad, incrementándose también la rotación de personal.

Ahora bien, como prueba un nuevo estudio de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo²², el coste total para Europa de los riesgos psicosociales estimando es de 617 mil millones de Euros al año de los cuales 272 mil millones corresponde al absentismo laboral, 242 mil millones de euros a la pérdida de productividad, 63 mil millones de euros por costes de salud, y 39 mil millones de euros por los gastos de bienestar social en forma de pagos por incapacidad.

En cualquier tiempo, pero más en momentos de crisis, los altos costes para los sistemas nacionales de salud y el empobrecimiento de balances económicos, afectan negativamente, no sólo a cada Sociedad nacional, sino al trabajador y a la propia organización empresarial, tanto por el número de los trabajadores afectados, siendo más de 44 millones de europeos, como por el elevado coste que generan, donde la OIT lo sitúan en más del 4% del PIB europeo.

²¹ Vid. VALLECILLO GÁMEZ, M.R. *“Los costes de la salud mental en el trabajo: prevenirlos es un presupuesto, no un lastre, para la retoma del crecimiento económico sostenible”*, en AAVV. La salud mental de los trabajadores. La Ley. Madrid. 2012. Págs. 74 y ss.

²² Vid. HASSARD, J.; TEOH, K; COX, T.; DEWE, P.; COSMAR, M.; GRÜNDLER, R.; FLEMMING, D.; COSEMANS, B.; Y VAN DEN BROEK, K.: *“Calculating the costs of work-related stress and psychosocial risks. European Risk Observatory Literature Review”*, European Agency for Safety and Health at Work, 2013.

3. LA NECESIDAD DE UNA GESTIÓN SOCIALMENTE RESPONSABLE DE LAS AAPP.

Llegado a este punto, y una vez expuesto los principales aspectos que inciden sobre el actual reajuste de la organización pública del trabajo, es necesario evidenciar cuáles son los aspectos a tratar de manera adecuada para afrontar este enfoque de reestructuración. Por ello, se pretende dar cuenta del debate y evidenciar sus implicaciones teóricas y conceptuales, pero sin plantear un análisis detenido del marco de exigibilidad de esta dimensión en el sistema normativo español.

En todo caso, partimos desde el punto de vista de que es necesario, como se determinaba anteriormente, que todas las intervenciones susceptibles de acometerse en las AAPP deban partir del conocimiento, a través de la información y datos suficientes en relación con su personal y con los puestos de trabajo y las tareas que realizan. Efectuar acciones de recorte sobre las AAPP con ajustes traumáticos de plantilla y con modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de manera peyorativa, basado en el desconocimiento, entre otros aspectos, es asegurar un proceso sin eficacia, eficiencia y muy posiblemente injusta²³. De hecho, las intervenciones no pueden transgredir el fin principal de las propias organizaciones públicas como es satisfacer de la manera más adecuada, con eficacia y eficiencia las necesidades de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, las reestructuraciones ejercidas sobre los trabajadores - públicos o laborales- deberían estar creadas desde la protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos laborales en general, y de los riesgos psicosociales en particular -*SSTCO 62/2007, de 27 de marzo y SSTCO 160/2007, de 2 de julio*-. No obstante, hemos podido analizar que esta teoría no se ha llevado a cabo en ningún momento, cuando, de modo paradójico, más presente debería de estar como referente o prototipo a seguir en momentos de crisis y no convencernos que ha sido el “único camino a seguir”. Un aspecto fundamental para comprender el enfoque de gestión socialmente responsable de las reestructuraciones se sitúa en este principio de integración en la gestión global de la empresa en una dimensión más saludable, pues una inadecuada gestión no sólo se ve afectada la salud psicosocial o física de los trabajadores, sino también la “*salud económica*” de la propia organización . De modo que, la modificación de las características organizativas de una organización –pública o privada- y que pueden incidir sobre los trabajadores o su entorno es un motivo

²³ Vid. GORRITI BONTIGUI, M.: “*Un sistema de Reforma del Empleo Público alternativo a los Recortes de Personal*”, opus cita, págs.8-23.

²⁴ Vid. KIESELBACH, T., ARMGARTH, E., BAGNARA, S., ELO, E.-L., JEFFERYS, S., JOLING, C., KUHN, K., NIELSEN, K., POPMA, J., ROGOVSKY, N., SAHLER, B., THOMSON, G., TRIOMPHE, C.-E., & WIDERSZAL- BAZYL.: “*Health in restructuring: Innovative approaches and policy recommendations*”. Berlín, 2009, págs. 39-43.

de obligatoria revisión y actualización de la evaluación de riesgos laborales²⁵ y seguimiento de ésta. Pues bien, como ya se ha determinado a lo largo de esta comunicación, las reestructuraciones son una de las fuentes más reconocidas de estrés laboral y que por lo tanto inciden como un factor de riesgo para la salud de los trabajadores afectados.

Recientemente, se ha publicado la Estrategia española de responsabilidad social de las empresas, donde se determina que *“la responsabilidad social puede servir como herramienta para contribuir a mejorar la capacidad de recuperación de la economía española”*. Ciertamente, el marco regulador refuerza las políticas de promoción de modelos de organizaciones basados en la “responsabilidad social corporativa” (RSC, en adelante), por un lado, mediante la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que introduce orientaciones para crear condiciones más favorables para un desarrollo económico sostenible, e incluye referencias de impulso a la responsabilidad social empresarial. Por otro lado, por los desarrollos legislativos recientes como la Ley 19/2013 de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. A este respecto, claramente, en el texto de la Estrategia se establece que las AAPP *“deben respetar y mejorar, al tiempo que deben velar por el desarrollo profesional y el bienestar laboral de los empleados públicos”*. Se trataría, en definitiva, de una declaración superficial y vacía a pesar de que la RSC concierne los derechos humanos, laborales y medioambientales. No obstante, consideramos que es una estrategia empresarial que forma parte de la globalización

como una versión rentable y una ventaja competitiva frente a otras compañías. Las organizaciones sindicales determinan que existe una brecha entre el discurso y las prácticas de las empresas. Así, para que la RSC promueva verdaderamente una gestión socialmente responsable de las AAPP lo idóneo sería implantar normativas y regulaciones al respecto para involucrarse en el diseño, aplicación y verificación externa de estas políticas donde los interlocutores sociales ocupen un papel fundamental.

Es evidente, que para articular estas políticas de reorganización de las AAPP, no es sólo necesario un esfuerzo de los poderes públicos, sino que se precisa también la implicación activa de los interlocutores sociales, de ahí la necesidad de los instrumentos de participación y negociación colectiva para alcanzar con éxito acuerdos y convenios en este ámbito. Igualmente, el papel de los representantes será crucial respecto de los riesgos psicosociales -*SAN, Sala de lo Social, núm.91/2014-* y a lo largo de todo el proceso de intervención

²⁵ Evaluar los riesgos psicosociales no es únicamente una obligación genérica sino que ha pasado a ser específica, directamente impuesta por una norma, en primer lugar comunitaria, y ahora transpuesta al orden jurídico nacional mediante la norma reglamentaria para la prevención de las lesiones causadas por instrumentos cortantes y punzantes en el sector hospitalario y sanitario -arts. 4 a 6 de la Orden ESS/1451/2013, de 29 de julio-, pues ha de entenderse de aplicación general a todos los sectores.

preventiva -evaluación de los riesgos psicosociales; propuestas de medidas preventivas; temporalización de éstas; aplicación y puesta en funcionamiento de tales medidas-

En suma, todos estos aspectos son condiciones que tienen una notable incidencia tanto en el clima laboral como en el bienestar, así como en la productividad de la organización. Lo que significa que no es sólo una reflexión, sino una cuestión social sobre la que hay evidencias científicas y sobre las que hay que trabajar con una mayor conciencia sobre sus efectos útiles. De modo que, las reestructuraciones realizadas sobre las AAPP nos ofrecen una buena oportunidad de romper de una vez por todas, con la actual separación entre el ordenamiento laboral y el ordenamiento preventivo, con el fin de establecer una dimensión de gestión saludable. Por tanto, lo idóneo sería un modelo más equilibrado frente al actual que se asienta en la competitividad y economía y, aunque es ampliamente aceptado por las organizaciones, se practica relativamente poco.

**LOS EFECTOS DE LA AMORTIZACIÓN
DEL PUESTO DE TRABAJO OCUPADO POR
UN TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO
DE PLANTILLA**

Ana M^a Romero Burillo
*Profesora Titular de Derecho
del Trabajo y de la SS*
Universitat de Lleida

SUMARIO:

- 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA**
- 2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA: EL PLANTEAMIENTO INICIAL**
- 3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA CON MOTIVO DE LA AMORTIZACIÓN DE SU PUESTO DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA STS DE 22 DE JULIO DE 2013**
 - 3.1. Consideraciones previas**
 - 3.2. La posición mayoritaria de la sala**
 - 3.3. Los argumentos del voto particular**
 - 3.4. Las SSTs de 14, 15 y 23 de octubre y de 25 de noviembre de 2013. ¿La introducción de algunas matizaciones a la doctrina de la STS de 22 de julio de 2013?**
- 4. LA INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA EN LAS ÚLTIMAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS.**

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Uno de los ámbitos en los que la coexistencia entre el ordenamiento administrativo y el laboral resulta problemática es, sin duda, el relativo a la contratación laboral temporal y los efectos que deben ser de aplicación en aquellos supuestos en los cuales la Administración comete irregularidades en la realización de la misma.

La problemática que se suscita en estos supuestos deriva, principalmente, de la determinación del grado de sujeción que ha de tener la Administración Pública a la normativa laboral cuando actúa como empresario. Es sabido que los efectos previstos en la normativa laboral para los supuestos de contratación irregular comportan la consideración de dicha contratación como indefinida (art. 15.2, 15.3 y 15.5 ET). Sin embargo, la aplicación de dichos efectos resulta más compleja cuando el empresario resulta ser una Administración Pública, dado que los efectos previstos por el art. 15 ET entran en conflicto con las normas administrativas reguladoras del sistema de acceso al empleo público y que por imperativo constitucional (art. 103.3 CE) se halla sujeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, surgiendo así la duda de cuáles deben ser las normas y, por tanto, los principios básicos que deben prevalecer en los supuestos de contratación temporal laboral irregular en la Administración Pública, si los principios de igualdad, mérito y capacidad previstos por el ordenamiento administrativo, o los principios de estabilidad y seguridad jurídica que informan los efectos previstos en el ordenamiento laboral en estos supuestos de contratación irregular.

La cuestión que se plantea no ha sido pacífica y a lo largo del tiempo los pronunciamientos judiciales permiten hablar de una postura judicial oscilante que se ha mostrado receptiva, en unas ocasiones a los argumentos que se plantean desde posiciones laboralistas y, en otras ocasiones, a los argumentos que se defienden desde la vertiente administrativista, introduciéndose constantemente concreciones y matizaciones en un sentido u otro, que ponen de manifiesto la voluntad por parte de los tribunales de encontrar un punto de equilibrio en el que se pueda apoyar una solución satisfactoria para ambos ordenamientos jurídicos¹.

¹ Para un estudio en profundidad sobre la evolución jurisprudencial en materia de contratación irregular en las Administraciones Públicas vid., entre otros, BORRAJO DACRUZ, E.: "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial". *Actualidad Laboral*, núm. 18, 1998; CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995; LANDA ZAPIARIN, J.P.; COLLADO LUIS, S.; SANTIAGO REDONDO, K.M. y TENES ITURRI, R.: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas. Madrid, 1993; LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial del empleado público*. Ed. Civitas Thomson-Reuters. Madrid, 2009; MARTÍN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública". *Relaciones Laborales*, vol. I, 1990; MOLINA GARCÍA, M.: *El contrato en el sector público*. Ed. Comares. Granada, 2000; PÉREZ-BEDMAR, M.R.: "Trabajadores indefinidos no fijos de plantilla: la incidencia de la norma administrativa en la contratación irregular de la Administración Pública". *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998; RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed.

Ese punto de equilibrio parece encontrarse tras las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998, las cuales llevaron a la consolidación de una nueva figura contractual en el ámbito laboral de las Administraciones Públicas que es el “trabajador indefinido no fijo de plantilla”.

