

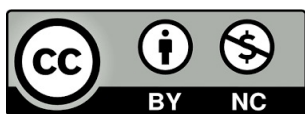
Sara Rico Letosa

La flexibilidad de entrada y la flexibilidad interna en la gestión del empleo público laboral. Una revisión de sus instrumentos

Director/es

González Labrada, Manuel
García Blasco, Juan

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

LA FLEXIBILIDAD DE ENTRADA Y LA
FLEXIBILIDAD INTERNA EN LA GESTIÓN DEL
EMPLEO PÚBLICO LABORAL. UNA REVISIÓN DE
SUS INSTRUMENTOS

Autor

Sara Rico Letosa

Director/es

González Labrada, Manuel
García Blasco, Juan

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA
Escuela de Doctorado

Programa de Doctorado en Derecho

2023



Universidad Zaragoza

Tesis Doctoral

La flexibilidad de entrada y la flexibilidad interna en la gestión del empleo público laboral

Una revisión de sus instrumentos

Doctoranda

Sara Rico Letosa

Directores

Prof. Dr. Juan García Blasco

Prof. Dr. Manuel González Labrada

Facultad de Empresa y Gestión Pública

Julio 2023

A Antonio, Sara y Gema, “sin ti no soy nada”. A Paco (†), por su integridad, y a Sara, por su entusiasmo vital. A Ángel González (†), a María y a las grandesUZ y a todos aquellos compañeros con los que he recorrido parte del camino. A Gemma, a Corinne y a las maravillosas mujeres y maravillosos hombres que siempre han estado ahí. A mis maestros, Juan y Manolo, por no tirar la toalla y creer en mí, por su generosidad y por el valioso regalo de su amistad.

Monzón, 7 de julio de 2023

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	8
INTRODUCCIÓN	10
PARTE I: ANTECEDENTES Y CONTEXTO	14
CAPITULO 1: Materialización del Estado Social: Necesidad de una actuación eficaz y eficiente por las Administraciones Públicas.	15
1. Introducción	15
2. Breve evolución histórica de la actividad prestacional de la Administración Pública.	15
2.1. El Estado Liberal.	16
2.2. Del Estado liberal de Derecho al Estado Social	20
2.3. Crisis del Estado Social	24
3. La cláusula “Estado Social” y su significación respecto de las prestaciones públicas.	26
3.1. El Estado Social en la Constitución de 1978.	26
3.2. El Estado Social se hace efectivo a través de la actuación de las Administraciones Públicas.	33
4. Aproximación al concepto de eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas.	35
4.1. El imperativo constitucional de la eficacia eficiente. Los criterios de eficiencia y economía en la gestión pública.	39
4.2. La justicia en el gasto público	42
4.3. Escasez de recursos y compromiso constitucional con la eficacia y la eficiencia en la realización del interés general: la imprescindible flexibilidad.	47
4.3.1. Gestión directa y gestión indirecta	50
4.3.2. El uso de las nuevas tecnologías como medio para introducir flexibilidad y mejorar la prestación del servicio público	58
4.3.3. Los distintos estatutos jurídicos de los empleados públicos: fórmula flexibilizadora	61
CAPÍTULO 2: La estabilidad económica como principio condicionador de la actuación de la Administración Pública	65
1. La estabilidad económica: principio justificador del uso de la flexibilidad por la Administración Pública	65
2. La Unión Económica y Monetaria: una decidida apuesta por la estabilidad presupuestaria.	69
2.1. La Unión Económica y Monetaria	69
2.2. La reacción comunitaria a la crisis de 2008	72
2.3. COVID y Guerra Ucrania: NextGenerationUE	76
3. El compromiso con la estabilidad presupuestaria en nuestro ordenamiento	78
4. La segunda reforma de la Constitución española: la recepción constitucional del principio de estabilidad presupuestaria.	84
CAPÍTULO 3: Reformas en la Administración Pública y en el empleo público para garantizar la estabilidad.	93
1. Estabilidad, racionalización, eficacia: tiempo de reformas	93
2. Apuntes sobre la reforma de la Administración Local.	95
2.1. Competencias locales: situación anterior a la reforma.	95

2.2. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: clarificación de competencias.	98
2.3. Otros objetivos de la Ley 27/2013	107
3. La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público	111
4. Efectos sobre el empleo público de éstas y otras medidas de reforma.	114
PARTE II : ACCESO Y PERMANENCIA EN EL EMPLEO PÚBLICO	125
CAPÍTULO 4: El acceso al empleo público del personal funcionario y laboral.	126
1. Los principios constitucionales de acceso al empleo público.	126
2. El EBEP y el acceso al empleo público	136
2.1. Igualdad, mérito y capacidad	136
2.2. Acceso al empleo temporal: algunas singularidades.	143
3. El acceso al empleo público: un sistema manifiestamente mejorable.	131
CAPÍTULO 5: La inamovilidad del funcionario.	136
1. Introducción	136
2. Nacimiento y evolución de derecho al cargo: breve resumen histórico.	147
3. El funcionario público: trabajador a efectos del principio comunitario de libre de circulación.	158
3.1. El concepto de trabajador para el ordenamiento comunitario	158
3.2. El principio de libre circulación de trabajadores: contenido y limitaciones.	164
4. Clasificación de los empleados públicos en función de su mayor o menor grado de permanencia en el empleo	172
5. El derecho a la inamovilidad del funcionario como garantía de la objetividad e imparcialidad de la actuación de la Administración Pública.	176
6. Contenido y límites del derecho a la inamovilidad reconocido al funcionario de carrera.	179
CAPÍTULO 6: La estabilidad en el Derecho del Trabajo	187
1. La estabilidad en el Derecho del Trabajo y su proyección al empleo público laboral	187
2. El principio de estabilidad en el empleo: su indisoluble vinculación con el principio de conservación del negocio jurídico	196
2.1. El principio <i>pacta sunt servanda</i> y el principio de conservación del negocio jurídico ante la alteración sobrevenida de las circunstancias.	197
3. La estabilidad como concepto vinculado a la duración y al régimen extintivo del contrato de trabajo	206
3.1. De los inicios al fin del franquismo	210
3.2. Transición y publicación del texto constitucional	213
3.3. Del Estatuto de los Trabajadores a la Reforma laboral de 2021	216
PARTE III: TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO	229
CAPÍTULO 7: Temporalidad. Grados de estabilidad en el empleo público y régimen de protección para el empleado público temporal	230
1. Principales motivos de la temporalidad en el empleo público. Un uso abusivo para obtener flexibilidad.	230
2. Excepciones a la inamovilidad en el empleo público	233
2.1. Empleo público temporal en régimen de Derecho administrativo	233

2.1.1.	El funcionario con nombramiento temporal: funcionario interino	233
2.1.2.	El personal estatutario temporal de los servicios públicos de salud	243
2.2.	Empleo público en régimen de Derecho laboral	247
2.2.1.	Breve referencia a la contratación laboral fija	248
2.2.2.	Contratación temporal laboral por las Administraciones Públicas	254
a.	La contratación temporal anterior a la entrada en vigor del RD Ley 32/2021	255
b.	La contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas tras la Reforma Laboral de 2021.	260
i.	El nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción	263
ii.	Contrato por sustitución de la persona trabajadora	274
iii.	La contratación temporal por la Administración Pública en el marco de la DA 5ª RD Ley 32/2021.	280
iv.	La contratación temporal en el marco de la Ley Orgánica de Universidades y la Ley de la Ciencia	283
3.	La reacción del ordenamiento en defensa de los empleados públicos temporales.	307
3.1.	La defensa de la estabilidad en el empleo del trabajador temporal por el ordenamiento laboral.	308
3.2.	El cambio de actitud del ordenamiento administrativo ante la inestabilidad y precariedad del empleo público temporal.	315
3.2.1.	Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público: lectura de la DA 17ª EBEP.	316
3.2.2.	Los procesos de estabilización del personal temporal de la Ley 20/2021.	327
3.2.3.	¿Es esta la solución para poner fin a la temporalidad en el empleo público?	338
CAPÍTULO 8: El trabajador indefinido no fijo		343
1.	Introducción	343
2.	Origen jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo	344
3.	Recepción normativa de la figura del trabajador indefinido no fijo.	351
4.	Vías de acceso a la condición de indefinido no fijo	354
4.1.	Adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo por aplicación de las garantías en favor de los trabajadores temporales.	357
4.2.	Otras formas de acceso. La Administración Pública como cesionaria en supuestos de cesión ilegal.	359
4.3.	Subrogación en supuestos de reversión de servicios públicos: trabajadores indefinidos no fijos y otras categorías de trabajadores	363
4.3.1.	Reversión de servicios públicos y sucesión de empresa de ámbito legal	367
4.3.2.	Subrogación o sucesión convencional o por acuerdo colectivo de eficacia general.	382
4.3.3.	Imposibilidad de que la subrogación nazca ex pliegos	390
4.3.4.	Efectos de la sucesión o subrogación empresarial	392
a)	Naturaleza del vínculo del trabajador fijo de la adjudicataria subrogado por la Administración Pública. Distintas soluciones.	396
5.	Estatuto jurídico del indefinido no fijo	402

5.1.	Los derechos de los trabajadores indefinidos no fijos	404
5.2.	La extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo. Incertidumbre ante la ausencia de regulación expresa y las oscilaciones jurisprudenciales.	412
5.2.1.	Extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza	413
5.2.2.	Extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por amortización de la plaza	422
5.3.	Un caso especial de indefinido no fijo: los profesores asociados	424
6.	¿Hay futuro para el indefinido no fijo?	431
CAPÍTULO 9: Influencia del Derecho de la Unión Europea en el empleo público temporal		434
1.	Introducción	434
2.	Aproximación a la Directiva 1999/70/CE.	434
3.	Las cuestiones prejudiciales españolas sobre empleo temporal. Efectos de las decisiones del TJUE en el empleo público.	441
3.1.	El TJUE y el empleo público temporal en régimen laboral	441
3.1.1.	Los asuntos De Diego Porras I, Montero Mateos y De Diego Porras II.	441
3.1.2.	Reacción de los Tribunales españoles	451
3.1.3.	Últimos pronunciamientos del TJUE sobre empleo público laboral temporal. El asunto IMIDRA y sus repercusiones	457
a)	El asunto IMIDRA	457
b)	La reacción de nuestros Tribunales al asunto IMIDRA	463
3.2.	El TJUE y el empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo	471
3.2.1.	Las otras sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016: Asunto C-16/15 Pérez López versus Servicio Madrileño de Salud. Asuntos acumulados C-184/15 Martínez de Andrés y C-197/15 Castrejana López	471
3.2.2.	Algunas de las sentencias más recientes. En especial, la STJUE de 19 de marzo de 2020 asuntos acumulados C-103/18 y C-29/18 Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y sus efectos en los Tribunales internos españoles.	482
4.	Proyección de la Jurisprudencia del TJUE sobre el marco normativo actual para la prevención del abuso y el fraude en la temporalidad.	492
PARTE IV: LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL		501
CAPÍTULO 10: La flexibilidad interna en el empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público.		502
1.	La flexibilidad interna en el empleo público laboral. Introducción.	502
2.	Aproximación al art.83 EBEP.	511
3.	Herramientas de flexibilidad en el EBEP	515
3.1.	Movilidad voluntaria en el EBEP	517
3.2.	Movilidad forzosa en el EBEP	522
CAPÍTULO 11: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: movilidad funcional y geográfica		527
1.	La movilidad funcional en el Estatuto de los Trabajadores. La modificación unilateral de las funciones realizadas por el trabajador.	528
2.	La movilidad geográfica en el Estatuto de los Trabajadores.	539

CAPÍTULO 12: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral de la Administración Pública: el art.41 ET. 548

1.	Sobre la aplicación de la vía del art.41 ET a la relación laboral de empleo público	548
2.	Un esbozo del art.41 ET.	552
2.1.	Límites en la aplicación del art.41 ET. Condiciones de trabajo versus condiciones de empleo	554
2.2.	Fuentes de la condición de trabajo a modificar. La condición más beneficiosa en el empleo público laboral. 564	
2.2.1.	La condición más beneficiosa: fuentes.	565
2.2.2.	Modificación o supresión de la condición más beneficiosa	577
2.2.2.	La condición más beneficiosa en el empleo público laboral.	581
2.3.	Sustancialidad de la modificación. Causas.	587
2.4.	Breves apuntes sobre el procedimiento para introducir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. 597	

CAPÍTULO 13: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral de la Administración Pública. La vía del art.82.3 ET y la del art.32.2 EBEP. 609

1.	La modificación sustancial de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenios colectivos: el art.82.3 ET. ¿Equilibrio entre la flexibilidad interna y el respeto a la negociación colectiva? Difícil aplicación en la Administración Pública.	609
2.	La vía del art.32.2 EBEP: el exorbitante privilegio de la Administración Pública para la inaplicación de las condiciones de trabajo.	630

CAPÍTULO 14: La práctica negocial: algunos ejemplos de la incorporación de herramientas de flexibilidad interna en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas. 651

1.	La movilidad funcional en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas	651
2.	La movilidad geográfica en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas.	666
3.	La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la práctica negocial del personal laboral de las Administraciones Públicas	683

CONCLUSIONES 690

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 706

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA.VV.: Autores Varios

Art.: Artículo

ATJUE: Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

BCE: Banco Central Europeo

BOE: Boletín Oficial del Estado

C-Advo: Contencioso administrativo

CC: Código Civil

CCNCC: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

CE: Constitución Española

CFDUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

DA: Disposición Adicional

Dir.: Dirección

ERTE: Expediente Regulación Temporal Empleo.