Pese al esfuerzo que realiza la jurisprudencia por dar una respuesta satisfactoria a los casos de contratación temporal laboral irregular en la Administración Pública, lo cierto es que la construcción jurisprudencial propuesta no está exenta de problemas aplicativos siendo, sin duda, uno de ellos la cuestión relativa al régimen extintivo que le corresponde al trabajador indefinido no fijo de plantilla, planteándose la duda de si se debe aplicar el régimen de extinción propio de los contratos temporales o si bien debe optarse por el tratamiento del régimen extintivo de un contrato indefinido.

Estas dudas aplicativos se trasladaron al ámbito judicial, y en su momento, en el seno de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA se planteó un interesante debate al respecto. Este debate parecía cerrado tras la STS de 27 de mayo de 2002 en la que el Tribunal Supremo, aunque no de forma unánime², se decantó por la aplicación del art. 49.1 b) ET. Sin embargo, dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-53/04 y Asunto C-180/04) en relación a la aplicación de la Directiva 1999/70/CE permitieron reabrir de nuevo el debate sobre esta cuestión tanto a nivel judicial como doctrinal, debate que ha encontrado recientemente respuesta por parte del Tribunal Supremo por medio de las STS de 22 de julio³, que tiene su continuidad con alguna matización, entre otras, en las SSTS de 14, 15 y 23 de octubre⁴ y de 25 de noviembre de 2013⁵.

El nuevo pronunciamiento jurisprudencial dota, sin duda, nuevamente de actualidad a la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla. A lo cual debe añadirse el interesante intento de regulación normativa con motivo de la aprobación de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa⁶. Por ello en este trabajo nos parece de máximo interés y actualidad conocer la última jurisprudencia que en materia de extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo de plantilla se ha elaborado y la influencia que la misma ha podido tener sobre las iniciativas

La Ley. Madrid, 2011; y ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales en el empleo público*. Ed. Ibidem. Madrid, 1995.

² Este pronunciamiento del TS fue acompañado de un interesante voto particular suscrito por tres magistrados, en el que se defendía la aplicación del régimen de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas previsto en el art. 52.1 c) ET.

³ RJ 2013\7657.

⁴ RJ 2013\8000, RJ 2013\7999 y JUR\2014\11212, respectivamente.

⁵ JUR\2013\381783.

⁶ BOE de 17 de septiembre de 2014.

normativas elaboradas en el marco de las acciones de reforma del sector público llevadas a cabo recientemente.

2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA: EL PLANTEAMIENTO INICIAL

Cabe recordar que, en un primer momento, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo referidos a la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla no se mencionaba con claridad los efectos extintivos que se derivaban al respecto, limitándose a señalar que la cobertura definitiva del puesto de trabajo daba lugar a la concurrencia de una causa lícita para extinguir la relación laboral⁷, sin indicar cuál era la causa lícita prevista en el art. 49 ET que motivaba la extinción y, en consecuencia, cuál debía ser el procedimiento y efectos que se derivaban de la misma.

Esta falta de concreción inicial por parte del TS dio pie a la elaboración de diversas interpretaciones posibles sobre esta cuestión, entre las que se pueden destacar, en primer lugar, la que llevaba al reconocimiento de que este trabajador tiene una relación laboral común y, que en consecuencia le son de aplicación las mismas reglas extintivas que al resto de trabajadores que acceden al servicio de la Administración Pública por la vía legalmente establecida⁸; una segunda interpretación consistía en realizar una equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla a la figura del trabajador interino por vacante⁹, y, finalmente, otra posibilidad interpretativa apuntada era considerar al trabajador indefinido no fijo de plantilla como un trabajador al servicio de la Administración con un régimen jurídico especial, de tal manera que la regla general sería la aplicación de las normas laborales en su extensión, exceptuándose sólo aquellas que presentaran una vinculación con los principios que rigen el personal de las Administraciones Públicas¹⁰.

⁷ Vid. STS de 20 de enero de 1998.

⁸ Esta postura se ha defendido por ejemplo en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de noviembre de 1996. Vid. también SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Jurisprudencia social*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 1997, pág. 55.

⁹ ROJO TORRECILLA, E.: “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en AAVV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*. Vol I. Ed. MTAS. Madrid, 2000, pág. 101.

¹⁰ Esta interpretación es defendida, entre otros, por ALFONSO MELLADO, C.L.: “Contratación temporal en unificación de doctrina”. *Revista de Derecho Social*, núm. 18, 2002, págs. 200 y 201; GOERLICH PESET, J.M. y VEGA LÓPEZ, J.: “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?. Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”. *Relaciones Laborales*, vol. I, 1998 págs. 579 y ss.; LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública”. *Relaciones Laborales*, vol. II, 2002, págs. 682 y ss. y PÉREZ-BEDMAR, M.S.: “Trabajadores indefinidos no fijos...”, cit. págs. 115 y 116.

La STS de 27 de mayo de 2002¹¹ se pronunciará sobre las dudas planteadas sobre esta cuestión indicando que la ocupación efectiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción contractual que tiene que subsumirse en el art. 49.1 b) ET como una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo. El TS llega a esta conclusión partiendo de la premisa de que la consecuencia jurídica del contrato temporal ilícito en el sector público, es de acuerdo con el art. 9 ET, la nulidad parcial y la sustitución de la cláusula de temporalidad ilegal por otra causa legal de extinción del contrato, la condición resolutoria de la ocupación de la plaza por procedimientos reglamentarios, lo cual llevará a la extinción de la relación contractual con la Administración Pública sin ninguna indemnización.

Como se puede observar, la solución propuesta por el TS parte de una elaborada construcción jurídica, la cual, sin embargo, no contó con el apoyo unánime de la sala, ya que fue acompañada de un interesante voto particular que cuestiona la interpretación mantenida por la mayoría del tribunal.

El voto particular que se acompaña a la STS de 27 de mayo de 2002 discrepa de la opinión mayoritaria del tribunal al considerar que la causa que mejor se adecua a la situación planteada -que no es otra que la adjudicación a otro trabajador en concurso de méritos de la plaza ocupada hasta el momento por un trabajador indefinido no fijo de plantilla-, es la extinción por causas objetivas legalmente procedentes (art. 49.1 l) ET) y no la extinción por causas consignadas válidamente en el contrato (art. 49.1 b) ET), ya que se considera que la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley y, puesto que la ley la consigna habrá de hacerla valer, pero sin forzar la vía del art. 49.1 b), prevista para los pactos extintivos lícitos o no abusivos incluidos en el contenido del contrato de trabajo por voluntad de la partes.

En opinión de los magistrados que avalan el voto particular, la calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria se entiende dogmáticamente inapropiada, como también lo es la metáfora de la *conditio legis*, que desvirtúa el concepto de “condición” como elemento accidental de los contratos y las obligaciones que tiene su origen en la autonomía de la voluntad, mientras que la aplicación del art. 49.1 l) ET no plantea tales inconvenientes ni en el terreno dogmático, ni en el de la sistematización de los conceptos jurídicos. Además, se considera que la aplicación de la extinción por causas objetivas tiene a su favor una razón de equidad, ya que de no reconocerse en el momento de la extinción del contrato ningún tipo de indemnización a un trabajador reconocido con la categoría de indefinido se equipara en sus efectos a los de un trabajador interino, situándolo

¹¹ RJ 2002/9893.

en una posición incluso más desventajosa que la de los trabajadores que cesan en la Administración por “expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado”, los cuales tienen reconocida por ley una indemnización.

Los argumentos planteados en el voto particular, a nuestro parecer, son lo suficientemente sólidos para permitir cuestionar la solución propuesta por el TS, ofreciendo además una solución alternativa ciertamente interesante. En este sentido, como ha indicado ya la doctrina, no debe perderse de vista el carácter indefinido que se otorga por la jurisprudencia a los trabajadores que son contratados de forma irregular por la Administración, si bien es cierto que con una matización que es su prolongación hasta la cobertura reglamentaria de la vacante ocupada de acuerdo con el sistema ordinario de acceso previsto en las normas administrativas. Ahora bien, salvada la compatibilidad aplicativa del art. 15.3 ET y art. 103 CE, no resulta aceptable incorporar otras especialidades en el régimen jurídico del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, siendo ciertamente dudoso que una sentencia pueda establecer una causa extintiva del art. 49.1 b) ET en un contrato, sin que haya existido en ningún momento participación de la voluntad de las partes y, más aún, cuando dicha condición no viene impuesta ni por la ley, que ignora la consecuencia jurídica matizada que debe tener la utilización ilícita de la contratación temporal en el sector público, dejando paso a la creación judicial¹². De este modo, la consignación por el juez en el contrato de una condición resolutoria de origen también judicial parece, en el marco de los arts. 49.1 b) ET y arts. 1113 y ss CC, jurídicamente inviable¹³.

Por otra parte también debe ponerse de manifiesto que en la solución dada por el Tribunal Supremo las consecuencias jurídicas que se derivan para la Administración de una mala praxis en la contratación laboral de trabajadores se limitan al mantenimiento del trabajador en tanto no se cubra definitivamente la plaza, pero no se compensa de ninguna forma al trabajador afectado por la mala praxis, a no ser que se plantee como compensación la posibilidad que se otorga al trabajador indefinido no fijo de plantilla de acceder, en su momento, a la cobertura del puesto de trabajo de forma definitiva y acumular méritos para la misma durante el tiempo que permanece ocupando el puesto de trabajo que ha ser objeto de concurso. En todo caso, esos efectos serán muy diversos dependiendo del tiempo que tarde en convocar la plaza la Administración, de manera que si la convocatoria es inmediata los “beneficios” serán ciertamente relativos o nulos, mientras que si la convocatoria se dilata en el tiempo, al trabajador que ocupa el puesto de trabajo le puede permitir adquirir méritos que podrá presentar en el procedimiento de cobertura del puesto de trabajo.

¹² MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla, supuestos, procedimientos y efectos”. *Revista de Derecho Social*, núm. 14, 2001, pág. 203.

¹³ LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit. pág. 83.

Asimismo, compartimos la apreciación realizada por los magistrados que suscriben el voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002, también apoyada por un sector doctrinal, referido a los agravios comparativos que se producen en la extinción de un trabajador indefinido no fijo de plantilla, que no percibirá ningún tipo de indemnización en relación a otros supuestos en los que en el marco de sector público sí que comportarán dicha compensación económica¹⁴.

Finalmente, cabe realizar una última apreciación en relación al supuesto sobre el que se pronuncia el TS y es que dicha resolución no abarca todos los casos en los que puede producirse la extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla, ya que la STS de 27 de mayo de 2002 sólo se refiere al supuesto en el que la extinción del contrato se produce a raíz de la cobertura definitiva del puesto de trabajo ocupado por el trabajador indefinido no fijo de plantilla, pero nada se indica sobre cuáles han de ser los efectos en los supuestos en los que el puesto de trabajo en cuestión se decide amortizar, lo cual plantea la duda de si debe ser de aplicación la misma doctrina o si en estos casos es posible aplicar el art. 51 y 52 c) ET. Es cierto que tradicionalmente en el marco de la Administración Pública la amortización de puestos de trabajo se ha planteado en términos de excepcionalidad, no obstante, tal situación es posible y, desafortunadamente la situación de crisis económica que lleva afectando desde hace ya largo tiempo a nuestro país y la concreta regulación incorporada para la Administración Pública en una de las últimas reformas laborales no ha hecho otra cosa que constatar de forma reiterada la posibilidad apuntada.

3. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA CON MOTIVO DE LA AMORTIZACIÓN DE SUPUESTO DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA STS DE 22 DE JULIO DE 2013

3.1. Consideraciones previas

Tal y como hemos indicado anteriormente la jurisprudencia sobre extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla se había mantenido inmutable desde la STS de 27 de mayo de 2002, considerándose que el régimen extintivo de esta figura debía considerarse como una interinidad por vacante, sin acudir al despido objetivo, si bien en este caso y en otros posteriores el supuesto partía de una extinción que se produce a partir de la cobertura del puesto ocupado por el trabajador indefinido no fijo de plantilla por medio del correspondiente proceso selectivo convocado por la Administración demandada y adjudicado a uno de los aspirantes.

¹⁴ ALFONSO MELLADO, C.L.: “Contratación temporal...”, cit. pág. 201 y LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...”, cit. pág. 583.

Durante todos estos años se han producido diversos intentos dirigidos a modificar o matizar, según el supuesto planteado, la jurisprudencia imperante. En este sentido, uno de los intentos se concreta a raíz las sentencias de 7 de septiembre de 2006 del TJUE que resuelven dos cuestiones prejudiciales italianas sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE de contratación temporal en el sector público, en base a las que un sector de la doctrina laboralista proponía una revisión del régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo de plantilla¹⁵.

Estos dos pronunciamientos judiciales son importantes porque en ellos se aborda la cuestión referida a las consecuencias que deben derivarse para las Administraciones Públicas de los Estados miembros en los supuestos de abuso en la contratación temporal, concretamente, en estas dos sentencias se analizaban supuestos de superación de los límites temporales previstos por la normativa italiana en el encadenamiento de contratos temporales en el sector público. Es cierto que los pronunciamientos comunitarios se centran en los supuestos de encadenamiento de contratos temporales, supuesto previsto en el art. 15.5 ET, pero compartimos con la doctrina la posibilidad de que la aplicación del test de equivalencia y efectividad se pudiera trasladar a los supuestos de contratación irregular ya que en todos los casos la solución a la que se llegará será la construcción jurisprudencial de la categoría de indefinido no fijo de plantilla, por lo que dar un tratamiento diferenciado llevaría a situaciones discriminatorias¹⁶.

El TSJUE resuelve la cuestión planteada a través del siguiente razonamiento: la Directiva 1999/70/CE es aplicable en el ámbito público, ya que dicha norma no contiene ninguna excepción al respecto ni establece diferencias. De acuerdo con esta conclusión, el Tribunal indica que los Estados tienen la obligación de prever medidas frente a los abusos en la utilización sucesiva de contratos temporales del sector público, pero no tienen la obligación de transformar los contratos temporales que traspasan los límites nacionales en indefinidos, ni de tratar, a estos efectos, de la misma manera, los sectores privado y público. Ahora bien, la diferencia de trato que se admite entre el sector público y privado no exime al Estado miembro de prever medidas efectivas para evitar abusos en la contratación temporal en el sector público, que no deben ser ni menos favorables que las aplicables a situaciones de carácter similar en el ordenamiento interno ni hacer imposible en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario.

El Tribunal entiende que las medidas contra el abuso de la contratación temporal deben superar un doble juicio de equivalencia y de efectividad, aún admitiendo la falta de identidad con el ámbito de la empresa privada y, a este respecto considera

¹⁵ En este sentido se manifiestan, por ejemplo, LAHERA FORTEZA, J.: “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)”. *Relaciones Laborales*, vol. I, 2007 y RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*. Ed. La Ley. Madrid, 2011.

¹⁶ *Ibid.*

que la reparación económica al trabajador de las Administraciones Públicas que compensa el abuso cometido en su contratación temporal supera ese doble test de equivalencia y efectividad, siendo conforme a la Directiva 1999/70/CE la no conversión del contrato en indefinido si va acompañada de dicha medida. Sin embargo, no supera el doble test de equivalencia y de efectividad la prohibición de transformar los contratos temporales en indefinidos sin una medida alternativa disuasoria que evite abusos y no se alcanza en este caso el efecto útil de dicha Directiva.

Otro intento de abordar nuevamente la doctrina del TS se produce mediante el planteamiento ante el Alto Tribunal de diversos recursos en casación para unificación de doctrina a partir de los pronunciamientos de los TSJ de las CCAA que aplicaban a los trabajadores indefinidos no fijo de plantilla el procedimiento y efectos de los arts. 51 y 52 c) ET. Sin embargo en tales casos se inadmitieron los recursos, bien por considerarse la fatal de contradicción debido a la falta de identidad entre las resoluciones que se recurrían y las de contraste¹⁷ y/o por la falta de contenido casacional¹⁸.

Pese a los intentos realizados no será hasta la STS de 22 de julio de 2013 cuando el Alto Tribunal vuelve a abordar la problemática, partiendo en este caso de un supuesto en el que se analiza la amortización del puesto ocupado por un trabajador no fijo de plantilla, pronunciamiento que tendrá su continuidad y matización en las SSTS de 14, 15 y 23 de octubre y de 25 de noviembre de 2013¹⁹.

3.2. La posición mayoritaria de la sala

La STS de 22 de julio de 2013 resulta de interés porque introduce cambios en la doctrina existente sobre extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo de plantilla, ya que si hasta ese momento sólo se había contemplado la extinción del contrato sin indemnización tras la cobertura definitiva del puesto de trabajo ocupado por tal trabajador indefinido no fijo de plantilla, en la sentencia mencionada el TS reconoce el derecho que tiene el trabajador indefinido no fijo de plantilla a percibir una indemnización por la extinción de su contrato por amortización de su puesto de trabajo, si bien, dicha indemnización no se fundamentará según el TS en el art. 51 y 52 c) ET, sino que se aplicará por analogía la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET.

¹⁷ Vid., por ejemplo, Autos de 14 de julio de 2011 (rec. 118/2011) y de 22 de marzo de 2012 (rec. 2489/2011).

¹⁸ Vid., en este sentido, Autos de 19 de julio de 2006 (rec. 2826/2005), de 4 de marzo de 2010 (rec. 2976/2009); de 7 de octubre de 2009 (rec. 4480/2009) y de 24 de marzo de 2011 (rec. 2892/2010).

¹⁹ A estas sentencias le han seguido otros pronunciamientos en la misma línea por parte del Tribunal Supremo. Vid. SSTS de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2014\2852), de 13 de enero de 2014 (RJ 2014\1262), de 21 de enero de 2014 (RJ 2014\530), de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\913), de 13 de mayo de 2014 (RJ 2014\3309) y de 16 de junio de 2014 (RJ 2014\4227).

Para justificar dicha resolución el Tribunal Supremo inicia su argumentación con un repaso a la doctrina consolidada existente sobre la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla. En este punto el Tribunal realiza una precisión sobre el alcance de esta doctrina ya que indica que la misma no sólo será de aplicación a la causa consistente en la cobertura reglamentaria de la vacante, sino que también ha de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado desaparece por amortización²⁰. Por otra parte, el Tribunal aprovecha la ocasión para aclarar que la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla no sólo es la solución idónea para los supuestos de contratación irregular de trabajadores en la Administración Pública, sino que de igual forma es la respuesta a los supuestos de encadenamiento de contratos temporales (art. 15.5 ET).

Dicho esto, el Tribunal vuelve a insistir una vez más en las analogías existentes entre el trabajador indefinido no fijo de plantilla y el contrato de interinidad por vacante en las Administraciones Públicas lo cual, en su opinión, permite equiparar los efectos de la extinción del contrato al entender que tanto una categoría como otra responden a la misma causa y necesidad. Esta afirmación la fundamenta en la jurisprudencia elaborada por el propio Tribunal sobre la extinción del contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones Públicas²¹. Ahora bien, el Tribunal también pone especial empeño en aclarar que las dos figuras no se equiparan en su totalidad y que existen diferencias durante “la vigencia y desarrollo” de la relación laboral²².

A partir de la equiparación de la figuras de indefinido no fijo de plantilla y de interino por vacante el Tribunal, para reforzar seguramente dicha argumentación procede a valorar el tratamiento que realiza la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, señalando que la referencia contenida en los art. 8 y 11 EBEP al trabajador indefinido no debe relacionarse con la figura del indefinido no fijo de plantilla y, por tanto, que no tiene fundamento considerar que con esta referencia el legislador tenía la voluntad ni de hacer desaparecer la figura de indefinido no fijo para transformarse en un indefinido sin más, ni de crear un “*tercius genus*” entre fijos y temporales, ya que la mención contenida en estos preceptos, según el Tribunal, tiene su fundamento en diversas enmiendas presentadas durante la tramitación de la ley con la finalidad de dar cabida expresa en la norma al profesorado de religión.

Por último, el Tribunal también analiza en esta sentencia la jurisprudencia comunitaria dictada en el año 2006 sobre la Directiva 1999/70/CE, pero lo hace

²⁰ Fundamento de Derecho Tercero y Cuarto.

²¹ En este sentido en la resolución comentada se citan, entre otras las SSTs de 20 de julio de 2007, de 19 de febrero de 2009, de 8 de junio de 2011 y de 27 de febrero de 2012.

²² Fundamento de Derecho Tercero.

en una dirección contraria a la que inicialmente se podría pensar si tenemos en cuenta que, tal y como indicábamos al inicio de este apartado, en la sentencia se apunta el derecho que tiene el trabajador indefinido no fijo de plantilla a percibir una indemnización en el caso de que el puesto de trabajo que ocupa sea objeto de amortización. Sin embargo, la línea seguida por el TS no es ésta, al contrario, dedica un amplio fundamento de derecho séptimo a justificar la no aplicación de la doctrina del TJUE en relación a los apartados 4 y 5 de la Directiva 1999/70/CE.

El Tribunal Supremo entiende que la consideración de la amortización de la vacante desempeñada en un contrato indefinido no fijo de plantilla como causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1 b) ET no vulnera la Directiva 1999/70/CE en relación al desarrollo que realiza de dos cláusulas del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, ya que por un lado, cuando la cláusula 4 se refiere a la prohibición de un trato menos favorable de los trabajadores con contrato de duración determinada respecto a los trabajadores con contratos indefinidos lo hace en relación a la fijación de condiciones de trabajo, mientras que la cuestión objeto de debate es la extinción del contrato, una condición no de trabajo sino de empleo y, por otro lado, no resulta razonable comparar en términos de reparación, la indemnización aplicable en el marco de un contrato fijo, en el que la relación tiene una expectativa de permanencia, que la que ha de serlo en un contrato sometido a una condición resolutoria.

En cuanto a la cláusula 5 del Acuerdo Marco que incorpora la Directiva, tampoco es de aplicación al caso enjuiciado ya que la cláusula viene referida al uso abusivo de encadenamiento de contratos temporales, por otra parte, la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla se presenta como la medida de prevención y reacción que exige el ordenamiento comunitario frente a los abusos de contratación laboral en el sector público y que en caso de que no se convoque la plaza que ocupa el trabajador o se amortice el puesto de trabajo, el trabajador afectado cuenta con medios de resarcimiento como son la petición de la convocatoria de la plaza en el primer caso y la impugnación en el segundo. Por último el Tribunal entiende que incluso si se admitiera que el trabajador indefinido no fijo de plantilla es un caso de utilización abusiva sucesiva de contrato de duración determinada, se aplicarían no una sino las tres garantías que prevé la cláusula 5 que son: 1) establecimiento de razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales. En este caso la razón objetiva para la aplicación de la modalidad contractual como de duración determinada es la garantía al acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad; 2) establecimiento de una duración máxima total, que en este caso la duración dependería de la convocatoria de la vacante y que el trabajador contratado puede activar; y, 3) establecimiento del número de renovaciones de tales contratos. En el supuesto del trabajador indefinido no fijo de plantilla se excluye tal previsión porque no hay renovación de contratos.

Como puede observarse, todos los argumentos que se apuntan en la resolución del Tribunal Supremo dan pie a pensar que el fallo emitido siga sin ningún cambio la misma línea jurisprudencial iniciada en el año 2002, ya que el nuevo elemento de debate que se incorpora es la jurisprudencia comunitaria en aplicación de la Directiva 1999/70/CE y dicho elemento es rechazado por la sala. Sin embargo el Tribunal nos sorprende en su decisión final, introduciendo una variante en la doctrina mantenida hasta ese momento y, de esta manera, en el Fundamento de Derecho Sexto señala que aunque no puede reconocer la aplicación de la indemnización prevista por el art. 49.1 c) ET puesto que tal reclamación no se ha planteado en las actuaciones, en el que la demanda solicita la declaración del despido como improcedente o nulo²³, parece reconocer que existe una situación de trato desigual injustificado en el momento en que se priva a los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET para los supuestos de extinción de los contratos temporales y si bien la jurisprudencia viene reconociendo la extinción del contrato de los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla en base al art. 49.1 b) ET, una interpretación analógica de ambos apartados sí permite el reconocimiento de dicha indemnización.

En otras palabras el Tribunal Supremo entiende que aunque se pueda reconocer cierta equiparación del trabajador indefinido no fijo de plantilla con el contrato de interinidad por vacante, lo cierto es que el contrato de trabajo se extingue por una amortización de la plaza que ocupaba el trabajador, por una vía distinta de la cobertura por el procedimiento reglamentario de la plaza que ocupaba el trabajador a través del sistema de acceso a la Administración pública empleador regido por los principios de mérito y capacidad. Por ello, en este supuesto, para evitar una situación de trato desigual injustificado, cabe entender aplicable por analogía la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET.