ETOP: Económicas, técnicas, organizativas y de producción

F.J.: Fundamento Jurídico

EBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Ed.: Edición

E.M.: Exposición de Motivos

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LCSP: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

LFCE: Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado

LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social

LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, Texto Refundido Ley de Infracciones y sanciones del orden social

LMRFP: Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

LOSU: Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario

LPGE: Ley Presupuestos Generales del Estado

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

LRSAL: Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

OEP: Oferta Pública de Empleo

Pág.: Página

PEC: Pacto de Estabilidad y Crecimiento

PIB: Producto Interior Bruto

PORH: Plan de Ordenación de Recursos Humanos

PRTR: Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia

RGIPP: RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso de 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

SECTI: Sistema Español de Ciencia Tecnología e Innovación

SS: Siguietes

STC: Sentencia Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TCE: Tratado Comunidad Europea

TECGUEM: Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TUE: Tratado de la Unión Europea

UEM: Unión Económica y Monetaria

INTRODUCCIÓN

Mi aproximación al estudio del empleo público laboral se produce al tener que impartir la docencia de la asignatura de Relaciones Laborales y Protección Social en el Grado de Gestión y Administración Pública de la Universidad de Zaragoza. Las particularidades de la relación laboral en el empleo público suscitaron mi interés por estudiar el régimen jurídico de este singular colectivo de trabajadores por cuenta ajena. Si bien, en un primer momento me planteo abordar el momento extintivo de este peculiar contrato de trabajo, tras debatirlo con mis directores, los doctores D. Juan García Blasco y D. Manuel González Labrada, decidimos que mi trabajo como doctoranda debe girar sobre la flexibilidad en esta relación laboral, en particular, la flexibilidad de acceso y la flexibilidad interna.

El simultáneo sometimiento de la Administración Pública al Derecho Administrativo, en su condición de persona jurídica pública, y al ordenamiento social, en su vertiente de empresario laboral, plantea unos retos al estudioso del Derecho que aún hoy no han sido objeto de satisfactoria solución. La Administración Pública ha de dar cumplimiento al complejo mandato constitucional de hacer realidad el Estado Social que España proclama y anhela ser. En su misión al servicio del interés general precisa de un ingente volumen de medios materiales y humanos que debe gestionar conforme a unos principios de actuación que, también impuestos por el propio texto constitucional, con frecuencia condicionan sus tiempos y sus medios de respuesta a las necesidades de los ciudadanos. Ante el reproche de falta de agilidad en la atención al servicio público, ensaya soluciones extrañas al ámbito de lo público para que le proporcionen flexibilidad. Entre esas fórmulas, recurre al Derecho del Trabajo aún consciente de que es un ordenamiento cimentado sobre la autonomía de la voluntad, la transacción y el pacto, elementos difícilmente compatibles con la idiosincrasia de la Administración Pública.

Como reza el título de este trabajo de tesis doctoral en la misma se efectúa una revisión de las herramientas de flexibilidad a disposición de la Administración Pública como empleadora laboral; e intenta centrarse en la flexibilidad interna ya que es la que mejor le permite conciliar la exigencia de prestación ininterrumpida de servicio público con el principio de estabilidad en el empleo, sin orillar la flexibilidad de entrada que ha encontrado en la contratación temporal un instrumento de ajuste del empleo público

laboral y de huida del Derecho Administrativo. En el examen de las herramientas que le proporcionan a la Administración fluidez en la relación laboral de empleo público, nos encontramos con que el sistema de fuentes propio de la misma nos obliga a ir saltando de lo social a lo administrativo. Es por ello que junto a la revisión de la doctrina laboralista en materia de flexibilidad, se ha intentado efectuar un barrido bibliográfico de las aportaciones de algunos de los principales administrativistas. Obligada ha sido también la revisión de la doctrina judicial interna, tanto de lo social como de lo contencioso-administrativo, que pudiera tener relevancia en materia de la aplicación de flexibilidad a la gestión del empleo público, sin desdeñar las importantes aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su influencia tanto en nuestro jueces como en nuestro legislador. Asimismo, se ha llevado a cabo un análisis de una pequeña muestra de convenios colectivos con el objeto de ilustrar la realidad de la flexibilidad interna en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas.

Este trabajo se ha estructurado en cuatro partes. La primera de ellas pretende situar a su potencial lector en el contexto que conduce a la situación del empleo público español en estas dos primeras décadas del siglo XXI. Ese contexto justifica la introducción de muchas de las reformas que se han ido introduciendo en las condiciones de trabajo de los empleados públicos en los últimos tiempos. Legalidad, igualdad, mérito, capacidad, objetividad, limitaciones presupuestarias, redistribución de recursos, equidad en el gasto, eficacia, eficiencia, sostenibilidad, estabilidad presupuestaria,...son los principios a los que necesariamente debe someterse la actuación de la Administración Pública pero, simultáneamente, condicionan su funcionamiento al servicio del interés general. En esta parte introductoria se trata de argumentar la necesidad de recurrir a la flexibilidad en la gestión por parte de la Administración Pública como medio para conseguir el cumplimiento de los mandatos que se le encomiendan constitucionalmente en la construcción del Estado Social.

En el resto del trabajo se intenta identificar las diferentes herramientas con las que cuenta la Administración Pública como empleadora y que pueden proporcionarle flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos en régimen laboral; en la medida de lo posible, se han efectuado paralelismos con el régimen funcionarial. Pensar en la flexibilidad de salida es hacerlo en relación a los empleados públicos en régimen laboral a los que se les reconoce el derecho a la estabilidad en el empleo que no alcanza el nivel de protección del derecho a la inamovilidad del funcionario de carrera. La segunda parte

se destina a abordar la flexibilidad de entrada y así se estudia cómo el necesario respeto a los principios constitucionales en el sistema de acceso, aunque necesariamente garantista, junto a las exigencias del compromiso con la estabilidad presupuestaria, en un contexto de necesidades crecientes, introduce rigideces que tratan de sortearse acudiendo, inapropiadamente en muchos casos, al empleo temporal tanto en régimen laboral y como administrativo. Lo que en principio se intuye como una solución transitoria acaba produciendo un serio problema de precariedad que se ha enquistado en nuestro empleo público laboral.

A pesar de que la permanencia en el empleo debiera ser la nota caracterizadora de las prestaciones de servicios de los empleados públicos, la atención del interés general puede hacer necesario utilizar modalidades de empleo público temporal, tanto laboral como administrativo, por la flexibilidad que proporcionan al empleador público. La tercera parte de esta tesis relaciona las distintas modalidades de nombramientos y contratos de trabajo temporales. Asimismo, tras abordar las principales razones de la elevada temporalidad en el empleo público, se sintetizan las reacciones del ordenamiento jurídico administrativo y laboral para reducir su presencia y mejorar las condiciones laborales de los empleados temporales. En concreto, nos ha interesado revisar la figura del trabajador indefinido no fijo- surgido como vía para compatibilizar el principio de estabilidad en el empleo del ordenamiento laboral y los principios constitucionales y administrativos de acceso al empleo público – y su futuro. Tras las muchas cuestiones prejudiciales que han planteado los tribunales españoles al TJUE, en materia de temporalidad en el empleo público, se trata de comprobar si nuestro ordenamiento interno ha transpuesto adecuadamente la Directiva 1999/70/CE, que garantiza un trato no discriminatorio a los trabajadores temporales y los protege frente al abuso del empleo temporal.

La cuarta y última parte se destina a la flexibilidad interna que es la que permite conciliar tanto el principio de inamovilidad relativa del funcionario de carrera como el principio de estabilidad en el empleo del personal laboral que, en el caso de este segundo colectivo, la adaptación unilateral de las condiciones de trabajo puede ser una vía para mantener vivo el contrato de trabajo. En esta materia, como el sistema de fuentes de la relación laboral de empleo público nos remite a la negociación colectiva y, en su defecto, a lo previsto para los funcionarios, se ha querido enumerar las medidas de flexibilidad interna del ordenamiento administrativo, para después pasar a revisar alguno de los

instrumentos que el ordenamiento laboral proporciona al empresario laboral para ajustar unilateralmente las condiciones de trabajo de sus trabajadores. Movilidad funcional o geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, descuelgue del convenio colectivo,...son recursos a los que puede acudir la Administración Pública pero, al tratarse de herramientas inicialmente concebidas para el empresario laboral privado, suscitan problemas de adecuación cuando se quiere aplicarlas por el empresario público. Termina este apartado efectuando un repaso por la negociación colectiva de las Administraciones Públicas para comprobar de primera mano cómo se materializa el contenido de lo dispuesto en el art.83 EBEP al incorporar la flexibilidad interna en las relaciones laborales, aunque razones de tiempo y espacio hacen que la muestra objeto de estudio sea limitada.

Tras todo este recorrido se llega a la conclusión de que la Administración Pública necesariamente va a tener que seguir utilizando instrumentos de flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos, sobre todo, fórmulas que le proporcionen flexibilidad interna, para mejorar la gestión del empleo público y ofrecer servicios públicos de calidad. Y se hace una llamada al legislador para que, como medio para ofrecer seguridad jurídica al gestor público, regule la relación laboral especial de empleo público.

PARTE I: ANTECEDENTES Y CONTEXTO

CAPITULO 1: Materialización del Estado Social: Necesidad de una actuación eficaz y eficiente por las Administraciones Públicas.

1. Introducción

En la permanente búsqueda del interés general, la función principal de la Administración Pública es servir a los ciudadanos, conforme al programa político de un determinado Gobierno y al cumplimiento de las normas emanadas del Parlamento - órgano en el que reside la soberanía nacional-. Con el paso del tiempo, la actividad prestacional de la Administración Pública ha experimentado un incremento exponencial, de tal manera que hoy difícilmente se entiende cualquier faceta de nuestra vida en sociedad sin su intervención.

Además de con medios técnicos, procedimentales y materiales, la Administración Pública, como persona jurídica que es, necesita valerse de personas físicas que, utilizando dichos recursos, materialicen esta función de servicio a la sociedad. Resulta ser la propia Constitución la que impone que esta actividad prestacional al servicio del interés general se lleve a cabo respetando el principio de eficacia y eficiencia y unas determinadas limitaciones presupuestarias. Es por ello que, para satisfacer la demanda prestacional y, al mismo tiempo, cumplir con los condicionantes constitucionales, la Administración ha de recurrir a diferentes fórmulas jurídicas y a instrumentos de gestión que le permitan introducir flexibilidad, ya que se trata de, en contextos de recursos limitados, ofrecer prestaciones de la mayor calidad posible.