Es evidente que la solución que se propone a partir de la STS de 22 de julio de 2013 en los supuestos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla es un cambio ciertamente relevante ya que se pasa de un criterio jurisprudencial que no admitía ningún tipo de indemnización en caso de extinción del contrato, al reconocimiento de dicha indemnización en los casos de amortización de puesto de trabajo. Ahora bien, el TS sigue sin admitir que la vía compensatoria del trabajador sea la de los arts. 51 y 52 ET y opta por realizar una interpretación analógica del supuesto de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del tiempo convenido o realización de la obra o servicio contratado.

²³ Sobre esta cuestión cabe indicar que el TS ha rectificado dicha argumentación con posterioridad considerando posible el reconocimiento de la indemnización correspondiente pese a que no se formule dicha petición. Si bien esta solución no es compartida por todos los miembros del Tribunal. Vid. STS de 23 de octubre de 2013 (JUR/2014/11212), en el que se incluye un voto particular emitido por el magistrado D. Aureliano Desdentado Bonete, en relación a esta cuestión.

3.3. Los argumentos del voto particular

La solución adoptada por el TS en la sentencia de 22 de julio de 2013 no contó con el apoyo unánime de la sala y, el hecho de que el voto particular emitido por el magistrado D. Jordi Agustí Julià contara con la adhesión de cinco magistrados más, pone de manifiesto el importante debate doctrinal que se vivió en el seno de la sala.

La respuesta que ofrece el voto particular a la opinión mayoritaria de la sala se fundamenta en diversos argumentos. En este sentido un aspecto central de la argumentación del TS es negar el reconocimiento y regulación del trabajador indefinido no fijo de plantilla en la normativa, ello le permite al Tribunal defender mejor la equiparación de esta categoría de trabajador con la del interino por vacante y luego poder realizar la interpretación analógica para el supuesto de amortización de puesto de trabajo, reconociendo la indemnización del art. 49.1 c) ET. Pues bien, el voto particular rechaza la argumentación del Tribunal Supremo y tal y como se indica, la forma tan genérica con la que se hace mención a la categoría de trabajador indefinido, nada lleva a pensar que en tal categoría no puedan quedar incluidos los indefinidos no fijos de plantilla. Esta afirmación lleva consecuentemente a que tal y como indica el art. 7 EBEP la resolución del contrato se deba realizar de acuerdo a lo establecido en la legislación laboral y en concreto a las causas del art. 49 ET, con la excepción de lo dispuesto en el régimen disciplinario del EBEP. Pero además, se recuerda que la propia sala ha señalado en SSTs de 16 de septiembre de 2009 y de 26 de abril de 2010 de forma expresa que las disposiciones del EBEP son de aplicación al trabajador indefinido no fijo de plantilla, poniendo de manifiesto las sustanciales diferencias existentes entre este tipo de trabajador y el contrato de interinidad por vacante. De hecho, en el voto particular se indica que las diferencias existentes entre la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla y el trabajador interino por vacante es lo que justifica la necesaria aplicación de un régimen extintivo diferente para cada figura y, por tanto, que sea de aplicación los arts. 51 y 52 ET en el caso del trabajador indefinido no fijo de plantilla.

En este punto se recuerda que la razón de la creación jurisprudencial de la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla es acomodar la conversión del contrato temporal en indefinido en los casos de contratación irregular (art. 15.3 ET) con el proceso ordinario de acceso al empleo público (art. 103 CE), ello lleva a declarar las contrataciones irregulares como indefinidas. Por tanto, en ningún momento se hace mención al mantenimiento de la naturaleza temporal de esta figura y, en tanto que indefinida, durante su vigencia le deben ser de aplicación como bien indica el art. 7 del EBEP la normativa laboral vigente. En este punto se indica la coincidencia con la doctrina que rechaza la posibilidad de que una misma relación laboral pueda participar a la vez de dos regímenes jurídicos, por un lado la de los trabajadores fijos, en lo que respecta a derechos laborales, sindicales y

de Seguridad Social, y el de los trabajadores temporales en materia de extinción, al identificarse las mismas causas de extinción que en el contrato de interinidad²⁴.

Asimismo y, por último, tampoco se considera justificable de acuerdo con el principio de no discriminación recogido en la Directiva 1999/70/CE que un trabajador que se ha visto afectado por un procedimiento de contratación irregular reciba un peor trato en el momento de la extinción de su contrato que uno que ha sido legalmente contratado, sin recibir tal y como prevé la misma Directiva la correspondiente reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador afectado por un uso abusivo por parte de la Administración Pública.

3.4. Las SSTS de 14, 15 y 23 de octubre y de 25 de noviembre de 2013. ¿La introducción de algunas matizaciones a la doctrina de la STS de 22 de julio de 2013?

Las sentencias posteriores dictadas por el TS en relación al mismo asunto han seguido confirmado la opinión mayoritaria de la sala recogida en la STS de 22 de julio de 2013. No obstante, en tales pronunciamientos encontramos algunas matizaciones/concreciones a la solución contenidas en el fallo que merecen ser destacadas.

Las matizaciones mencionadas anteriormente son dos. La primera hace referencia a la justificación que inicialmente da el TS para la no concesión efectiva de la indemnización al trabajador indefinido no fijo de plantilla. Si se recuerda, pese a que el TS reconoce el derecho del trabajador indefinido no fijo de plantilla a percibir la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET, dicha indemnización no se concede ya que el tribunal alega que tal indemnización no ha sido solicitada expresamente. Esta posición se modifica tras las SSTS de 14 y 15 de octubre, ya que en dichas sentencias se procede a indicar que pese a que la parte actora no solicite expresamente el reconocimiento de la indemnización igualmente deberá ser reconocida la misma²⁵.

La segunda matización viene referida a la justificación jurídica del reconocimiento de la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET. En este sentido, cabe indicar que en la STS de 22 de julio de 2013 el Tribunal dedicó una parte importante de su argumentación a negar la incidencia que la jurisprudencia comunitaria podía tener en el reconocimiento de una indemnización en los supuestos de extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo de plantilla cuando el motivo de la extinción es una amortización de la plaza. Pues bien, en sentencias

²⁴ SALA FRANCO, T.: "La contratación laboral temporal por la Administración Pública: el fraude de ley" citado por RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...*, cit. pág. 339.

²⁵ Vid., en este sentido Fundamento de Derecho Quinto. Apartados 3, 4 y 5 de la STS de 14 de octubre de 2013.

posteriores, como es el caso de la STS de 25 de noviembre de 2013, se incorpora también como argumento jurídico de justificación de la aplicación del art. 49.1 c) la aplicación de la Directiva 1990/70/CE y la jurisprudencia que la interpreta, por lo que cabe concluir que el TS revisa la opinión que sobre esta cuestión había defendido inicialmente en la STS de 22 de julio de 2013²⁶.

4. LA INDICENCIA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EXTINGCIÓN DEL CONTRATO DEL TRABAJADOR NO FIJO DE PLANTILLA EN LAS ÚLTIMAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS

Como es sabido, la traslación de la jurisprudencia a la norma es desde siempre una práctica que se ha venido desarrollando con normalidad por parte del legislador. Se trata de una práctica que, en principio, merece una buena acogida ya que con ello se pretende facilitar la aplicación de las normas aportando mayor claridad y, evitando, de esta manera, la acción judicial en cuestiones que cuentan ya con una doctrina judicial consolidada.

Un ejemplo de esta práctica la encontramos recientemente en relación a la cuestión que es objeto de análisis en este trabajo, si bien, ya avanzamos que se trata de una iniciativa normativa que finalmente no se concretó, pero que entendemos es interesante mencionarla ya que parece apuntar la voluntad creciente por parte del legislador de trasladar a una norma la doctrina que sobre el régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla se ha venido elaborando hasta el momento.

La iniciativa normativa surge con motivo de la tramitación parlamentaria de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa. En dicha tramitación y dentro del conjunto de enmiendas presentadas por el grupo parlamentario popular en el senado, se propone una enmienda al EBEP, concretamente, la enmienda núm. 170, enmienda de adición de una disposición adicional decimotercera que bajo el título “Especialidades en caso de declaración judicial de irregularidad en la contratación de las Administraciones Públicas” incorpora, tal y como indicábamos al inicio

²⁶ A este respecto el Fundamento de Derecho Segundo. Apartado 2 de la STS de 25 de noviembre de 2013 señala que “ Aunque en todo caso las precedentes argumentaciones comportan que haya de ratificarse el núcleo de la sentencia recurrida, de todas formas la asimilación a efectos extintivos entre la relación “indefinida no fija” y la interinidad, no parece razonable que puede llevarse al extremo de obstar una interpretación analógica -art. 4.1 CC- del art. 49.1 c) ET y que no deba reconocerse a aquellos trabajadores la misma indemnización que la prevista par la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicios pactados; interpretación que se impone con mayor fuerza si se atiende a la Directiva 1990/70/CE (28 de junio) y a la jurisprudencia que la interpreta (SSTJUE 4 de julio de 2006, Asunto Adeneler; de 7 de septiembre de 2006, Asunto Marrossu y Sardino; de 7 de septiembre de 2006, Asunto Vassallo; y 23 de abril de 2009, Asunto Angelidaki) (...)”.

de este apartado la construcción jurisprudencia existente hasta el momento sobre extinción del contrato del trabajador no fijo de plantilla.

A este respecto, se indica que la irregularidad en la contratación temporal por parte de la Administración Pública dará lugar a una relación indefinida no fija de plantilla, declarada por sentencia y que en todo caso, dicha irregularidad no será obstáculo para la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo o a su amortización, de acuerdo con la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión se indica:

a) En caso de puestos de trabajo de necesaria cobertura, el trabajador (indefinido no fijo de plantilla) continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a dicha cobertura por los procedimientos de provisión aplicables a las Administraciones Públicas, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que dicho trabajador acceda al empleo público, superando el proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

b) En caso de puestos de trabajo que no fueren de necesaria cobertura, la extinción de la relación laboral se producirá con amortización del mismo a través de los procedimientos de supresión de puestos de trabajo propios de la Administración de que se trate, con los efectos económicos señalados en el apartado c) del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin que resulten por tanto de aplicación en este supuesto los procedimientos y efectos previstos para el despido en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia del número de trabajadores afectados. La administración deberá dictar, en todo caso, resolución sobre el carácter innecesario de la provisión del puesto.

Como puede observarse, y tal y como se indicaba anteriormente, la letra a) de la enmienda que presenta al grupo popular responde a la solución contenida en la STS de 27 de mayo de 2002 y que se ha mantenido inalterada hasta este momento y, la letra b) viene referida a la doctrina más reciente recogida en la STS de 22 de julio de 2013.

Cabe indicar, no obstante, que en último párrafo de esta misma enmienda se introduce una matización interesante, ya que se indica que sin perjuicio de lo dicho anteriormente, si por concurrir causas económicas, técnicas u organizativas, la Administración afectada promoviese un despido colectivo, los trabajadores a los que se refiere la letra a) y b), cuyos puestos no hubieran sido objeto de cobertura o amortización, pudieran verse afectados también por dicha medida, lo harán en los términos y con los efectos previstos en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, se apunta desde el ámbito legislativo la posibilidad de que a un trabajador indefinido no fijo de plantilla le pueda ser de

aplicación el régimen extintivo previsto en los arts. 52 c) y 51 ET, posibilidad que en la vertiente jurisprudencial parece cerrarse tras la STS de 22 de julio de 2013. En todo caso, habremos de esperar a otra tramitación legislativa para confirmar la propuesta recogida en la Enmienda 170 presentada por el grupo parlamentario popular del senado.

**EMPLEO PÚBLICO LOCAL Y LEY
27/2013 DE RACIONALIZACIÓN
Y SOSTENIBILIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN LOCAL: ALGUNAS
CUESTIONES DE INTERÉS.**

Encarnación Díaz González
Técnico de Administración Local

SUMARIO:

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL**
- 3. ARTÍCULO 92.1 LBRL. FUENTES REGULADORES DEL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**
- 4. ARTÍCULO 92.2.3 LBRL. FUNCIONES RESERVADAS A FUNCIONARIOS Y PREFERENCIA DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL**
- 5. ¿SE HA MODIFICADO CON EL NUEVO ARTÍCULO 92.3 LBRL, EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS?**
- 6. CONCLUSIONES**
- 7. BIBLIOGRAFÍA**

RESUMEN

La Administración local ha sido objeto, recientemente, de su propio proceso de reforma, y que ha afectado, incluso, al empleo público local. Se repasan las principales novedades introducidas, especialmente el nuevo sistema de fuentes aplicable al régimen de los funcionarios locales, la preferencia por el régimen funcionarial, la reserva de funciones a los funcionarios locales y las dudas surgidas sobre la posible desaparición o reducción del ámbito, de los funcionarios interinos locales.

Palabras clave: Administración local, empleo público local, funcionario público, funcionario interino.

Abstract

The local administration has been recently, its own reform process, and that has affected even the local public employment. Introduced major innovations, especially new font system applicable to the system of local officials, the preference for the civil service system, backup functions to local officials and the doubts about the possible disappearance or reduction of the scope are reviewed local temporary staff

Key words: local administration, local public employment, the public servant, acting officer .-

1. INTRODUCCIÓN

La Administración local ha sido objeto, recientemente, de su propio proceso de reforma, mediante la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), realizada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) y que ha afectado, incluso, al empleo público local.

Esto significa que en la Administración local se suma el proceso de reestructuración del empleo público experimentado por todo el sector público y su propio proceso de reforma del empleo público local.

Tanto el proceso de reestructuración y ajustes en el empleo del sector público en general como la reforma particular del empleo público local tienen un mismo origen, la crisis económica que se inició en el año 2008, el excesivo déficit al que

habían llegado las Administraciones Públicas españolas y las exigencias de la Unión Europea. Esta situación consiguió de las fuerzas políticas, la mayoría necesaria para modificar, en el año 2011, la Constitución Española. Se modifica el artículo 135 de la Constitución española, que consagra ahora la estabilidad presupuestaria como *principio rector que debe presidir las actuaciones de todas las Administraciones Públicas*. En desarrollo de este precepto constitucional se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que exige nuevas adaptaciones de la normativa básica en materia de Administración local para la adecuada aplicación de los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera o eficiencia en el uso de los recursos públicos locales y ello exigía adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local así como mejorar su control económico-financiero, según su propia exposición de motivos.

El artículo 3.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), establece que “El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto *y por la legislación de las Comunidades Autónomas*, con respeto a la autonomía local.

Así pues, durante el proceso de espera, en muchas Comunidades Autónomas, entre ellas Andalucía, del desarrollo del EBEP, se ha aprobado una reforma del empleo público local mediante la citada Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración Local, algunos de cuyos aspectos vamos a examinar.

2. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES MODIFICACIONES EN EL EMPLEO PÚBLICO LOCAL

La reforma afecta a los artículos 32 bis, 75 bis, 92, 92 bis, 103 bis, 104 bis de la LBRL, Disposiciones transitorias séptima, octava y décima y Disposición derogatoria de la LRSAL.

Dejando para más adelante el estudio del artículo 92 LBRL, las modificaciones introducidas en el resto de los artículos mencionados, se refieren a los siguientes aspectos:

- *En cuanto a las retribuciones del personal al servicio de las Entidades Locales*. El artículo 75 bis establece que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán establecer un límite máximo y mínimo total que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal al servicio de las Entidades Locales y entidades de ellas dependientes en función del grupo profesional de los

funcionarios públicos o equivalente del personal laboral así como otros factores que se puedan determinar en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año.

Aún no se han desarrollado los límites, habrá que analizar esta disposición con la próxima Ley de Presupuestos Generales del Estado, se trata de una medida de control, un plus de control, respecto a los empleados de las demás Administraciones Públicas. Parece partir la idea de que la Administración Local necesita más ajustes y controles por ser culpable, en mayor grado, de la situación de déficit que afecta a España. Esta premisa no responde a la realidad. Como pone de manifiesto BASSOLS COMA, en el discurso de defensa del Proyecto ante el Pleno de la Cámara, el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, después de manifestar que el conjunto de las Administraciones Públicas cerró el ejercicio de 2012 con un déficit del 2,2 % inferior al de 2011, siendo el de 2012 del 6,84 % del PIB y el de 2011 del 9,07% del PIB, sorprendentemente afirmó que “cada uno de los subsectores de las Administraciones Públicas han realizado un importante esfuerzo de consolidación presupuestaria, pero de todos ellos es el de las corporaciones locales el único -y subrayo el único- que ha liquidado sus Presupuestos Generales de 2012 con superávit que al final se ha concretado en el 0,22 del PIB, mejorando sustancialmente su objetivo de estabilidad que para el año pasado fue de menos del 0,3 % del PIB y logrando una reducción respecto del déficit de 2011, que había alcanzado el 0,39 % del PIB”¹

- Se introduce un nuevo artículo 92 bis, para establecer el régimen jurídico de los *funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional*, que antes se encontraba regulado en la Disposición adicional segunda del EBEP, disposición que ha sido derogada por la Disposición derogatoria de la LRSAL.

Destacar de este régimen el cambio de denominación de este Cuerpo que pasa nuevamente de estatal a nacional; que corresponde nuevamente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, la aprobación de la oferta de empleo, selección, formación y habilitación, que antes correspondía a las comunidades autónomas; se modifica la valoración de los méritos y el ámbito territorial de los concursos de provisión de puestos pasa a ser el estatal; deberán permanecer en cada puesto de trabajo obtenido por concurso, un mínimo de dos años; se incluye el régimen disciplinario de los habilitados, que el EBEP había remitido a la legislación autonómica.

Más polémica ha suscitado el tema de la forma de provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de administración local con habilitación de

¹ BASSOLS COMA, M. “La racionalidad de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”. Cuadernos de Derecho Local núm. 34, febrero 2014, págs. 21 a 48

carácter nacional, mediante el procedimiento de libre designación, sistema que ya existía antes de la reforma pero limitado a los supuestos de la DA 2.^a del EBEP y que ahora se ha ampliado a los municipios incluidos en el ámbito subjetivo de los artículos 111 y 135 del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (se amplía a capitales de provincia o de comunidad autónoma, o población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes)²

-*Personal laboral.* Se introduce un nuevo artículo 103 bis, que establece que las Corporaciones Locales, aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local respetando los límites y las condiciones que se establezcan con carácter básico en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Se incluirán todos los organismos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles consorcios y determinadas fundaciones. La masa salarial aprobada se publicará en la sede electrónica de la Corporación y en el BOP en el plazo de 20 días.

-*Personal eventual.* El nuevo artículo 104 bis, establece unos límites al número de puestos de trabajo de personal eventual en las plantillas de los Ayuntamientos y de las Diputaciones Provinciales en función del número de habitantes, teniendo que publicar semestralmente en la sede electrónica y en el BOP el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual y el Presidente de la Entidad Local informará, con carácter trimestral, al Pleno del cumplimiento de esta obligación. También se establece que el personal eventual deberá prestar su servicio, con carácter general, en los servicios generales de las respectivas entidades locales.

-El artículo 32 bis se refiere al personal directivo de Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares y establece que el nombramiento del personal directivo de las mismas deberá efectuarse de acuerdo a criterios de competencia profesional y experiencia entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales o con habilitación de carácter nacional del subgrupo A1, salvo que el correspondiente Reglamento Orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario. Con una redacción casi idéntica se manifiesta el artículo 130.3 para el nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales en los municipios de gran población. La aplicación de este régimen se hará a los nombramientos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, el 31 de diciembre de 2013, tal y como indica la Disposición transitoria octava de la Ley.

² Véase la crítica de Serrano Pascual, A. “El empleo público en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: claros osuros y falta de apuesta firme por la modernización y por un modelo funcional de lucha contra la corrupción”. El Consultor de los Ayuntamientos. Rev. 5/2014, págs.. 590 a 613.

3. ARTÍCULO 92.1 LBRL. FUENTES REGULADORES DEL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En materia de las fuentes del Derecho aplicables a los funcionarios locales, el artículo 92 de la LBRL ha sufrido varias vicisitudes.

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, derogó, según su disposición derogatoria única, letra e), el artículo 92 LBRL. El apartado 1 del artículo 92 establecía:

“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 del artículo 149.1.18ª de la Constitución”.

Este sistema de fuentes se sustituyó por el recogido en el artículo 3.1: “El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”.

Sin embargo, la LRSAL vuelve al sistema anterior al EBEP, opta por el régimen del antiguo artículo 92 con una nueva redacción del mismo, que dispone en la actualidad:

“Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, 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 los términos del artículo 149.1.18.ª de la Constitución”.

En consecuencia, la nueva redacción, sitúa en primer lugar lo dispuesto en la LBRL, y en lo no previsto en la misma se aplicará el Estatuto Básico del Empleado Público ambas son legislación básica del Estado, después, la restante legislación del Estado en materia de función pública, que podrá tener contenido básico o no; y finalmente la legislación de las comunidades autónomas.

En opinión de JIMÉNEZ ASENSIO y CASTILLO BLANCO, el Estado no debería disponer según el bloque constitucional, de *“una presunta “doble competencia” para dictar bases sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos en general, y otra para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas entre la que se encuentra obviamente la Administración*

Local, pero en la que tiene mucho más difícil encaje la inserción en esa competencia de unas bases diferenciadas de la función pública local.

Partiendo de este esquema conceptual, lo que aquí se defiende es que sea el legislador autonómico exclusivamente el que desarrolle esas bases del régimen estatutario los funcionarios públicos extendiendo su aplicación a los funcionarios locales”³

4. ARTÍCULO 92.2.3 LBRL. FUNCIONES RESERVADAS A FUNCIONARIOS Y PREFERENCIA DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL

El art. 92 establece que:

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

3. 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”.

Este artículo establece una declaración genérica, de principios, una regla general, según la cual los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos autónomos serán desarrollados preferentemente por personal funcionario. El espíritu de este párrafo parece ser invertir la tendencia seguida desde hace años en la Administración Local en la que ha crecido de forma notable el personal laboral.

No obstante, entran dudas de si conseguirá su objetivo, el cambio de tendencia a favor del régimen funcionarial porque, en la mayoría de las ocasiones, será suficiente con justificar la no realización de funciones de autoridad o potestades públicas, para que las funciones se realicen por personal laboral, olvidándose de la declaración del apartado segundo a favor de que los puestos de trabajo en la

³ JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F. “Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público”. Col. Documentos e Informes, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009

Administración Local sean desempeñados por personal funcionario. Es decir, lo mismo que ha ocurrido en los últimos años.

Conviene recordar que el vigente 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 ya establecía, con claridad, en el artículo 169 que:

1. Corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General.

Ello significa que si no se concreta esta norma general o se establecen determinados controles que favorezcan su cumplimiento, la aplicación práctica de la misma será una incógnita para el futuro.

Hay que reconocer la complicación que supone clasificar los puestos de trabajo según el contenido de sus funciones, dilucidar cuando se ejercen potestades públicas. Esta complicación es mayor en pequeños municipios en los que los empleados públicos suele decirse que “tienen que hacer de todo”.

5. ¿SE HA MODIFICADO CON EL NUEVO ARTÍCULO 92.3 LBRL, EL RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS INTERINOS?

El artículo 92.3 de la LBRL, al referirse a las funciones que deben ser desempeñadas por funcionarios, observamos que *utiliza por dos veces la expresión funcionarios de carrera*.

La redacción literal, al referirse a funcionarios de carrera, parece indicar que se están limitando las parcelas de actuación a otro tipo de funcionarios, los interinos, previstos en el artículo 10 del EBEP.

Si se acepta esta tesis, no sería posible que los mismos realizasen funciones que impliquen ejercicio de autoridad ni que participen directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, aunque sí podrían tener encomendadas aquéllas otras muchas funciones que pueden desempeñar los funcionarios de carrera y que no suponen ejercicio de autoridad ni de potestades públicas.

Esta interpretación es acorde con el espíritu de la reforma, por dos razones:

-Supondría una eliminación o reducción de los funcionarios interinos. Esto sería una forma de reducir personal y colaborar en la consecución del equilibrio presupuestario y estabilidad financiera de los entes locales, verdadera finalidad de la reforma local.