Básicamente, el objetivo de este primer capítulo es estudiar cómo la Administración Pública se ha ido haciendo cargo de cada vez más facetas de la vida en sociedad y así el Estado se ha convertido en un Estado Social; y cómo, en el contexto socioeconómico actual, el cumplimiento de los mandatos constitucionales lleva a que las Administraciones busquen fórmulas de gestión de sus recursos humanos y materiales que, además de eficacia y eficiencia, les proporcionen flexibilidad sin renunciar a la calidad de la prestación.

2. Breve evolución histórica de la actividad prestacional de la Administración Pública.

Hasta el fin del Antiguo Régimen -finales del siglo XVIII-, los Estados limitan su actuación a proporcionar bienes como la justicia, la defensa nacional, el orden público, las relaciones internacionales,... Estos bienes suministrados por el Estado son *uti*

universi, esto es, prestaciones de servicios de interés general derivadas del ejercicio de funciones conectadas con la soberanía. Son actividades concebidas como instrumentos al servicio del Rey que “no tratan tanto de proporcionar utilidad a los súbditos como de servir a las necesidades de la monarquía o del aparato estatal...son aparatos de represión y dominación política sobre el pueblo”¹.

La “*organización administrativa*” es mínima y muy simple², y en ella prestan servicios funcionarios, nombrados y revocados por el Rey. La atención de necesidades sociales como la enseñanza, la sanidad o los socorros públicos, básicamente, queda en manos de la Iglesia y de otras entidades privadas laicas. Los sujetos que se benefician de estas “*prestaciones*”, no tienen realmente un derecho subjetivo a las mismas sino que son concebidas como concesiones graciabiles por parte de quienes las prestan, por lo que no resulta ser una atención de necesidades sociales igualitaria. En el ámbito de la economía, no está reconocida la libertad de empresa y se encuentra limitado el ejercicio de actividades empresariales. La Corona posee empresas, fábricas y disfruta de diversos monopolios fiscales, que nutren de recursos al Tesoro Público³.

2.1. El Estado Liberal⁴.

Con el nacimiento del Estado Liberal de Derecho -fin del siglo XVIII y principio del XIX -, esta situación comienza a cambiar. La publicación de los primeros textos constitucionales lleva al reconocimiento de la igualdad de los ciudadanos ante la ley⁵, lo que comporta la abolición de privilegios, desigualdades y prohibiciones y el reconocimiento a los ahora ya considerados ciudadanos, y no súbditos, del derecho al acceso a prestaciones como la educación, la asistencia sanitaria y los socorros públicos. Los ciudadanos- “*individuos investidos de derechos cuya realización requiere de la*

¹Vid SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, 2ª ed., 2009, pág.299 y ss.

² PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, Ariel Derecho, 4ª ed., 1996, pág.3.

³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*,...op.cit. Iustel, 2ª ed., 2009, pág.299 y 300.

⁴En la redacción de este apartado se ha seguido el detallado estudio de la evolución del servicio público de MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág.197 y ss. Más sintéticamente puede consultarse un resumen de esta evolución SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*,...op.cit.

⁵En Francia el Decreto de 4-11 de agosto de 1789, la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano 1789, la Constitución francesa de 1791, la Declaración de Derechos de 1793,... Recuerda MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*...op.cit., pág.197, que, la Constitución española de 1812 realmente no contiene una declaración expresa del principio de igualdad como principio general, sin embargo reconoce la igualdad de los ciudadanos ante la justicia, ante las cargas públicas, en el acceso a los cargos públicos y en la educación y la asistencia social.

acción positiva de la Administración Pública”- van a poder exigir estos derechos de los que se va a hacer cargo el Estado, en sustitución de entidades religiosas y sociales privadas. El reconocimiento de derechos a los ciudadanos implica, simultáneamente, nuevas obligaciones para las Administraciones Públicas que se justifican en el reconocimiento del principio de igualdad⁶. En esta etapa, paulatinamente la Administración deja de ser un instrumento al servicio del Rey o del Gobierno para pasar a servir a los ciudadanos.

Se llega a la situación de que la Administración ha de seguir prestando los servicios públicos tradicionales, además de procurar a todos los ciudadanos estos nuevos servicios que se convierten en nuevas responsabilidades de la Administración Pública. Estas nuevas prestaciones se caracterizan porque su disfrute se produce individualizadamente (*uti singuli*) y están destinadas a personas concretas y determinadas⁷. Consecuencia de ello es que la Administración experimenta un espectacular desarrollo de sus actividades y funciones, por lo que se ve compelida a la implantación de la organización y expansión territorial precisa para dar satisfacción a esos derechos de todos los ciudadanos, aumentando su tamaño exponencialmente⁸. Esto supondrá un incremento de sus recursos materiales y económico financieros y la necesidad de reclutar nuevos empleados públicos más especializados y profesionalizados⁹, ya no exclusivamente funcionarios.

En el progresivo aumento de la actividad administrativa podemos distinguir, siguiendo a SANTAMARÍA¹⁰, tres etapas. En la primera - inicios del siglo XIX-, el Estado se responsabiliza de la gestión y organización de, como se ha dicho supra, la prestación de beneficencia o socorros públicos, sanidad y educación. Inicialmente se trata de suplir las carencias de la iniciativa privada, por lo que se sigue admitiendo la actividad prestacional de las entidades privadas que venían haciéndose cargo con anterioridad, si bien, a partir de ahora bajo el control y supervisión de la Administración. Aunque algo se ha adelantado sobre los motivos ideológicos, surgidos de la Revolución francesa, que llevan a la Administración a asumir estas prestaciones sociales, habría que añadir que

⁶MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*,... pág.679.

⁷SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*,...op.cit, pág.301 y ss.

⁸MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo*...op.cit, pág.709.

⁹PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit., págs.6 y 11.

¹⁰SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*,...op.cit.págs.301 y ss

también tienen relación con la atención insuficiente por la iniciativa privada¹¹. Por otra parte, se trata de actividades generalmente deficitarias, carentes de atractivo para la empresa privada. En el terreno económico, en la primera mitad del siglo XIX, la influencia del Liberalismo lleva a reducir la intervención de la Administración en este ámbito. Se quiere un Estado abstencionista¹² riguroso observador de la máxima acuñada en el país vecino *laissez faire, laissez passer*. La única intervención justificable se limita a garantizar dos aspectos que son considerados básicos por el Estado como son el respeto a la ley y el orden y la defensa nacional. La Administración no deberá intervenir ni en la sociedad ni en la economía y la única actividad administrativa permitida será la de policía y fomento. Aun así nos encontramos que los servicios esenciales para la sociedad como la enseñanza, sanidad, obras públicas y transporte ferroviario serán prestados por el Estado, aunque la técnica de prestación acorde con la ideología que sustenta este modelo será la concesión. El mecanismo regulador de este sistema es la libre competencia, por lo que nadie puede influir en los precios del mercado que serán fijados por la oferta y la demanda. A la vez que se eliminan monopolios y privilegios diversos para el ejercicio del comercio y se reconoce la libertad de empresa, se producen diversos procesos de desamortización y de privatización de fábricas reales y empresas públicas.

En una segunda etapa, mediados del siglo XIX, el Estado comienza a realizar obras públicas imprescindibles para la creación de otros servicios públicos - *canales, embalses, obras hidráulicas, puentes, ferrocarriles, telégrafo, producción y distribución de electricidad, servicio telefónico,...*- e incluso para el desarrollo de la economía privada y el progreso de la sociedad. Con frecuencia, el coste de estas infraestructuras no puede ser abordado por el ámbito privado y es asumido por el Estado. Como esta actuación de los entes públicos no es muy acorde con la ideología liberal, defensora de la no intervención del Estado en la actividad empresarial¹³, suele actuarse a través de un “*concesionario interpuesto*”, de manera tal que la Administración titular del servicio o de la obra pública,

¹¹Recuérdese que, por ejemplo, con la desamortización, la Iglesia pierde medios económicos para realizar estos cometidos. Estudia MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*, págs.727 y ss, que en nuestro país, desde mediados del siglo XVIII, se va sustituyendo la influencia y actividad de la Iglesia y de asociaciones y fundaciones que llevan a cabo actividades sociales por la acción del Estado.

¹² PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social" en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 3ª ed., 2012, pág.565.

¹³SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II,...*op.cit. pág.301 y ss.

delega la gestión y explotación económica a un sujeto privado, pero regula y controla la actividad del mismo puesto que el servicio se presta sobre propiedad pública¹⁴.

En una tercera etapa, cuyo inicio coincide con el fin del siglo XIX, la Administración Pública intensifica su participación en la actividad económica y se convierte en propietaria de empresas mercantiles - que gestiona directamente - y realiza actividades de producción y distribución de bienes y servicios. Se retorna a una mayor regulación y supervisión del mercado, sobre todo de aquellos sectores cuyo desarrollo pueda tener más interés estratégico¹⁵ -asegurar el desarrollo de nuevas tecnologías y permitir el acceso a todos los ciudadanos-. Se produce así un retroceso del liberalismo y un avance del nacionalismo económico. Esta mayor presencia pública en la vida económica responde a la concurrencia de diversas circunstancias. Durante el período bélico el Estado se hace cargo de empresas estratégicas para su funcionamiento y para el abastecimiento de la población, que quedan en sus manos tras terminar los conflictos. Así también, tras las guerras, resulta necesario que los Estados lleven a cabo políticas económicas de reconstrucción y reindustrialización y se crean empresas públicas con el fin de dinamizar el “*tejido industrial*” y crear puestos de trabajo, preferiblemente en las zonas más deprimidas, para mejorar el nivel de vida y eliminar desequilibrios territoriales. Además aparecen nuevas actividades (petróleo, teléfonos,...) que se van a prestar en régimen de monopolio y en cuyo capital van a querer participar los Estados. A estas razones cabe añadir las ideológicas, la influencia del socialismo que, por una parte propugna la creación de empresas públicas para garantizar el acceso a servicios básicos y, por otra defiende la nacionalización de empresas básicas, como medio, tras la Revolución Soviética, para lograr la propiedad pública de los medios de producción. La supervisión de la actividad económica y la asunción de estas actividades económicas e industriales precisa del incremento progresivo de la plantilla de empleados públicos – predominantemente laborales - y va a suponer la realización de “*actividades sustancialmente privadas, prestadas por entidades constituidas en forma privada (aunque de propiedad pública) que tenían que gestionarse con técnicas privadas y sobre todo debían regirse por el Derecho Privado*”¹⁶.-.

¹⁴ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*,pág.836.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*, 863 y1007.

¹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*,...op.cit.,pág.304-305.

2.2. Del Estado liberal de Derecho al Estado Social¹⁷

Desde finales de la *Segunda Guerra Mundial*, Europa occidental vive una próspera etapa de crecimiento económico. Comienza a justificarse en mayor medida la implicación del Estado para atender a las necesidades más vitales de la sociedad. Se hace necesaria su intervención en la vida económica para proporcionar bienes y servicios a los ciudadanos¹⁸. Tras los derechos civiles y los políticos, se reclaman ahora derechos sociales “*imprescindibles para proporcionar a la ciudadanía un mínimo de bienestar económico*”¹⁹.

Los Estados europeos se concientian de que la subsistencia del sistema capitalista y la prevención de crisis sociales²⁰, pasan por la conversión del Estado Liberal de Derecho a un Estado Social. El también denominado Estado de Bienestar²¹ - a cuyo afianzamiento

¹⁷La literatura sobre el Estado Social es muy vasta. A continuación, se ofrece una pequeña relación bibliográfica que se ha consultado: PALACIO MORENA, J.I. (Dir.): *La construcción del Estado Social*, CES, 2004; CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, 1996; RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991; RUBIO LARA, M^aJ.: *La formación del Estado social*, MTSS, 1991; COTARELO, R.: *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, 2^a ed., 1990.

¹⁸Para PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social" en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*,...op.cit., pág.568, "la abundancia y el optimismo facilitan las tareas de redistribución del Estado Social". Apunta a como se entiende ahora necesaria la intervención del Estado "como regulador del ciclo económico, corrigiendo los efectos negativos del libre mercado y asumiendo en consecuencia ciertas facultades intervencionistas, con un efecto final de redistribución de rentas en favor de los sectores sociales más débiles". Se siguen las teorías de Keynes según las cuales "las fuerzas del libre mercado dejadas a su propia lógica pueden provocar no sólo injusticias sociales, sino también efectos autodestructivos en forma de crisis periódicas, que deben ser controladas por el Estado. El intervencionismo...característica enfrentada al abstencionismo típico del modelo histórico liberal, y en el Estado Social se proyecta sobre dos ámbitos: el de la economía, fundamentalmente a través de políticas fiscales; y el de la sociedad, a través de políticas asistenciales y de bienestar."

¹⁹MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*, Thomson Civitas, 2004, pág. 1013 y 1014, apunta que las prestaciones se generalizan a todos los ciudadanos, durante el siglo XIX aún mantenían un amplio componente discrecional.

²⁰Vid, por otros, PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit., pág.75, estudian como el Estado Social, cuyo germen puede situarse ya a mediados del siglo XIX, intenta atenuar los efectos sociales de la industrialización y el liberalismo económico y busca procurar un "efecto integrador y pacificador". Las primeras medidas adoptadas tienen que ver con la atención de las necesidades sociales más graves y urgentes- ej.atención enfermedad, accidentes, vejez,...- para después intervenir en la vida social y económica, tratando de eliminar desigualdades sociales, e incluso buscando el bienestar social. A juicio de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado Social*, Marcial Pons, 2007, pág.21, "el Estado social supone una respuesta histórica a la denominada cuestión social y representó la asunción por el Estado moderno de reivindicaciones del movimiento social". PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social",...op.cit.,pág.567, recuerda que, a diferencia de la etapa previa liberal, en el plano social se caracteriza esta etapa por el espíritu de negociación y la dinámica de pacto social entre empresarios y trabajadores lo que posibilita la paz social.

²¹También denominado de *Welfare State* en el ámbito anglosajón o de *État Providence*, en Francia. Mayoritariamente la doctrina utiliza indistintamente el término Estado Social o Estado de Bienestar. Para PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social",... op.cit.,pág.573, el Estado de Bienestar es "una concreción simplificada del concepto de Estado Social, haciendo referencia al desarrollo de las funciones no sólo de asistencia sino de promoción del bienestar social en favor de los sectores sociales más necesitados, a través de políticas públicas y programas de intervención. Estas políticas intervencionistas se fundamentan a su

contribuyeron de manera relevante las aportaciones de BISMARCK, BEVERIDGE y KEYNES²², entre otros - será, a partir de entonces, uno de los rasgos que mejor define la civilización occidental desde el último tercio del siglo XX²³.

Aunque el origen de la expresión *Estado Social de Derecho* se sitúa en el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, corresponde a HELLER²⁴, a la vista de la situación de Alemania en la década de 1930, señalar la necesidad de dotar al Estado de Derecho de “*contenido económico y social como única vía para hacerlo capaz de superar el foso entre realidad social y sistema político formal, y corregir las desigualdades y disfuncionalidades insostenibles generadas por el mecanismo capitalista dejado a su libre albedrío*”²⁵. La primera Constitución que lo acoge es la *Ley Fundamental de Bonn* y, a pesar del éxito de la expresión, son pocas las que la han incorporado expresamente a su articulado²⁶, entre ellas nuestra Carta Magna de 1978. Tanto a nivel interno como internacional los Estados se comprometen con el bienestar de sus ciudadanos y con los derechos económicos y sociales²⁷.

El Estado Social sigue siendo de Derecho - lo que significa que se garantizan los derechos del ciudadano frente a los poderes públicos y en sus relaciones con otros ciudadanos -, pero da un paso adelante y llega a comprometerse con la consecución del bienestar de la sociedad, especialmente el de aquellos sujetos más desfavorecidos²⁸. Se ha escrito mucho sobre la *tensión* entre el Estado de Derecho - en principio, abstencionista, que reconoce la libertad y la igualdad formal - y el Estado Social - Estado interventor a quien compete hacer realidad esa libertad e igualdad reconocidas

vez en la existencia de derechos sociales o principios rectores del intervencionismo público, recogidos en el bloque declarativo de los textos constitucionales”.

²² Por otros vid, SOTELO, I.: *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010, pág.205 y ss.

²³ Recuerda PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 12ª ed., 2010, pág.145, que “*todos los estados industrializados son hoy Estados sociales, con sistemas desarrollados de previsión social, enseñanza pública generalizada, intervención importante en el mundo de la economía,...*”

²⁴ A mayor abundamiento vid CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*, CES, 2000, pág. 50 y ss

²⁵ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo,...*,op.cit.,pág. 14.

²⁶ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional,...*op.cit.,pág.145.

²⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.,pág. 1020*. Así, por ejemplo, se recoge en Carta Social Europea 1961, Tratado de Maastricht 1992 -modificación del art.2 TCE "*misiones de la Comunidad un alto nivel de empleo y protección social, elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros*"- art. 136 Tratado de Amsterdam, Protocolo XIV, Acuerdo sobre Política Social, Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (art.31, 34,...)

²⁸Para PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit., pág.569, se trata de superar el individualismo propio del modelo liberal.

jurídicamente-, pero lo cierto es que ambos modelos de Estado se complementan. El Estado Social se construye sobre la base del Estado de Derecho - legitimación democrática del poder y sujeción del Estado al Derecho - pero ahora el Estado se pone al servicio de la sociedad y se responsabiliza de su bienestar²⁹. El Estado Social interviene “en las posiciones jurídicas de los fácticamente más favorecidos para que sea posible realizar el fin estatal de conseguir más igualdad y justicia social”³⁰. El Estado, además, si quiere ser verdaderamente democrático, ineludiblemente, ha de ser un Estado Social y “tiene que atender y dar respuesta a las demandas de todos los sectores de la sociedad y no exclusivamente a las de una parte de la misma...”³¹ Y es que a la sociedad ya no le basta con la igualdad formal y exige igualdad real - material o sustantiva - por lo que se hacen precisas medidas “de reformas sociales, acción positiva estatal” ya que se considera que el Estado debe corregir y superar las disfuncionalidades del mercado - que por sí solas no se corregirán-.

Al mismo tiempo, por otra parte, “el acelerado progreso científico y tecnológico, conducente de la sociedad industrial a la postindustrial, de la sociedad de la producción a la sociedad de los servicios, la información y la comunicación, determina una progresiva complejidad de la vida social y una creciente dependencia del individuo (aspectos más básicos y elementales de su subsistencia) de la entera sociedad (menesterosidad social del hombre actual)”³². El Estado debe atender “la procura existencial”³³ de sus ciudadanos y asegurarles un mínimo indispensable para su subsistencia, sólo así la igualdad será real y podrá hablarse de justicia social. Debe ser un Estado redistribuidor, proporcionar

²⁹ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit.,pág.14

³⁰ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado Social*,...op.cit.,pág.19. En el mismo sentido ROLLA, G.: "La Administración en el Estado Democrático de Derecho", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 17, 2002, pág.12, "si los textos constitucionales del Estado liberal de Derecho presuponian una sociedad basada en ciudadanos considerados iguales y regulaban instituciones dirigidas a asegurar la libertad de los individuos, el constitucionalismo del Estado Social pasa de una concepción ideal a una visión social de la persona humana: los ciudadanos se convierten en... personas concretas, pertenecientes a una sociedad ya no homogénea, atravesada por profundas diferencias y desigualdades....las discriminaciones reales existentes en la sociedad comprometen a los poderes públicos a intervenir para remover los obstáculos que impidan la efectiva igualdad entre las personas, dotando de una base constitucional a las políticas sociales y a las acciones positivas..."

³¹ PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*,...op.cit., pág.149.

³² PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit.,, pág.12 .

³³ La define PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit., pág.13, como "el aseguramiento y distribución de bienes fundamentales, del ámbito vital imprescindible pero fuera de la disposición y de las posibilidades de los individuos aislados". Puede consultarse asimismo CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en...op.cit.*, pág. 58 y ss.

prestaciones sociales imprescindibles para la vida en sociedad, prestaciones sociales consideradas irreversibles y en crecimiento. La consecución de la igualdad y justicia reales, lo que pasa por la redistribución de rentas, pasan a ser un objetivo del Estado³⁴.

La realización del Estado Social requiere de la actuación de las Administraciones Públicas interviniendo y atendiendo a las necesidades sociales de los ciudadanos. Es necesaria una intensa actividad administrativa para garantizar el efectivo disfrute de los derechos sociales³⁵. Pero eso supone un engrosamiento de las funciones que se le encomiendan, que supera con mucho las que tenía encomendadas por el Estado liberal de mínima intervención. A las funciones de defensa, seguridad, se añaden responsabilidades más complejas como los servicios públicos y las prestaciones sociales esenciales que ha de proporcionar a los ciudadanos, entre otras prestaciones, educación, sanidad, asistencia social y Seguridad Social³⁶.

Las Administraciones Públicas, que van a encontrar la principal justificación de su existencia en la atención a las necesidades de sus ciudadanos, crecen aún más por lo que el PIB de los Estados destinado a la financiación de las mismas alcanza significativos niveles³⁷. Consecuencia de la anterior, es que de nuevo se hacen imprescindibles “transformaciones en la propia estructura organizativa de la Administración”³⁸ y el número de personas que prestan servicios para la misma experimenta un importante crecimiento. El tamaño adquirido por el aparato administrativo, necesario para materializar el compromiso asumido con el bienestar de la sociedad creciente en calidad y cantidad, obliga a buscar nuevas fórmulas de gestión de la actividad prestacional de la

³⁴ Como explica NIÑO BECERRA, S.: *Más allá del Crash*, Debolsillo, 2012, pág.30, es “un sistema redistributivo a través de la política fiscal que supone utilizar el gasto público del gobierno nacional y de los gobiernos regionales y locales, con orientaciones concretas dirigidas a las personas, y que financia, fundamentalmente, educación, sanidad, pensiones de jubilación, becas y subvenciones variadas. Este modelo de Estado se sustenta en el consumo y el pleno empleo de todos los factores productivos y con la participación directa de los Estados; el modelo de protección social forma parte esencial del Estado de Bienestar y permite explicar el protagonismo que ha tenido durante décadas la clase media”.

³⁵ ROLLA, G.: “La Administración en el Estado...op.cit.,pág.13.

³⁶ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...* op.cit, pág.13 y 20, destacan la conversión del Estado legislador o meramente regulador en un Estado gestor, de cuya constante acción directiva, redistribuidora y prestacional precisa la sociedad para su buen funcionamiento.

³⁷ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...* op.cit., pág.1009.

³⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de Empleo Público*, Comares, 2010, pág.3.

que es responsable, para tratar de ser más eficaz y eficiente y ofrecer unos servicios públicos de calidad, llegando incluso a servirse de métodos propios del ámbito privado³⁹.

Llega un momento en que se hace palpable un cambio en el Estado Social. Se observa como el Estado cede terreno en materia de intervencionismo administrativo y, simultáneamente, lo gana en el reforzamiento de las tareas sociales o de bienestar. Sin embargo, la carrera imparable del Estado Social, concentrado en la consecución de un mayor bienestar social, se ve frenada por la realidad económica: los ingresos públicos disponibles para su mantenimiento no crecen al mismo ritmo que sus gastos⁴⁰.

2.3. Crisis del Estado Social

Durante el tramo final del siglo XX va generalizándose la idea de que el Estado de Bienestar no es sostenible y de que no es un gestor eficiente. En lo económico se experimenta un retorno de la actividad empresarial del Estado a la liberalización y privatización de empresas públicas. Se dice que el modelo de Estado Social está en crisis y que se está en tránsito hacia un nuevo modelo aún por definir.