-Sería una garantía mayor para la gestión pública pues los funcionarios interinos se caracterizan por la nota de temporalidad, que comparten con el personal laboral temporal, además su selección se realiza mediante procedimientos ágiles y su nombramiento se realiza por razones de urgencia, según palabras utilizadas por el artículo 10.1 del EBEP. Si el plus de imparcialidad, independencia, objetividad, rigor en el cumplimiento de la legalidad y otras garantías se atribuyen al funcionario de carrera como consecuencia del principio de inamovilidad, carecen de ese “plus”, tanto el empleado público laboral como el funcionario interino. Además de ello, sobre ambos empleados públicos penden las sospechas de amiguismo y la afinidad política, a las que se atribuye uno de los males del empleo público local.

Sin embargo, aún con cierta razón, estos argumentos son insuficientes para justificar, la desaparición de los funcionarios interinos.

Son mayores las razones favorables a su mantenimiento:

1-El artículo 10.1 EBEP, 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,.....”

Si su justificación reside, precisamente, en ocupar una plaza vacante de un funcionario de carrera o la sustitución transitoria de su titular o la realización de un programa temporal, necesariamente ha de desempeñar las mismas funciones del funcionario de carrera que sustituye. *Es la necesidad y urgencia en el desempeño de esas funciones propias del funcionario de carrera lo que motiva su nombramiento como funcionario interino.*

2-Además, desde el punto de vista práctico, su inexistencia podría provocar dificultades en la sustitución de funcionarios de carrera, en determinadas situaciones.

3-Otro argumento a favor del mantenimiento de la figura del funcionario interino lo constituye una norma posterior a la LRSAL, que ha modificado el artículo 10 .1 c) del EBEP, que digamos que convalida la figura, sin hacer distinción para la Administración Local, nos referimos a la *Ley 15/2014, de 16 de septiembre,*

de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. En nuevo artículo 10.1c) del EBEP limita a tres años los funcionarios interinos nombrados para “c) *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.*”.

La modificación implica establecer un límite temporal a los nombramientos de interinos cuando la circunstancia que motiva su nombramiento es la ejecución de programas de carácter temporal, ya que antes no se establecía duración y ahora se introduce duración máxima.

También se incluye un nuevo punto sexto cuya justificación es permitir que el personal interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal o por acumulación de tareas pueda prestar sus servicios tanto en la unidad que figura en su nombramiento como en otras que participen del mismo programa de carácter temporal o se desarrollen tareas similares o que concurren circunstancias de acumulación de tareas (en este caso el plazo máximo es de 6 meses dentro de un periodo de 12 meses y esto no ha cambiado).

No cambia la obligación de incluir vacantes ocupadas por interinos en la Oferta de Empleo Público, es decir, el punto 1.a) y el 4 de este artículo quedan igual que estaban.

4-Si seguimos el sistema de fuentes del nuevo artículo 92.1 LBRL, los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto por esta Ley (LBRL), por la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas (EBEP)

5-El nuevo artículo 92bis. 7 LBRL, contempla la posibilidad del nombramiento de funcionarios interinos para puestos reservados a funcionarios de habilitación nacional y no cabe ninguna duda de que sus funciones se encuadran en las reservadas a funcionarios de carrera en el artículo 92.3. Carece de sentido que se permita el nombramiento de funcionarios de habilitación estatal en régimen de interinidad y no se permita para el resto de funcionarios de carrera de la Administración Local.

El problema se ha planteado especialmente para los *policías locales interinos*, respecto de ellos, la Sentencia del Tribunal Supremo el 12 de Febrero de 2009, en base al antiguo artículo 92.2 LBRL admite la posibilidad de policías locales en régimen de interinidad.

No obstante, recientemente, se ha negado esta posibilidad y se introduce dudas respecto al futuro de esta figura, nuevamente, la reciente Sentencia de 15 de enero de 2014, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recurso 616/2011, en este caso a la vista del artículo 9.2 EBEP *“No obstante, con carácter preferente al examen de la normativa autonómica sobre la que se sustancia dicha controversia, debe tenerse en cuenta la norma básica estatal en la materia que resulta de preferente aplicación. En concreto, el art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que dispone: “ En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca “. No cabe duda de que esta condición concurre en las funciones atribuidas a la Policía Local....”*

Hay que esperar al pronunciamiento que de este tema haga en el futuro el Tribunal Supremo.

6. CONCLUSIONES

-Se ha producido una reforma en la Administración Local que ha alcanzado el empleo público local, aunque no era objeto el objeto de la misma. La reforma ha modificado el sistema de fuentes aplicable a la función pública local, hay que entender que se ha optado por una recentralización de las competencias, un ley básica estatal (LBRL) remite a la legislación básica y común estatal de función pública (EBEP y restante legislación del Estado en materia de función pública), desplazando el papel preferente que habían comenzado a asumir las Comunidades Autónomas en el desarrollo del EBEP.

Ello supone un cambio significativo, debe recordarse, como hace Palomar Ojeda⁴, que, hasta ahora, las Comunidades Autónomas que han procedido al desarrollo integral del EBEP, han optado por aproximar la regulación local al ámbito del régimen jurídico de las respectivas leyes autonómicas (Valencia, Castilla La Mancha, Cataluña..), *incluyen dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a las administraciones locales situadas en el territorio de su Comunidad*, como una extensión de las mismas. Como dice el citado autor se ha optado por *“la centralización normativa, de forma que se evite lo que realmente se había comenzado a producir y que era que las Comunidades Autónomas proyectaran sus propios modelos de organización respecto del ámbito local”*.

⁴ PALOMAR OJEDA, A. “Las distintas categorías de empleados públicos locales: singularidades tras la ley de racionalización y sostenibilidad”. Rev Digital CEMCI, núm. 22, enero a marzo de 2014.

- Respecto a los funcionarios de habilitación nacional, la reforma ha supuesto también una asunción por el Estado de determinadas competencias, que venían siendo ejercidas por las Comunidades Autónomas, tras la aprobación del EBEP, siguiendo el espíritu de la ley de centralización o recentralización normativa.

-Con relación a los funcionarios interinos habrá que estar a los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales que se produzcan en el futuro; no obstante, la interpretación literal de las palabras “funcionarios de carrera” del artículo 92.3 LBRL, no es suficiente para poner en duda la existencia de los funcionarios interinos con las funciones propias de los funcionarios de carrera.

-Hay que recordar también que el futuro de esta LRSAL es incierto porque la misma no ha contentado a casi nadie y respecto de ella se han interpuesto más de diez recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

-El alcance y aplicación práctica de la ley es también cuestión futura. El incumplimiento de parámetros relativos al objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, obliga a los municipios, según el nuevo artículo 116 bis LBRL, a formular su *plan económico-financiero*, lo harán de conformidad con los requisitos formales que determine el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y en el mismo incluirán, entre otras medidas, la supresión de competencias distintas de las propias y de las ejercidas por delegación o modificación en la gestión de los servicios para reducir costes. Medidas estas que también pueden incidir en la reestructuración del empleo público local.

7. BIBLIOGRAFÍA

BASSOLS COMA, M., “La razonabilidad de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general”. Cuadernos de Derecho Local núm. 34, febrero 2014, págs. 21 a 48

BOLTAÍNA BOSCH, X., “El personal laboral de las Corporaciones Locales después del EBEP” Estudios de Relaciones Laborales, 5 CEMICAL. Barcelona, 2010.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en L. Ortega, Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid, 2007

JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2014). “La reforma local: primer análisis de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”. Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013, 05, 2014, 281-328.

JIMÉNEZ ASENSIO, R (Estudio Introductorio y Vademécum) Estela Ribes Caballer (Anexo Documental) “VADEMÉCUM” sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. 100 cuestiones sobre su aplicación. Estudi Consultoria Sector Públic S.L.P www.estudiconsultoria.com Barcelona, 10 de marzo de 2014 (Versión actualizada a 1 de mayo de 2014)

JIMÉNEZ ASENSIO, R. y CASTILLO BLANCO, F., ”Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco de la reforma del empleo público”. Col. Documentos e Informes, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009

PALOMAR OJEDA, A. “Las distintas categorías de empleados públicos locales: singularidades tras le ley de racionalización y sostenibilidad”. Rev Digital CEMCI, núm. 22, enero a marzo de 2014.

PARADA VÁZQUEZ, R., Derecho Administrativo, vol. II, Organización y Empleo Público, Madrid, 2013.

SERRANO PASCUAL, A. (2014). “Segunda circular informativa sobre la ley 27/2013, de 27 de Diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”.(Circular en línea). Diputación Provincial de Huesca.

VELASCO CABALLERO, F., “Títulos competenciales y garantía constitucional de la autonomía local en la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. En J. A. Santamaría Pastor (Coord.), La reforma de 2013 del régimen local español. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014

VELASCO CABALLERO, F., “Cuando hay contradicción entre la LRSAL y una ley autonómica: ¿qué ley debe aplicar un ayuntamiento?” (Estudio en línea). Instituto de Derecho local, UAM, 2014.

VILLAR ROJAS, F. “Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Iustel, junio 2014.

REESTRUCTURACIÓN DE PERSONAL EN LA ASAE

Araceli Vallecillo Orellana
*Departamento de Derecho del Trabajo
y Seguridad Social*
Universidad de Córdoba

SUMARIO:

- 1. MEDIDAS ORGANIZATIVAS DE PERSONAL EN ANDALUCÍA**
- 2. LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN Y VÍA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO ANDALUZ**
- 3. RELACIONES PROFESIONALES LABORALES EN DESARROLLO LOCAL DE LOS DISPOSITIVOS DEL SAE**

RESUMEN:

Con la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA nº 215, de 31 de octubre de 2.007), se otorgaba 3 años para que sus entidades instrumentales se ajustasen a la nueva estructuración contemplada en el art. 52 de esta ley, dando paso a la reordenación del sector público de Andalucía y la aprobación de la Ley 1/2011 de reordenación del Sector Público de Andalucía, de 17 de febrero (BOJA nº 36, de 21 de febrero de 2.011), que recoge, entre otros preceptos, que “el Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción”.

Desde el pasado mes de marzo el Tribunal Supremo ha condenado en casación a la Junta de Andalucía a aplicar la Ley reordenadora al colectivo UTEDLT despedido hace dos años, por Fraude de Ley en desviación de poder.

Cuestiones de índole político-económica tildan a este proceso reestructurador de pionero en la aplicación práctica de la, hasta ahora, última reforma laboral española.

1. MEDIDAS ORGANIZATIVAS DE PERSONAL EN ANDALUCÍA

Considerando esencial incluir entre las actividades de planificación la de recursos humanos, como obligado correlato de la organización estratégica que posibilite la previsión del montante de personas que sean necesarias, cuándo, con qué tipo de conocimientos y cuál habrá de ser el lugar idóneo para cada una de ellas, bajo el objetivo de conseguir el máximo beneficio individual y organizativo a corto, medio y largo plazo, la Ley 6/85, reguladora de la Función Pública de la Junta de Andalucía, (art. 10), estructura su Administración regional, básicamente, por medio de la *Relación de Puestos de Trabajo* (RPT)¹ y de las *Plantillas Presupuestarias*².

Desde el punto de vista estructural, y de acuerdo con lo previsto en el art. 12 de la LOFPA, para confeccionar la RPT, se partirá de los efectivos existentes, rectificando lo procedente con objeto de suprimir los puestos que no se consideren necesarios y añadir aquéllos otros imprescindibles para el mejor funcionamiento de los servicios con independencia de que no puedan ser ocupados de inmediato por falta de consignación presupuestaria³.

¹ La RPT del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, se regirá por lo dispuesto en el EBEP, en la LOFPA y en el Decreto 390/1.986, de 10 de diciembre, modificado por Decreto 65/1.996, de 13 de febrero, Decreto 151/1996, de 30 de abril y Decreto 286/2003, de 7 de octubre, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la normativa estatal, esto es, Art. 15 de LMRFP en lo no derogado por el EBEP. Normativa supletoria que no es otra que la LRBR y su Texto reglamentario, quienes (art. 92.2 LRBR y art. 132 del TRRL) prevén que corresponderán a funcionarios de carrera aquellas funciones que se determinen en la Ley de Bases, a través de las normas estatales sobre confección de las RPT y descripción de puestos de trabajo- tipo, en nuestro ordenamiento jurídico, plasmada en la Orden de 2 de diciembre de 1988 sobre Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración del Estado (BOE nº 294, de 8 de diciembre de 1.988), quien señala que éstas realizan la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto, así como sus características retributivas. En este sentido, el art. 11 de la LOFPA preceptúa que la RPT racionaliza y ordena la función pública, determinado sus efectivos reales de personal de acuerdo con las necesidades de la organización y de los servicios, trazando previsiones para su evolución futura y precisando los requisitos para su desempeño, mediante la clarificación y valoración de cada uno de ellos.

² Con las prácticas normativas centrales, el legislador andaluz, integra, en el art. 13 de la Ley 6/85, como instrumento de medición de personal, la figura de las Plantillas Presupuestarias, que determinarán anualmente, en los presupuestos de la Comunidad Autónoma Andaluza, la relación de plazas- esta norma entiende por "Plaza", el puesto de trabajo con dotación presupuestaria- correspondientes a cada una de las categorías de personal, ordenadas por grupos (en caso de funcionarios), pudiéndose establecer una dotación global para retribuir los trabajos ocasionales o urgentes que no correspondan a puestos de trabajo incluidos en la RPT, en razón a su falta de permanencia o previsión, así como para satisfacer el importe de los contratos de los servicios generados. Por su parte el art. 14 de la citada Ley, señala que las dotaciones presupuestarias del personal funcionario se distribuyen en los siguientes conceptos: A/ Retribuciones Básicas correspondientes a cada uno de los grupos. B/ Complemento de destino asignado a los puestos de trabajo de cada nivel. C/ Complemento específico correspondiente a los puestos de trabajo que los tengan asignados. D/ Complemento de productividad generalmente dotado. E/ Gratificaciones. F/ Indemnizaciones por razón del servicio.

³ En el Acuerdo de 18 de noviembre de 2.003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de 24 de octubre de 2.003, de la Mesa Sectorial de Negociación de Administración General, sobre mejoras de las condiciones de trabajo y en la prestación de los servicios públicos en la Administración General de la Junta de Andalucía, se establece que las Relaciones de Puestos de Trabajo deberán ser el resultado de las necesidades organizativas detectadas una vez contrastadas y formuladas a través de metodologías idóneas, respondiendo a los puestos tipo definidos y valorados previamente y que integran el Catálogo de Puestos Tipo en función de las prescripciones técnicas oportunas, debiendo de contener una definición e indicación para su elección a la

A su vez, el Decreto 2/2.002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, Promoción Interna, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía⁴, regula normativamente, la planificación y cobertura de los recursos humanos de la Administración andaluza, estableciendo que *“las necesidades de personal en la Administración de la Junta de Andalucía se cubrirán por los sistemas de selección externa, de promoción interna, de provisión de puestos de trabajo en los términos establecidos en dicho Reglamento, destinando, con ello, los Planes de Empleo, a conseguir una correcta planificación de los recursos humanos en la Administración que tendrán como función principal servir de soporte a actuaciones de reorganización y mejora de los recursos humanos en un determinado ámbito, contemplando las actividades y tareas que se lleven a cabo, estableciendo medidas para el mejor funcionamiento y eficacia de la organización de que se trate, así como para el mejor uso, promoción y desarrollo del personal incluido en su ámbito y fijando las previsiones y actuaciones necesarias para conseguirlo”*, constituyendo, para el legislador andaluz, el instrumento fundamental de gestión para lograr la provisión de necesidades de recursos humanos, mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, en el marco establecido a nivel estatal⁵, o incluso de promoción interna, por él mismo considerada⁶.

En esta materia la LOFPA, viene a ser más concisa, al reservar, de manera expresa, los puestos de trabajo de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos Autónomos, a los funcionarios públicos, con la excepción de los puestos de naturaleza no permanente y de aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos; los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

hora de crear un puesto de trabajo concreto, conllevando ello, que tanto la Administración como las Organizaciones Sindicales han negociado una metodología cuya aplicación posibilite de manera objetivada, tanto la clasificación de los puestos en uno o varios grupos y en un nivel de Complemento de Destino, como asignando factores del Complemento Específico y su cuantía, y fijando los restantes atributos que puedan componer un puesto de trabajo. En este sentido y teniendo en cuenta las exigencias funcionales y el volumen de actividad de cada Consejería, se elaborarán los objetivos a los que debe tender la relación de puestos correspondientes y su plantilla presupuestaria.

⁴ BOJA nº 18, de 19 de enero.

⁵ En la manifestación legal ofrecida por el EBEP, en su art. 70.

⁶ El Decreto de la Consejería de Justicia y Administración Pública, 33/2009, de 17 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la Administración de la Junta de Andalucía, correspondiente al año 2009, manifiesta, al respecto, en su Exposición de Motivos, que *“En el presente Decreto se ofertan tanto plazas para su provisión por personal de nuevo ingreso mediante el sistema de acceso libre, como plazas a proveer mediante procesos selectivos de promoción interna, entendiéndose que con ello se da respuesta a un derecho del personal al servicio de la Administración Pública contemplado en el art. 14 de la mencionada Ley 7/2007, de 12 de abril”*.

Del mismo modo, el Decreto 390/1.986⁷, establece, como criterio general ordenador de la adscripción de determinado personal funcionario a los diversos puestos necesarios, el concreto puesto que se asigne en los correspondientes centros de carácter administrativo y los puestos que supongan necesariamente la adopción de decisiones que puedan ser objeto de recursos en vía administrativa o contencioso- administrativa, dejando, para el personal laboral, los puestos de trabajo de aquellos centros cuya finalidad principal sea la prestación de servicios de carácter no administrativo.

2. LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO. INSTRUMENTO DE PLANIFICACIÓN Y VÍA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO ANDALUZ

La Oferta de Empleo Público, queda definida en el Capítulo III, art. 35, de la Ley 6/1.985, como el instrumento básico de planificación de recursos humanos de la Administración de la Junta de Andalucía para ofrecer a los ciudadanos, las vacantes presupuestariamente dotadas cuya cobertura se considere necesaria y que no puedan ser cubiertas por los efectivos de personal existentes en dicha Administración andaluza.

Desde el punto de vista organizativo, las *Ofertas de Empleo Público* serán aprobadas por el Consejo de Gobierno a propuesta del titular de la Consejería competente en materia de Administración Pública, quien podrá incluir, para su provisión, las plazas que hayan quedado vacantes o sustituirlas por otras de igual o diferentes Grupos, que figuren igualmente en la RPT, pero sin que, en ningún caso, el montante global de las retribuciones de las plazas ofertadas pueda superar las cuantías presupuestariamente señaladas para el concepto ofertado⁸. Las posibles

⁷ Decreto 286/2003, de 7 de octubre, (BOJA nº 209, de 30 de octubre de 2003), por el que se modifica el artículo 10.1 del Decreto 390/1986, de 10 de diciembre, (BOJA nº 114, de 23 de diciembre de 1986), por el que se regula la elaboración y aplicación de la relación de puestos de trabajo.

⁸ La Oferta de Empleo Público de la Junta de Andalucía, publicada en el Decreto 90/2013, de 23 de julio de 2013 (BOJA nº 155, de 8 de agosto 2013), aun reconociendo la falta de oferta de empleo público, en cumplimiento del artículo 11 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013 establece, con carácter general, que durante este año se procederá a la incorporación de nuevo personal necesario de acuerdo con la distribución por grupos, subgrupos, cuerpos y especialidades u opciones de acceso de personal funcionario, por no poder ser cubiertas con los efectivos de personal existentes, siempre que cuenten con asignación presupuestaria (Art. 2), quedando destinada para los sectores determinados en la legislación básica del Estado- en la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, Art. 23-, para los que, de acuerdo con la misma, la tasa de reposición de efectivos se fijará hasta un máximo del 10 por ciento, teniendo también en cuenta la tasa de reposición que hubiera correspondido, en su caso, en la Oferta de Empleo Público para el año 2012, concentrándose las plazas a ofertar en los sectores, funciones o categorías profesionales que se consideraran prioritarios o que afectan al funcionamiento de los servicios públicos de carácter esencial, según determina el apartado 1 del mencionado artículo 11 de la Ley 5/2012, de 26 de diciembre, en relación con el artículo 23 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, quien incluye los puestos relacionados con el control y lucha contra el fraude fiscal, laboral y de subvenciones públicas, así como la gestión y control de la asignación eficiente de los recursos públicos, en consecuencia, los sectores del área económico-financiera, tanto en el Cuerpo Superior, a través de la especialidad de Administradores de Gestión Financiera, como en el Cuerpo de Gestión Administrativa, a través de la especialidad de Gestión Financiera, a

alteraciones quedarán reflejadas en los correspondientes presupuestos del ejercicio siguiente, no obstante, mantenerse en plantilla exclusivamente las plazas ofertadas, hasta que se resuelva la oportuna convocatoria.

Con estos elementos, el legislador autonómico andaluz consideró que se creaba el marco suficiente para que la *Oferta de Empleo Público* pudiese actuar como un instrumento de planificación de las necesidades de personal en la Administración Pública y de cobertura de necesidades sociales, ajustándose al mandato estatal establecido en el art. 19.1 de la LMRFP, no obstante matizar que el ámbito de aplicación de la RPT comprendería, exclusivamente a los puestos de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus entidades instrumentales que deban ser desempeñados por personal funcionario o laboral fijo.

A pesar de estas limitaciones, no obstante, la negociación colectiva, juega un importante papel determinante de la catalogación de toda la tipología de personal, necesario en cada Oferta de Empleo Público⁹, máxime a partir del impulso y flexibilidad, reconocido en el VII ACSA, por el que, los agentes sociales y económicos más representativos de la región, mostraron, de modo negociado, las líneas de actuación para contribuir a la creación de empleo y al desarrollo económico de Andalucía, dentro del grave contexto económico en el que se encontraba, *“consolidando a tal efecto, vías de diálogo, negociación y concertación de actuaciones que, entre otras, hacía referencia a la aprobación del EBEP en Andalucía, a la transformación progresiva de los puestos de trabajo no estables de carácter estructural de la Administración pública Autonómica, en puestos estables a través de las Ofertas de Empleo Público y a la constitución de un grupo de trabajo para elaborar y establecer los criterios que han de cumplir las empresas que tienen encomendada la gestión de servicios públicos, garantizándose, así, la calidad en la prestación de los mismos y el empleo de sus profesionales, especialmente, en los supuestos de cambio de empresa mediante subrogación”* (Eje Horizontal 1.7).

las que se añaden las necesarias plazas de apoyo pertenecientes al Grupo C, que aprobó el Consejo de Gobierno de 24 de julio de 2012, por el que se aprueban un conjunto de medidas relacionadas con el cumplimiento del Plan económico-Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014, resultando destacable el dato expresado en la Disposición Adicional Segunda del Decreto 90/2013, respecto a la eliminación de las plazas que sean cubiertas por personal laboral que haya accedido al cuerpo funcional, en sentido contrario a lo manifestado en otras ocasiones en las que

Las plazas ofertadas y no cubiertas, podían acumularse a las respectivas plazas incluidas en otras convocatorias. Al respecto, por ilustrativo, vid. la Oferta de Empleo Público para el año 2.009 publicada en el Decreto 33/2009, de 17 de febrero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público correspondiente a 2009- BOJA, nº 40, de 27 de febrero de 2.009).

⁹ En la Oferta de Empleo Público se prevé, para su aprobación, el pronunciamiento favorable del Consejo de Gobierno, el cual efectuará la correspondiente negociación previa con las organizaciones Sindicales más representativas, en el seno de la Mesa Sectorial de Negociación de la Administración General de la Junta de Andalucía, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 4.2.f) y 35 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, a propuesta de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, y previa deliberación del Consejo de Gobierno.

3. RELACIONES PROFESIONALES LABORALES EN DESARROLLO LOCAL DE LOS DISPOSITIVOS DEL SAE

A tenor de lo dispuesto en la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo¹⁰ en su art. 15, referente a las políticas activas cofinanciadas por los fondos de la Unión Europea, *“en la distribución de los fondos a gestionar por las comunidades autónomas a los que se refiere el artículo anterior, según el procedimiento previsto en la Ley General Presupuestaria, se identificarán los programas cofinanciados por los fondos de la Unión Europea. Cuando las políticas activas estén cofinanciadas por fondos de la Unión Europea, las comunidades autónomas que hayan asumido su gestión asumirán, igualmente, la responsabilidad financiera derivada del cumplimiento de los requisitos contemplados en la legislación comunitaria aplicable”*.