Se piensa que el modelo está agotado por diferentes causas: la globalización de la economía impide el control de la misma por el Estado; el incremento de gastos sociales y asistenciales que conlleva el envejecimiento de la población; la reestructuración de los sectores productivos como resultado de la aplicación de las nuevas tecnologías y el surgimiento de nuevas formas de organización del trabajo,... llega así un momento en que el Estado deja de atender a las infinitas expectativas y demandas de la población y se produce deslegitimación del orden político⁴¹.

Como explican los manuales de Historia Económica, a partir de 1973 se suceden las crisis económicas en el mundo desarrollado. La elevación de las tasas de inflación, en un principio motivadas por la subida del precio de los productos petrolíferos, provoca un incremento del desempleo y la introducción por parte de los Estados de estabilizadores automáticos, por ejemplo, a través de prestaciones por desempleo para tratar de atender a las necesidades ciudadanas básicas y conseguir la contención social. Consecuentemente

³⁹ Reconoce MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*,pág. 1014 que "muchas obligaciones de prestación se trasladan en un marco regulado y de vigilancia pública a organizaciones sociales y a empresas privadas - pero los derechos exigibles no desaparecen ni las obligaciones de Administraciones Públicas quedan dispensadas."

⁴⁰ PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit.", pág.575

⁴¹ GÓMEZ BAHILLO, C.: "Reflexiones sobre el Estado de Bienestar", *Proyecto Social*, nº 6, 1998, pág.108.

se llega a una situación de mayor gasto público acompañada por una drástica reducción de los ingresos del Estado vía impuestos, que conduce a una crisis fiscal y a un elevado déficit público.

Para salir de esta situación, tratando de contener y minorar el gasto público⁴², las medidas económicas que adoptan los gobiernos pasan, básicamente, por la reducción de los derechos sociales y prestaciones públicas - precisamente cuando mayores son las necesidades sociales - y por la privatización del sector público⁴³. Se opta por sustituir las anteriores políticas fiscales expansionistas, por políticas de estabilización presupuestaria para retornar al equilibrio fiscal. Sin dejar de estar presentes en lo más profundo del Estado Social, la sociedad se replantea a la baja la realización de los principios de solidaridad y justicia. Sin embargo, pese a lo delicado de la situación, no se renuncia a la defensa de las políticas de bienestar y del reconocimiento de los derechos económicos y sociales⁴⁴ porque la constitucionalización del Estado Social se convierte en una garantía frente a los ataques procedentes de sectores afines al neoliberalismo⁴⁵.

La creencia en el progreso infinito que las nuevas tecnologías y los avances científicos iban a deparar y que iban a permitir un consumo ilimitado, y la simultánea convicción de que el Estado Social iba a procurar un bienestar cada vez mayor a la ciudadanía se tambalean cuando los recursos públicos escasean. Se recela de lo público para dirigir y controlar los procesos económico sociales. La crisis del Estado Social lleva a que éste deje de ser concebido idealmente como aquella "*institución cultural garante del proceso racional hacia la integración social justa, la sociedad en paz y justicia, incluso universal*". Se hace necesario reconsiderar o racionalizar el tamaño y contenido del hipertrofiado Estado de Bienestar: con recursos escasos y presupuestos públicos limitados es obligado priorizar gastos⁴⁶ y posponer atenciones más superfluas.

Se reclama la reducción de la Administración, del gasto social y, por tanto, una marcha atrás de los logros del Estado de Bienestar. Se considera que las Administraciones

⁴²Vid PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos" en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.1952.

⁴³ CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura de la Administración prestadora de servicios públicos" en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 pág.1992

⁴⁴ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*,pág.1020.

⁴⁵ PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit.", pág.576.

⁴⁶ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*op.cit.,págs.76 y 78.

Públicas no gestionan los recursos de manera eficiente⁴⁷ y, aunque la obligación de proporcionar prestaciones siga siendo responsabilidad de la Administración Pública, cada vez en mayor medida, tanto empresas privadas como entidades sin ánimo de lucro (*Tercer Sector*) van a completar o sustituir a la acción pública⁴⁸. Se cree que estos entes privados pueden evitar la lentitud, el burocratismo y la formalidad que vienen caracterizando la actuación de las Administraciones Públicas y, por el contrario, permiten introducir eficacia y eficiencia. La integración en la Unión Europea supone adoptar de nuevo un modelo de limitación de la intervención del Estado en la economía: liberalización económica y fomento de la libre competencia -la actuación de las Administraciones ha de contentarse con regular los mercados y ordenar la competencia-; se producen privatizaciones, que proporcionan ingresos a las maltrechas arcas públicas⁴⁹. No obstante, la existencia del Estado Social se concibe como uno de los grandes logros de la civilización europea contemporánea, una conquista irrenunciable de la sociedad, por lo que se propone la introducción de medidas que permitan mejorar su funcionamiento y asegurar su sostenibilidad⁵⁰.

3. La cláusula “Estado Social” y su significación respecto de las prestaciones públicas.

3.1. El Estado Social en la Constitución de 1978.

Nuestro país se proclama expresamente un Estado Social y Democrático de Derecho (art.1.1 CE). Básicamente, ello significa que España pretende ser un Estado de Bienestar, que escoge como fórmula de gobierno el sistema democrático y que sus poderes públicos se someten a la legalidad vigente. Este Estado Social y Democrático de

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, 2ª ed., 2009, pág.68, nos recuerda que las Administraciones Públicas han sido vistas como organizaciones poco eficaces y con un consumo de recursos "desproporcionado con los resultados efectivos de su actividad, sobre todo comparadas con la conducta de las empresas privadas".

⁴⁸ Apunta MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*, págs.1036 y 1042, como se reduce " la gestión directa de los servicios y se va a convocar a las organizaciones privadas para que cooperen con las Administraciones Públicas". La pertenencia al "mercado interior europeo exige una uniformización de la regulación de los sectores implicados y la estimulación de la competitividad - exigencias que chocaron contra las restricciones nacionales a la libertad de empresa, los monopolios y las posiciones equilibradas en los mercados".

⁴⁹ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*op.cit,pág.406, advierten de que la normativa comunitaria prohíbe la existencia de empresas públicas por contravenir el principio de libre competencia, salvo limitadas excepciones - empresas encargadas de servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio fiscal, justamente en consideración a la misión específica a ellas confiada...-

⁵⁰ PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit.,pág.576.

Derecho propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Una lectura conjunta del art.1.1 CE y el art.9.2 CE - que dispone que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”-, lleva a concluir que el Estado no puede mantenerse al margen del orden social porque el propio texto constitucional le está encomendando “actuar positivamente para igualar progresivamente todas las clases sociales y mejorar sus condiciones de vida”. Lejos del Estado Liberal cuya finalidad es “corregir las disfunciones más graves del mercado y de la sociedad civil”⁵¹, el Estado Social del art.1.1 CE no quiere ser un estado neutral sino que adquiere la obligación de involucrarse en la consecución del bienestar de todos los ciudadanos y de hacerse responsable universal de sus condiciones de vida⁵²; responsable de promover la igualdad material y garantizar a los ciudadanos un nivel digno de vida⁵³. Y es que “...significa la asunción por el Estado de nuevas áreas, que no sustituyen a las antiguas sino que viene a complementarlas. Y estas nuevas tareas son las relativas a procurar una mayor igualdad social y, por ello a proteger a los sectores sociales más desfavorecidos...”⁵⁴. Los elementos que integran la cláusula del Estado Social del art.1.1 CE pueden sintetizarse en “a)la ayuda al individuo en la necesidad y la pobreza y la responsabilidad estatal con respecto a un mínimo existencial adecuado a la dignidad de la persona; b)más igualdad mediante la superación de las diferencias sociales y el control sobre las relaciones de dependencia; c)seguridad social frente a los riesgos y contingencias vitales; d)responsabilidad estatal de contribuir a la creación de una situación económica que permita la participación de todos en el bienestar...”⁵⁵

Los mandatos a los poderes públicos del art.9.2 CE, en un Estado como el descrito en el art.1.1 CE, no pueden quedar en meras declaraciones programáticas⁵⁶, sino que

⁵¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*,...op.cit., pág.66.

⁵² PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa..."op.cit.,pág.1949.

⁵³ En PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit, pág.75.

⁵⁴ ARAGÓN REYES, M., en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009, pág.34.

⁵⁵ RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado*...op.cit.,pág.23.

⁵⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*,...op.cit.,pág.68.

deben efectivamente realizarse. Es por ello que no se está hablando simplemente de igualdad formal – que podría corresponder a un Estado de Derecho -, el Estado Social exige que la igualdad sea real –. La igualdad que el art. 1.1 CE proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, junto con la recogida en el art. 9.2 CE, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos sea real y efectiva⁵⁷.

Y ello significa, como ha indicado el Tribunal Constitucional, que corresponde a éstos la acción de favorecimiento “en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”⁵⁸. Dicho de otro modo, el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello se complementa la vertiente negativa de prohibición de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento o de fomento de esa igualdad material⁵⁹. La consecución de la igualdad, uno de los fines del Estado Social, ha de llevar incluso a atemperar situaciones claramente privilegiadas. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como Social y Democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra CE y que trasciende a todo el orden jurídico⁶⁰.

El art.1.1 CE recoge expresamente la cláusula de Estado Social dentro de su Título Preliminar. No obstante, también se advierte su presencia en el Preámbulo de la CE - cuando se refiere al establecimiento de la justicia, la libertad, la promoción de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida,...- y en muchos otros preceptos constitucionales⁶¹ como aquellos destinatarios de valores superiores - igualdad, libertad, justicia y pluralismo político (art.1.1 CE); solidaridad entre regiones (art.2 CE); libertad e igualdad reales del individuo y de los grupos en que se integra del art.9.2 CE; dignidad

⁵⁷ STC 216/1991, de 14 de noviembre.

⁵⁸ Por otras, vid SSTC 216/1991, de 14 de noviembre y 12/2008, de 29 de enero.

⁵⁹ Vid STC 12/2008 de 29 de enero FJ 4. Para ARAGÓN REYES, M., en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución...op.cit.*, pág.34, le corresponde adoptar las oportunas medidas de fomento para que la igualdad de los ciudadanos sea real, por lo que la acción de las Administraciones debe encaminarse a la reducción de la desigualdad social.

⁶⁰ SSTC 100/1990, de 30 de mayo; 23/1984 de 20 de febrero.

⁶¹ PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit.,pág.579.

de la persona⁶², derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 CE) o principio de igualdad y no discriminación (art.14 CE),...-.

Los fines del Estado Social aparecen diseminados a lo largo del texto constitucional - establecimiento de un sistema tributario justo y progresivo (art.31.1 CE); asignación equitativa del gasto público (art.31.2 CE); progreso social y económico y distribución equitativa de la renta regional y personal (art.40.1 CE); participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos (art.47 CE); equiparación del nivel de vida de todos los españoles (art.130.1 CE); atención a las necesidades colectivas y procurar una justa distribución de la renta y la riqueza (art.131.1 CE) - y entre los principios rectores de la política social económica (Capítulo III Título I CE).

Buena parte de los denominados derechos sociales y de bienestar - como los derechos a la educación (art.27.1 CE); a la huelga (art.28.2 CE); a la propiedad privada (art.33.1 CE); a la negociación colectiva (art.37.1 CE); a la protección de la salud (art.43 CE); al medio ambiente (art.45 CE); a la vivienda (art.47 CE);... - son derechos prestacionales y carecen de eficacia vinculante inmediata por lo que necesitan de la intervención de los poderes públicos para su disfrute efectivo por los ciudadanos - de la acción del legislador que ha de concretarlos, y del Ejecutivo y de la Administración Pública quienes asumen la responsabilidad de crear los servicios y disponer las condiciones materiales para el goce de las prestaciones⁶³-. Y es que, a diferencia de los derechos fundamentales, los derechos económicos y sociales no pueden ser exigidos directamente ya que necesitan desarrollo legal previo del precepto constitucional que los contiene, que defina y delimite su contenido⁶⁴, antes de su ejercicio efectivo por los ciudadanos. En el mismo sentido CARMONA recuerda que *“los derechos de libertad son perfectos y actuables y el Estado los respeta y satisface sin esfuerzo ni gastos, puesto que para satisfacerlos y respetarlos las autoridades públicas no deben hacer otra cosa que*

⁶²Para COSSÍO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, la dignidad de la persona es el fundamento del orden político.

⁶³PORRAS NADALES, A.: "El Estado Social...op.cit.,pág.580, apunta a que normalmente contienen obligaciones de hacer para el Estado. Otros, por ejemplo en el derecho de huelga, el Estado debe abstenerse de hacer. Al contrario que los derechos individuales y libertades públicas que normalmente necesitan "espacios de libertad" y la no actuación o intervención de los poderes públicos. Asimismo, CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en...op.cit.,pág.159.*

⁶⁴ Entre ellos CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura...op.cit., pág.1997.

*mantener una posición de no intervención y de inercia; sin embargo los derechos de prestación, implican una obligación positiva de hacer o de dar, y le plantean al Estado una serie de exigencias prácticas para su satisfacción que no pueden ser atendidas sino disponiendo de medios materiales suficientes. La realización de estos derechos requiere de una determinada estructura y organización económico social...”*⁶⁵

Generalmente estos derechos de prestación ni tienen el mismo nivel de eficacia ni la misma protección que los derechos y libertades fundamentales y dependen de “*la configuración que hacen de los mismos las leyes a las que la Constitución remite*”. Corresponde al legislador definir el marco del ejercicio y disfrute de cada uno de estos derechos sociales, marco que puede ser complementado, a nivel reglamentario, por la Administración a quien compete “*la titularidad de la tarea de ejecución de las disposiciones normativas y de la gestión de los servicios que se establecen en aplicación de las mismas*”⁶⁶. No existiendo más derechos que los que en cada momento deriven del ordenamiento jurídico⁶⁷ y no puede hablarse de derechos subjetivos a tales prestaciones en estricto sentido constitucional, siendo una cuestión remitida por completo al legislador ordinario, existiendo tan sólo un régimen legal mediante el cual se pueden perseguir efectos redistributivos⁶⁸. Al legislador corresponde proveer el mandato constitucional, pero la técnica a seguir, la determinación de la oportunidad y la afectación al ordenamiento vigente en cada materia pertenece al ámbito de decisión del ejecutivo, evitando en todo caso la arbitrariedad. Aunque, en consecuencia, no podrán ser exigidos ante los Tribunales antes de su concreción en las leyes que los regulan, la lectura del art. 53.3 CE impide considerar a dichos principios como normas vacías de contenido, obligando a tenerlos presentes en la interpretación de las restantes normas constitucionales y de las Leyes⁶⁹. Por ello habrá que dotar a los poderes públicos de los medios para hacer posibles esos derechos - “*promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa* (art. 40.1 CE)”⁷⁰-.

Por otra parte, pese a que siempre se ha confiado en el desarrollo imparable del Estado Social en cuanto proveedor de prestaciones sociales, y hay quienes defienden la

⁶⁵ CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social...op.cit.*,pág.159.

⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo....op.cit.*,pág. 1036

⁶⁷ STC 97/1990 de 24 de mayo.

⁶⁸ STC 86/1985, de 10 de julio.

⁶⁹ STC 19/1982 de 5 de mayo.

⁷⁰ STC 97/1990 de 24 de mayo.

irreversibilidad de los derechos sociales⁷¹, la mayor parte de la doctrina considera que no es defendible que el Estado se encuentre obligado jurídicamente a mantener la cantidad y calidad de las prestaciones, si la situación económica no lo permite. En esta línea se encuentran PAREJO y otros⁷², que califican al deber de realización del Estado Social (art.9.2 CE) como “*jurídicamente imperfecto*”, dependiente de opciones políticas, de la coyuntura histórica, social y jurídica y “...*además ha de ser efectivamente realizable, por sostenible y soportable por el sistema económico y social*”. Aclaran que el mandato constitucional exige de los poderes públicos “*la permanente y positiva inspiración de su acción en el valor superior de la justicia (entendida como libertad en el contexto de la mayor igualdad, reales y efectivas ambas), en modo alguno la constante y continuada mejora de las conquistas históricamente alcanzadas en cada momento...*”⁷³

De la misma manera el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que, en materia de derechos sociales, nos encontramos ante un régimen legal que puede ser modificado en cualquier momento por el legislador, por lo que no existen más derechos de los que, en cada momento, deriven del ordenamiento jurídico con el límite del respeto al principio de igualdad y a la CE. Además, no puede “*prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento*” ni “*olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales*”⁷⁴ debiendo atender a las exigencias derivadas del control del gasto público⁷⁵. Como también ha indicado el intérprete de la Carta Magna sobre el alcance del art. 9.3 CE, aunque el principio de irretroactividad ha de interpretarse de modo estricto no ha de llegarse a su identificación con el inmovilismo jurídico, puesto que podrán existir circunstancias, incluso de índole económica, debida y razonadamente tratadas que postulan una innovación en las situaciones jurídicas ponderando, por otra parte, de manera también razonable, la tensión o contrapeso entre derechos de los particulares e interés general al que trascienden los efectos de aquéllas⁷⁶. Se trata de objetivos de la acción legislativa, pero no se puede

⁷¹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*,pág.1023, cita entre estos autores a HESSE. Como ejemplo de la postura mayoritaria, por muchos otros, CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura...op.cit.", pág.1999, reconoce que el Estado Social depende "*no en su posibilidad jurídica pero sí en su posibilidad fáctica del bienestar de la sociedad, concretamente del PIB*".

⁷² PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*op.cit.,pág.91.

⁷³ Sostiene la misma opinión CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura...op.cit.", pág.2006.

⁷⁴ SSTC 134/1987; 97/1990 de 24 de mayo.

⁷⁵ STC 100/1990, de 30 de mayo.

⁷⁶ Entre otras, vid STC 97/1990, de 24 de mayo.

olvidar que las medidas económicas que en cada momento existen para alcanzarlos son limitadas y que corresponde al legislador determinar su aplicación⁷⁷.

El contenido exacto de estos derechos prestacionales, actuaciones específicas para materializar la igualdad real del art.9.2 CE que deben llevar a cabo los poderes públicos, es variable y habrá de depender del contexto histórico, cultural y social y estará condicionado por las limitaciones presupuestarias de cada coyuntura. Y este carácter dinámico “*entra en contradicción con la necesaria concreción interna que define a las normas jurídicas...estos derechos no son susceptibles de una definición precisa, sino que pueden ser tan cambiantes y dependientes del momento histórico y social como lo son las necesidades humanas que ellos satisfacen...*”⁷⁸

Cuestión distinta sería la existencia de una norma que redujese significativamente o suprimiese derechos sociales. A priori podría calificarse de contraria a los art.1.1 y 9.2 CE, aunque en todo caso habría de valorarse si “*es inevitable por la implantación de una política económica nueva que no permite el mantenimiento de las prestaciones anteriores...*”⁷⁹. PAREJO apunta a que no serían conformes a la CE las normas que supusieran una “*supresión drástica de derechos sociales ya reconocidos*”, pero hay que diferenciar este tipo de supuestos de las modificaciones normativas que afecten al contenido y calidad de los derechos sociales con origen en “*exigencias de la coyuntura económica y presupuestaria*”⁸⁰.

Para el Tribunal Constitucional, la situación económica e intereses generales pueden conducir al legislador a adoptar decisiones restrictivas de los derechos sociales ya que, “*...los derechos económicos y sociales, no generan prerrogativas en favor de los particulares ni obligaciones directas para el Estado*”⁸¹. La dotación de medios a la Administración, para el cumplimiento de los fines del Estado Social, es responsabilidad del Gobierno y éste se halla vinculado por las limitaciones presupuestarias del gasto público, que corresponde fijar a las Cortes Generales⁸².

⁷⁷ STC 100/1990, de 30 de mayo.

⁷⁸ CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la...op.cit.*,pág.152.

⁷⁹ MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo...op.cit.*,pág.1031.

⁸⁰ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*op.cit.,pág.92.

⁸¹ SSTC 97/1990, de 24 de mayo y 100/1990, de 30 de mayo.

⁸² STC 45/1990, de 15 de marzo.

A pesar de las limitaciones presupuestarias y los recursos escasos, la vigencia del Estado Social es algo indiscutible que sólo podría hacerse desaparecer con la reforma constitucional a través del art.168 CE⁸³. En cumplimiento de la CE, el legislador siempre tendrá que *“sostener una política social efectiva que salvaguarde los valores del Estado social, en que la CE se inspira, como son los de solidaridad y justicia, mediante un sistema de prestaciones sociales eficaz. La cuestión se centra en la determinación de esos mínimos imprescindibles de las prestaciones sociales...”*⁸⁴

3.2. El Estado Social se hace efectivo a través de la actuación de las Administraciones Públicas.

Poder legislativo y Gobierno son los responsables directos de dar cumplimiento a estos mandatos constitucionales de construcción del Estado Social- una vez determinada la calidad/cantidad de los mismos, conforme al programa político del gobierno de turno - mientras que corresponde a la Administración Pública su ejecución. Las Administraciones Públicas, mediante técnicas administrativas de fomento, policía sanción, prestación,... sirven a los intereses generales y proporcionan servicios públicos.

El Estado Social debe proveer a la Administración Pública de los medios necesarios para que ésta pueda cumplir con la función que constitucionalmente se le encomienda *“la satisfacción de las exigencias de los ciudadanos. Sólo de esta forma la acción administrativa puede convertirse en una función necesaria para ampliar la promoción de la persona humana y conseguir aquellas finalidades civiles, sociales, políticas y económicas que representan los valores superiores de los distintos ordenamientos constitucionales...”*⁸⁵

España no es ajena a la evolución del Estado Social si bien, cabe destacar, como peculiaridad, el retraso con el que se va instaurando en nuestro país, debido al período de transición a la democracia y a nuestro Estado descentralizado. Nuestro modelo territorial descentralizado confiere distintas competencias prestacionales, además de a la Administración estatal, a las autonómicas y a las locales. Con el propósito de estar más cerca de las necesidades reales de los ciudadanos y de acercarles los servicios públicos esenciales, las Administraciones Públicas en cumplimiento de los mandatos

⁸³ CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009, pág.34.

⁸⁴ CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura...op.cit, pág.2008.

⁸⁵ ROLLA, G.: "La Administración en el Estado...op.cit, pág.10.

constitucionales se desarrollan, creando muchas veces complejos organigramas - y no siempre en respuesta a estos nobles fines-, multiplicando su producción normativa y llegando a la calificada de hipertrofia administrativa.

El Estado Social es un concepto dinámico, primero, porque el objetivo de alcanzar el bienestar social de los ciudadanos, a través de la libertad e igualdad reales, es una meta en continua mejora y expansión - aunque no pueda defenderse, como se vio, que sus conquistas sean irreversibles - y, asimismo, porque en la realización del Estado Social, cuyo contenido concreta y delimita la ley, hay que contar con los recursos disponibles de las Administraciones Públicas, también delimitados por normas legales. Pues bien, si a la Administración compete hacer efectiva toda la actividad prestacional del Estado y para ello dispone de recursos limitados e incluso escasos, habrá de dotársele de las herramientas precisas para que pueda ir adaptándose a las circunstancias y necesidades de cada momento histórico, social,... Necesitará contar con fórmulas que salvaguardando las características, prerrogativas y especificidades de la Administración Pública como sujeto - dotado de imperium y destinado a la satisfacción del interés general - le permitan flexibilidad en su actividad. La intervención de la Administración Pública en un Estado como el Social, obliga a dotarla de medios para poder cumplir con éxito su misión y necesita poder disponer de estos medios con flexibilidad para lograr adaptabilidad en las nuevas coyunturas económicas y sociales.

Como se ha dicho ya, gran parte de libertades y derechos que recogen los preceptos constitucionales, necesitan de la actuación de la Administración Pública para poder ser efectivamente disfrutados. A través de sus recursos materiales, humanos y económico financieros, a ésta corresponde ser el artífice de la materialización del Estado Social. En garantía de los derechos de los ciudadanos, la CE somete a unos límites la actuación prestacional de la Administración Pública, por lo que este servicio objetivo al interés general ha de responder, entre otros, al principio de eficacia. La Administración Pública debe actuar conforme al Derecho Administrativo, pero se culpa a esta rama del ordenamiento jurídico de lentitud, de falta de agilidad, burocratización, procedimentalización,... El ciudadano exige a la Administración que sea su protectora y aseguradora universal, a la vez que la acusa de ineficiencia y de haber alcanzado dimensiones mastodónticas en un contexto sacudido por escenarios económicos adversos. Por eso, desde hace ya algún tiempo, la Administración ensaya el uso de fórmulas de gestión típicas de la empresa privada, se dice, para proporcionar eficiencia sin renunciar

a la calidad prestacional. Con mayor intensidad se reclama la dotación a la Administración Pública de elementos que le proporcionen la suficiente flexibilidad para modular su organización al cumplimiento de las exigencias constitucionales⁸⁶.

4. Aproximación al concepto de eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas.

La Administración Pública ha de servir con objetividad los intereses generales y las necesidades de los ciudadanos. Las exigencias sociales a las que deben responder las Administraciones Públicas cada vez son más complejas. El ciudadano, antes simple administrado, es ahora un sujeto activo que demanda servicios públicos de calidad. En la realización de este servicio a los intereses generales, la Administración ha de actuar conforme los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art.103.1 CE).

La eficacia es acción conforme a unos objetivos y orientada a un fin que concluye con éxito. Acción que precisa de recursos para ser llevada a cabo. Como los recursos son escasos, la actuación de las Administraciones ha de regirse por los principios de eficacia, pero, al mismo tiempo, va a exigírseles eficiencia – se añade a este tándem la exigencia sostenibilidad-. En los distintos países, la mejora de la gestión de los servicios públicos y la modernización de las Administraciones Públicas han llevado a la preocupación porque el gasto público sea eficiente. Los conceptos de eficacia y eficiencia, conceptos estrechamente entrelazados, han sido objeto de estudio detallado por distintas ciencias⁸⁷.

⁸⁶ ROLLA, G.: "La Administración en el Estado...op.cit. pág.24. Denuncia DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, 2006, pág.141, que la eficacia se utiliza como excusa para justificar decisiones reorganizativas, introducir técnicas de gestión y planificación de los recursos humanos o argumentar en favor de la gestión privada de algún servicio público.

⁸⁷ La Economía relaciona la eficacia con el cumplimiento de los objetivos propuestos - "es el grado en que se alcanzan los objetivos o la actuación para cumplir tales objetivos" vid PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ministerio para las Administraciones Públicas, BOE, 1995, pág.94 -; mientras que la eficiencia se identifica con el máximo aprovechamiento de unos recursos dados en orden a conseguir una finalidad o unos objetivos específicos. ALBI IBAÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I*, Ariel, 3ª ed., 2009, pág.52 definen desde un punto de vista económico a la eficiencia como "el mejor uso posible de los recursos limitados de los agentes económicos. Un sistema económico es eficiente si no desperdicia recursos, haciendo máximo el bienestar de los individuos...en el que no es posible reasignar los recursos existentes de tal forma que algún(os) individuo (s) mejore(n) sin que otro (u otros) empeore(n). A una asignación eficiente se la denomina también Pareto eficiente u óptimo de Pareto). Para SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D.: *Macroeconomía*, McGrawHill, 18ª ed., 2006, pág.320, la eficiencia, es la ausencia de despilfarro o utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y tecnología dados. Por otros muchos, puede concluirse con TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza diccionarios, 6ª ed., 1993, pág.169, quien define a la eficacia como "la actuación para cumplir los objetivos previstos. Es la manifestación administrativa de la eficiencia", y a la eficiencia como "la expresión que mide la capacidad o cualidad de un sistema o sujeto económico, para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el

Probablemente el análisis más completo de la eficacia y la eficiencia en la Administración Pública en España ha sido llevado a cabo por PAREJO. El citado profesor define la eficacia como “*principio jurídico determinante de una situación jurídica necesaria (la realización del interés general), que exige de modo incondicionado (dada la ausencia en su formulación de cualquier estructura hipotética) del sujeto obligado (la Administración; traduciéndose para ésta en un auténtico deber jurídico) a través de su actuación (que ha de ser, en todo caso, eficiente)*”⁸⁸. Así pues la eficacia “*evoca básicamente la producción intencionada -con arreglo a un fin o causa - de una realidad - adecuada a tal fin - como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar, el resultado de la acción*”. La eficiencia, para el mismo autor, “*indica que cada instrumento de la política económica debe ser utilizado para conseguir el objetivo para cuya consecución sea, comparativamente, más idóneo: relaciona medios con fines...mide la capacidad o la cualidad de la actuación de un sistema o sujeto económicos para lograr el cumplimiento de un objetivo determinado, minimizando el empleo de recursos disponibles...*”⁸⁹ De este modo, la eficacia alude a la producción real o efectiva de un efecto y tiene que ver con aspectos organizativos de la actividad de un sujeto, mientras que la eficiencia, que se relaciona con los aspectos económicos, se refiere a la “*mejor*

empleo de recursos. Los conceptos de eficacia y eficiencia se relacionan entre sí; el primero es la actuación económica en sentido estricto, y el segundo es la actuación organizativa o administrativa. Eficiencia significa hacer bien las cosas, y eficacia supone, simplemente hacerlas". La Teoría de la Organización, como estudia PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración...op.cit.*,pág.95, también relaciona eficiencia con el aspecto económico puesto que "*no es otra cosa que productividad, el rendimiento de la organización, de la realización de sus fines*"; y la eficacia con lo organizativo, ya que "*es el criterio que decide la combinación escogida y, por tanto, la estructura específica de una organización*".

Desde las Ciencias de la Administración de empresas, CHIAVENATO, I.: *Administración en los nuevos tiempos*, McGraw Hill, Bogotá, 2002, págs.7 y 8, insiste en destacar lo imbricados que están ambos términos. La eficiencia tiene que ver con el máximo aprovechamiento de los recursos disponibles para alcanzar los objetivos propuestos - "*medida de la proporción de los recursos utilizados (salidas o resultados u outputs) comparados con los recursos utilizados (inputs)*"- y "*la eficacia es la medida del resultado de la tarea o del objetivo establecido*". La eficiencia no tiene sentido sin la eficacia, mientras que la eficacia además ha de ser eficiente. Lo ideal es gestionar los recursos consiguiendo simultáneamente eficacia y eficiencia, lo cual recibe el nombre de excelencia. La administración, entendida en sentido amplio y no exclusivamente como Administración Pública - como la "*manera de utilizar diversos recursos organizacionales (humanos, materiales, financieros, informáticos y tecnológicos) para alcanzar objetivos y lograr excelente desempeño. O también como el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el empleo de los recursos organizacionales para alcanzar determinados objetivos de manera eficiente y eficaz*"- "*debe combinar eficiencia y eficacia para conseguir los objetivos organizacionales; por tal motivo el administrador debe saber utilizar los recursos organizacionales para lograr eficiencia y eficacia y alto grado de satisfacción entre las personas que ejecutan el trabajo y el cliente que lo recibe...*"

⁸⁸ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo...*op.cit.,pág.85.

⁸⁹PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración...op.cit.*, págs. 92 y 93

gestión posible, en términos de relación de medios a fines, con lo que queda comprendida en el radio de acción, más amplio, de la eficacia”⁹⁰.

El principio de eficacia en la actuación administrativa es un principio importado del ámbito empresarial. Su aplicación en la esfera de las Administraciones Públicas tiene razón de ser en el descrédito o la desconfianza en la actuación administrativa, en un momento en el que, como se ha visto supra, comienza a ponerse en duda e incluso se habla de crisis del Estado Social. Así, se describe, desde finales de la década de los 70 y durante los años 80 del siglo XX, el inicio de un movimiento de preocupación, incluso de reticencia, sobre el papel del Estado como instrumento idóneo para el servicio del interés general y para proporcionar bienestar a la sociedad, en definitiva, para cumplir los fines del Estado Social⁹¹. Se cree que “*los déficit públicos que provoca y los elevados niveles de desempleo, son un síntoma de la ineficiencia del sistema*”⁹². Tiene lugar un resurgir del individualismo, un ensalzamiento de que lo privado funciona mejor. Lo público supone despilfarro, luego sólo puede justificarse si es eficaz y eficiente por lo que el funcionamiento de lo público quiere medirse en resultados, en el cumplimiento de objetivos, en eficacia en términos empresariales⁹³.

Tanto es así, que sin reflexionar demasiado sobre su compatibilidad con los principios constitucionales de actuación de las Administraciones Públicas, acaba adoptándose con naturalidad una terminología propia de la empresa privada y a considerar la satisfacción del cliente (ciudadano-administrado) como medida de la eficacia. Y se insiste en la reforma y modernización de la Administración, en la mejora de la gestión de lo público, para conseguir esta eficacia eficiente.

La exigencia de eficacia en referencia a la actuación o funcionamiento de la Administración, que queda recogida constitucionalmente en el art.103.1 CE, se vincula a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho. La exigencia de igualdad real del art.9.2 CE precisa de la eficacia de la actuación administrativa en el Estado Social

⁹⁰ PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit, pág.84.

⁹¹PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración*...op.cit., pág.111.

⁹²MOCHÓN, F.: *Economía. Teoría y política*, McGraw Hill, 6ª ed., 2009, pág.254.

⁹³ Para PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit.,pág.19, “*la velocidad de la evolución, la complejidad de las cuestiones implicadas y la perentoriedad de la demanda de soluciones desvalorizan cualesquiera fórmulas o respuestas generales y propician la adecuación a las circunstancias concretas, la solución diferenciada; en definitiva, el pragmatismo, favorecedor del prestigio del modelo privado al que no cabe oponer ya ninguno público igualmente eficaz.*”

que tiene razón de ser cuando trabaja por el interés general⁹⁴, cuando es eficaz en el servicio a los ciudadanos proporcionándoles bienestar, a través fundamentalmente de esas organizaciones complejas que son las Administraciones Públicas. Cuando ésta falta, falta el servicio al interés general simplemente porque éste no se realiza y no se cumple con el art.9.2 CE, que encarga a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La doctrina constitucional ha reiterado la vinculación entre la eficacia en la actuación administrativa y el Estado Social. Como ejemplo, la STC 178/1989, de 2 de noviembre señala que *“debe presidir(...) toda la actuación de la Administración Pública y, por tanto, la de su elemento personal (los funcionarios y, en general, los empleados públicos) (...)si la CE proclama expresamente en su art. 1.1, que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus consecuencias es, sin duda, la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, para lo que debe garantizarse la existencia de unas Administraciones Públicas capaces de cumplir los valores y los principios consagrados constitucionalmente”*.

La consecución de la eficacia eficiente no da carta blanca a la Administración Pública que encuentra su actuación limitada, además de por los derechos de los ciudadanos, por el principio de legalidad y el resto de principios constitucionales por los que ha de regirse el funcionamiento de la Administración, por ejemplo, el de objetividad - la eficacia, es una eficacia en Derecho⁹⁵-. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, entre otras, en STC 22/1984, cuando apunta que *“el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia “con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho”, significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia”*. Matiza PAREJO que ni la eficacia ha

⁹⁴ CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La actual coyuntura...op.cit.,pág.2009

⁹⁵PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración...op.cit.*, págs.108 y 128. SÁNCHEZ MORÓN en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a...op.cit.*, pág.1685. SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I...*op.cit.,pág. 71. La eficacia se somete también al principio de igualdad, vid STC 75/1983, de 3 de agosto.

de obtenerse sin respetar la legalidad ni el “*principio de legalidad puede comportar válidamente requerimientos que hagan impracticable la eficacia eficiente*”⁹⁶.

Otra cuestión en la que hay que detenerse es la falta de concreción en la valoración de la eficacia en la actuación de las Administraciones Públicas⁹⁷. Se advierte de la dificultad que entraña definir jurídicamente qué es la eficacia porque sólo a posteriori, analizando su resultado, puede concluirse si una actuación es o no eficaz, por lo que “*el enjuiciamiento de la eficacia administrativa es una cuestión de valoración puramente política, que sólo corresponde a los creadores de opinión y, en última instancia, a los ciudadanos con su voto*”⁹⁸. Los criterios de valoración no pueden ser idénticos a los de la empresa privada -que se rige por la rentabilidad, la competitividad, el mercado, el beneficio,...-, sino que habrá que tener en cuenta el éxito en la realización del interés general y concluir entonces que la valoración de la eficacia de la actuación administrativa sólo tiene sentido desde una lectura constitucional⁹⁹.

Y ello nos lleva al *interés general*¹⁰⁰, término complejo y abstracto, con un contenido mutable a precisar en cada coyuntura y que, por otra parte, tiene la virtualidad de servir para englobar a todas las potenciales situaciones merecedoras de intervención por parte de la Administración Pública, en orden a dar satisfacción a las peticiones de la colectividad¹⁰¹.

4.1. El imperativo constitucional de la eficacia eficiente. Los criterios de eficiencia y economía en la gestión pública.

No basta con que la Administración Pública actúe con eficacia. La eficacia además ha de ser eficiente. No podrá calificarse de eficaz aquella gestión pública que a pesar de haber logrado los objetivos planteados “*no toma en cuenta ni el coste ni los beneficios de*

⁹⁶ PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa...op.cit., pág.1955.

⁹⁷ El problema, subrayan PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*,...op.cit.,pág.19, es que la actuación del Estado toma como unidades de medida la eficacia y eficiencia pero, sin embargo, a estos criterios " *no se les ha otorgado un contenido preciso más allá de su simple extrapolación desde el mundo de la economía privada*".

⁹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General*...op.cit.,págs.69 y 72.

⁹⁹PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración*...op.cit.,pág.123. DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación*...op.cit, pág.148 y 151, “*la atención del interés público puede aconsejar el mantenimiento de servicios públicos que aún carentes de rentabilidad económica, siendo incluso deficitarios, deben ser prestados a la sociedad...*”

¹⁰⁰ Por otros vid, RODRÍGUEZ ARANA, J.: "El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas", *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2010.

¹⁰¹Según PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración*...op.cit, pág.106, "*su operatividad deriva de su cualidad de cristalización continua en contenidos precisos, a partir del conjunto de valores y bienes jurídicamente relevantes que se hagan presentes, en cada caso, en el curso del proceso de desarrollo, integración y aplicación del ordenamiento jurídico.*"

conseguir el objetivo, ni existen modos alternativos de alcanzarlo, ni siquiera si el objetivo está definido de forma adecuada al coste"¹⁰². La Administración Pública debe gestionar con eficiencia los recursos públicos disponibles para conseguir una actuación eficaz en la satisfacción de los intereses generales y en la realización del Estado Social. Se cree que si la Administración Pública no actúa eficientemente "*perturba el funcionamiento económico y lo contamina con sus propias ineficiencias*"¹⁰³.

La eficiencia es un criterio económico¹⁰⁴ que la propia CE vincula al principio de economía. Una vez establecido que, todos los ciudadanos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad (art.31.1 CE), el art.31.2 CE condiciona la utilización de ese gasto público a la realización de una asignación equitativa de los recursos públicos y a que la programación y ejecución de los gastos públicos responda a los criterios de eficiencia y economía. De nuevo nos encontramos ante una manifestación constitucional del Estado Social redistribuidor y corrector de desigualdades sociales: los ingresos públicos quieren tener en cuenta, junto a la igualdad, las mayores posibilidades económicas de los ciudadanos - principio de progresividad - mientras que en materia de gasto deberá producirse una asignación equitativa de los recursos públicos -principio de justicia-, luego habrá que priorizar a los más desfavorecidos¹⁰⁵.

¹⁰²ALBI IBAÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I..op.cit.*, 234.

¹⁰³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "La lucha por una Administración eficiente", *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, Extraordinario 1, 2011, pág.56.

¹⁰⁴Para ALBI IBAÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I...*op.cit.,pág. 234 y ss. Como estudia ROMERA JIMÉNEZ, O.: "Comentarios a la Reforma Local", *Revista de Estudios Locales*, <http://www.revistacunal.com/reforma-local-b> (visitado 15/2/2015), ha de proyectarse sobre todas las decisiones administrativas en materia de gasto porque de se trata es de que la atención y satisfacción de las necesidades sociales afecte la menor cantidad de recursos públicos posible. La actividad administrativa debe someterse a controles para asegurar la realidad de este principio.

¹⁰⁵ Encontramos referencias a estos principios constitucionales del gasto público, por ejemplo, en el art.90.1 LRBRL al indicar que las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general. Sin embargo, nos recuerda RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público*, Iustel, 2013, pág.30, que en las Administraciones locales esta previsión ha sido incumplida sistemáticamente. También el art.6 RD legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, *Texto Refundido de la Ley de Estabilidad Presupuestaria*, como recuerda GIMENO FELIU, J.M.: "El principio de eficiencia" en AA.VV.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010 La Ley 1116/2011, "tiene por función intrínseca determinar cuándo un gasto no solo es eficaz, sino también eficiente desde una perspectiva de rentabilidad, lo que condiciona las opciones de gestión administrativa y permite su fiscalización tanto por los órganos de control internos como por la jurisdicción competente..."

La eficiencia “rememora la necesidad de aplicar procedimientos eficaces en la gestión del gasto y conseguir una óptima asignación de esos recursos”¹⁰⁶. Es decir, la eficiencia en el gasto público exige que la eficacia - la consecución de los objetivos -, no se consiga a cualquier precio, sino “mediante la adecuada combinación de los elementos y medios de los que se disponen”¹⁰⁷. Y según PAREJO, “se circunscribe a los recursos públicos que posibiliten la acción del Estado o gasto público, tiene por destinatario a todos cuantos poderes públicos tengan disposición sobre la determinación, distribución, asignación y aplicación de dichos recursos; predica la mejor gestión posible en los términos de la eficiencia en la ciencia económica o en la gestión y management públicos”¹⁰⁸.

Una vez que el Gobierno establece las políticas públicas a seguir durante su mandato, es preciso organizar adecuadamente los recursos públicos a gestionar para conseguir la mayor eficacia y eficiencia - “*los objetivos marcados han sido alcanzados al coste fijado*”¹⁰⁹-. Producen ineficiencia la multiplicación de Administraciones Públicas y su actuación descoordinada, la proliferación de entes y empresas públicas, la duplicidad de competencias, el deterioro de la independencia de los empleados públicos, la obsolescencia de parte de las formas procedimentales administrativas, todo ello unido a la corrupción de la clase política que no es más que el reflejo de la sociedad a la que representa,...¹¹⁰ Aunque se den supuestos de eficacia ineficiente, el problema también puede resultar de tratar de buscar obsesivamente una mal entendida eficiencia sacrificando a la eficacia el cumplimiento del interés general.

No puede consentirse Administraciones Públicas que despilfarran recursos que escasean, por eso se convierte en ineludible el control de la eficacia y de la eficiencia del gasto público¹¹¹. Controlando la eficacia, se constata si se han logrado los objetivos

¹⁰⁶ Para MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 23ª ed., Tecnos, 2012, pág.119, “supone la incorporación al aparato administrativo de técnicas de gestión propias en muchos casos del sector privado, sin que ello vaya en detrimento de las cautelas puestas por el ordenamiento al actuar administrativo...”

¹⁰⁷MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 115, 2002

¹⁰⁸PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración...op.cit.*,pág.105

¹⁰⁹ BAREA TEJEIRO, J.: “Reflexiones sobre cómo reducir el déficit público”, *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº 2, 1994, pág.106

¹¹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “La lucha por...op.cit., pág.58. Como recuerda GIMENO FELIU, J.M.: “El principio de eficiencia”...op.cit., este principio ha ido “*ganando peso en el Derecho Administrativo*” y se introduce en las normas administrativas como elemento a tener en cuenta para “*informar y condicionar la actuación y la organización administrativa, siendo un elemento de fiscalización de indudable valor*”.

¹¹¹Para FUENTES VEGA, S.: *Realidad y racionalidad en el control del sector público*, INAP, 1986, pág.124.

perseguidos y el nivel de su consecución. Más tarde con esa información pueden introducirse mejoras en la gestión. Por su parte, “*con el control de la eficiencia se verifica si el coste al que se han conseguido realizar los objetivos previstos, o bien en la medida en que hayan sido conseguidos, es adecuado y se acomoda a los precios que puedan regir en el mercado para bienes de similares características*”¹¹². La consecución del principio de eficiencia “*debe valorarse atendiendo a su conexión ineludible con el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas*”¹¹³.

Los principios de eficacia y eficiencia deben introducirse en la gestión de todo tipo de recursos públicos¹¹⁴ pero, sin duda, resulta ser el factor humano aquel en que la aplicación del principio proporciona mejores resultados en cuanto a su repercusión en la calidad de la actividad prestacional¹¹⁵. Precisamente se viene criticando, quizás sesgada e interesadamente, la falta de eficacia de los empleados públicos por lo que las Administraciones Públicas hacen hincapié en evaluar el trabajo realizado por sus trabajadores buscando la productividad y la calidad en el componente humano (art.20 EBEP). Por ello también el principio de eficacia - o específicamente la pérdida de eficacia - es uno de los principios tenidos en cuenta a la hora de establecer la normativa de incompatibilidades¹¹⁶. Resulta interesante en este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional, por otras, STC 178/1989 de 2 de noviembre al sostener “*...que el legislador persiga, en definitiva, la «dedicación exclusiva» a la función pública por parte de los empleados públicos no es una finalidad ajena a la exigencia de profesionalidad de los servidores públicos, exigencia conectada directamente al principio constitucional de eficacia de la Administración...*”

4.2. La justicia en el gasto público

El principio de eficiencia se conecta con el principio de economía en la ejecución del gasto público por el art.31.2 CE, que ha de tener la virtud de realizar una asignación equitativa de los recursos públicos. La equidad en la asignación del gasto público remite

¹¹² LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho Financiero, Parte General*, Comares, 1998, pág.138. FUENTES VEGA, S.: *Realidad y racionalidad...op.cit.*, pág.17.

¹¹³ GIMENO FELIU, J.M.: "El principio de eficiencia...op.cit.

¹¹⁴ BAREA TEJEIRO, J.: "Reflexiones sobre...op.cit.,pág.109, defiende la creación de "*mercados mixtos competitivos*" en los que los servicios públicos fuesen ofertados tanto desde el ámbito público como desde el privado, ofreciendo a los ciudadanos la posibilidad de elegir entre unos y otros.

¹¹⁵ Vid SÁNCHEZ MORÓN en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Civitas, 1981, pág.1685.

¹¹⁶ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Civitas Thomson Reuters, 2009, pág.215.

a la realización de los postulados del Estado Social¹¹⁷. Según el art.31.2 CE la equidad ha de *informar* el contenido del gasto público y éste tendrá que responder a los fines que la CE establece como propios del Estado Social- así “*la actividad financiera tendrá una función primordial en hacer efectivo el art.9.2 CE: promoviendo el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida-*”¹¹⁸.

Equidad se identifica con justicia. Es “*la propia justicia aquilatada y ajustada a las circunstancias concretas de cada situación...la equidad matiza el valor justicia y lo ajusta a la realidad concreta...*”¹¹