Por su parte, el art. 19, referente a la financiación autonómica de las políticas activas de empleo, señala que *“las políticas activas desarrolladas en las comunidades autónomas y cuya financiación no corresponda al Servicio Público de Empleo Estatal, o en su caso las complementarias de las del Servicio Público Estatal, se financiarán, en su caso, con las correspondientes partidas que los presupuestos de la comunidad autónoma establezcan, así como con la participación en los fondos procedentes de la Unión Europea”*, siendo éste el modo de financiación del Programa UTEDLT y de la mayoría de las actuaciones actuales en materia de desarrollo socio económico¹¹.

¹⁰ BOE nº 301 de 17/12/2003.

¹¹ A nivel Central, la Orden TIN/835/2010, de 26 de marzo, por la que se distribuyen territorialmente para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, subvenciones para financiar el coste imputable al ejercicio económico de 2010 de la prórroga de la medida consistente en la contratación de 1.500 orientadores para el reforzamiento de la red de oficinas de empleo incluida en el Plan extraordinario de orientación, formación profesional e inserción laboral, aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2009 (BOE nº 79, de 1 de abril de 2.010), establece esta modalidad subvencionada como pilar para financiar el refuerzo de orientadores profesionales en los diversos Servicios Públicos de Empleo del territorio español. En el concreto ámbito andaluz, la Resolución de 23 de diciembre de 2009, de la Dirección General de Empleabilidad y Formación Profesional del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se hacen públicas las ayudas otorgadas a los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico al amparo de la Orden que se cita (BOJA Nº 8 de 14 de Enero de 2.010), establece que *“En cumplimiento de lo establecido en el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones, en el artículo 30 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por la que se aprueba el Reglamento de la Ley citada, así como en el artículo 109 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, he resuelto dar publicidad a las subvenciones concedidas en el año 2009, al amparo de la Orden de 21 de enero de 2004, por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y Empresas calificadas como I+E, dirigidas al fomento del desarrollo local (BOJA nº 22, de 3 de febrero), a los Consorcios de las UTEDLT, que en la presente se relacionan. Las subvenciones a que dan lugar las Resoluciones de concesión se corresponden con la convocatoria para el año 2009 y se realizan con cargo al crédito cifrado en la Sección 1.631 «Servicio Andaluz de Empleo», Programa 321 «Empleabilidad e Intermediación Laboral», estando cofinanciadas por la Unión Europea a través del Fondo Social Europeo y mediante la medida DM30028033, «Asociaciones Pactos e Iniciativas Redes Partes Interesadas”*. (). La finalidad de las subvenciones concedidas se destina a financiar los gastos de personal de la estructura básica y complementaria (Agentes Locales de Promoción de Empleo) de los Consorcios UTEDLT, regulados en el Capítulo I y II de la Orden de 21 de enero de 2004. *“No obstante, y dado el agravamiento de la coyuntura económica andaluza, la actualiza-*

Previendo la posible implantación de estructuras subvencionadas, la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, ya había dispuesto en su Exposición de Motivos que *“en virtud del artículo 13 del Estatuto de Autonomía (el anterior, datado de 1.981), el Servicio Andaluz de Empleo se configura como un organismo autónomo, dinámico y ágil que, para su funcionamiento, incorpora el uso de las nuevas tecnologías y que, a su vez, pretende incorporar en nuestro mercado de trabajo estas nuevas tecnologías y la naciente sociedad de la información y del conocimiento, evitando cualquier tipo de barrera, facilitando la competitividad de nuestras empresas, mejorando el nivel de formación para el empleo, favoreciendo, en suma, la capacidad de generar empleo y riqueza en nuestra sociedad y permitiendo adecuar el mercado de trabajo al profundo proceso de cambio tecnológico que se está produciendo.*

(...)

El desarrollo de las políticas de empleo se realizará de forma integrada por este servicio público, de carácter gratuito, cuyo funcionamiento debe coadyuvar a una gestión global y coordinada, que atienda a las particularidades de cada territorio en sus actuaciones, a la calidad de los servicios y los programas ocupacionales, mediante el establecimiento de sistemas de evaluación y mejora permanente del Servicio Andaluz de Empleo, que se configura como un organismo público coparticipado por los agentes sociales y económicos más representativos en Andalucía, siguiendo la línea de concertación del Gobierno de la Comunidad Autónoma”¹².

ción del Plan Económico- Financiero de reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014, publicado en: http://www.juntadeandalucia.es/haciendayadministracionpublica/images/banners/PLAN_ECONOMICO_FINANCIERO-ANDALUCIA_2012-2014.pdf, y fruto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, y del Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 6 de marzo de 2012, por el que se revisa el objetivo de estabilidad presupuestaria para Andalucía en 2012, establece un posible cambio en las disponibilidades presupuestarias para determinados programas, debido a la reducción del gasto para esta finalidad por el propio ejecutivo central. Pp. 31.

¹² No en vano, la naturaleza del Servicio Andaluz de Empleo se configuró como un organismo autónomo de carácter administrativo de la Junta de Andalucía, adscrito a la Consejería competente en materia de empleo, como órgano gestor de la política de empleo de la Junta de Andalucía, al que le correspondían las funciones que se le atribuyen en esta Ley y todas aquellas que le sean traspasadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de política de empleo. No obstante, tener en cuenta que esta naturaleza tuvo que ser adaptada a las disposiciones de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, (BOJA nº 215, de 31 de octubre de 2.007), la cual, en su Disposición Transitoria Única, estableció un mandato de conversión de los diversos organismos públicos y otras entidades andaluzas a la clasificación por ella realizada, habiéndole correspondido el turno al SAE en el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público. (BOJA, nº 147, de 28 de julio de 2010), posteriormente aprobado parlamentariamente como Ley 1/2011, de 17 de febrero de 2011, de reordenación del sector público andaluz (BOJA, nº 36, de 21 de febrero de 2011), donde se indicó su extinción y transformación en Agencia Administrativa de régimen especial, de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, a partir de la entrada en vigor de dicho Decreto-Ley, en unión con la Fundación Andaluza de Fondo Formación y Empleo, adscrita, también en un primer momento, a la Consejería de Empleo. Esta intención aplicativa del mandato normativo, no obstante, había sido ya recogida, tanto por el Decreto 170/2009, de 19 de mayo, por el que se aprobó la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del SAE, (BOJA nº de 20/05/09) y por el Decreto 136/2.010, de 13 de abril, por el que se aprobó la reestructuración orgánica de la Consejería de Empleo y del SAE (BOJA nº 71, de 13 de abril de 2.010). En sus orígenes, el Servicio Andaluz de Empleo se configuró como un ente con personalidad jurídica y patrimonio propios, dotado de autonomía administrativa y financiera

Por su parte, en abril del año 2.003, se hicieron efectivas las transferencias en materia de empleo del Estado Central al Autonómico, mediante el Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, el cual, unido al Decreto 203/2004, de 11 de mayo, por el que se produce una reestructuración orgánica de la Consejería de Empleo, pasando en esta ocasión a denominarse solamente, Consejería de Empleo, reestructura las competencias de esta nueva Consejería, señalándose, en su artículo 9, que “...*La Dirección General de Intermediación e Inserción Laboral será competente para la coordinación de la atención a los usuarios del Servicio Andaluz de Empleo: demandantes y oferentes de empleo, mediante la implantación y desarrollo de los procesos de asesoramiento a demandantes de empleo, a las empresas, y su derivación a otras actividades del Servicio. Asimismo le corresponderá la definición y puesta en marcha de las actuaciones de orientación profesional de los demandantes de empleo....*”¹³.

Por Decreto 96/2011, de 19 de abril (BOJA nº 83, de 29/04/11), se aprobaron los estatutos del SAE, configurándose como una agencia de régimen especial, de las previstas en el Art. 54.2.c de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la administración de la Junta de Andalucía. Dicho decreto, 96/2011, es desarrollado por la Resolución de 20 de abril de 2011 (BOJA nº 84, de 30 de abril de 2011), por el que se aprueba el Protocolo de Integración del personal al Servicio Andaluz de Empleo. En su regla tercera, se acordaba la integración en el SAE, del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo (FAFFE), por la vía del art. 44 ET, mientras que la regla cuarta, en iguales circunstancias, estaba destinada a la incorporación en el SAE del personal laboral de los Consorcios UTEDLT¹⁴, que nunca llegó a producirse.

para el cumplimiento de sus fines, así como para la gestión de su patrimonio y de los fondos que se le asignan. (Art. 1), habiendo sido su ámbito competencial (Art. 3), la planificación, gestión, promoción y evaluación de programas y acciones para el empleo en los ámbitos del fomento del empleo, la formación para el empleo, la orientación e información, la prospección, el registro de demanda e intermediación en el mercado de trabajo, así como la resolución de las convocatorias de ayudas y subvenciones en los ámbitos mencionados, herramienta de Desarrollo Económico, en suma, con permisibilidad normativa para actuar en los territorios.

¹³ Si bien, la estructura UTEDLT fue creada como parte integrante del organismo autónomo que está adscrito a la Consejería de Empleo- hoy Agencia de Régimen Especial- el Servicio Andaluz de Empleo, tras varias vicisitudes y finalmente debido a los diversos cambios políticos internos que habían ralentizado la plena consolidación de las estructuras UTEDLTs, se organizó como una estructura consorciada pública.

¹⁴ Por Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 15/11/2011, se acordó la suspensión de las reglas tercera y cuarta del Protocolo de Integración del personal procedente de FAFFE en la Agencia Servicios Andaluz de Empleo, dictándose la Resolución de fecha 07/02/2012, por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, para cumplimiento de aquella sentencia. Del mismo modo, por Sentencia no firme de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA, con sede en Sevilla, de fecha 20/2/2012 (Fundamento Quinto), se anulaba la disposición adicional 2ª del mencionado Decreto 96/2011, por el que se disponía la integración del personal procedente de la FAFFE y de los Consorcios UTEDLT, en la Agencia Servicio Andaluz de Empleo. Cuestión que fue, finalmente, resuelta por Sentencia en Recurso de Apelación, 93/2013, de 14 de marzo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Tercera), del TSJA en Sevilla, en sentido afirmativo al reconocimiento de la capacidad de asunción legal de unos trabajadores en una estructura administrativa regional con la misma naturaleza de procedencia profesional, “sin que por la integración (subrogada) pasen a formar parte de la función pública ni del personal laboral de la Junta de Andalucía (ni queden lesionados) el principio de igualdad y el derecho de las personas de acceder y permanecer promocionándose profesionalmente en el empleo público”.

En este sentido, ha de decirse, que la sucesión de empresas del art. 44 ET no puede considerarse como título habilitante para la cobertura de las plazas en la Administración pública territorial, la que sólo puede realizarse por los concursos públicos y en igualdad de condiciones de todos los administrados, pero sí para desempeñar labores profesionales de reactivación de la economía y dinamizador de la sociedad local que mediante el aprovechamiento de los recursos endógenos existentes en una determinada zona o espacio físico es capaz de estimular y fomentar su crecimiento económico, crear Empleo, Renta y Riqueza y sobre todo mejorar la calidad de vida y el bienestar social de sus habitantes.

Las reformas del mercado de trabajo que se han producido en España desde 2010 como consecuencia de la crisis financiera internacional, han configurado un nuevo marco de relaciones laborales que ha transformado de manera intensa la relación de trabajo de los empleados públicos en nuestras Administraciones. Este estudio colectivo pretende hacer un análisis en profundidad de dichas reformas, poniendo de manifiesto hasta qué punto el proceso reformador ha trastocado las bases sobre las que se construyó en 2007 el Estatuto Básico del Empleado Público, norma de respuesta tardía al mandato constitucional que, a pocos años de su nacimiento, se ha visto abocada a la intrascendencia jurídica en cuestiones esenciales para la configuración del modelo de relaciones laborales en la Administración Pública. La negociación colectiva y la desactivación de su eficacia, el acceso al empleo público y el cambio de paradigma de la relación de empleo público, y el tratamiento de la crisis de empresa en el sector público, constituyen el objeto de análisis esencial de esta obra, que vuelve a materializar el interés del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por ser la institución que de manera más inmediata toma el pulso a la realidad del sistema de relaciones laborales andaluz y español.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO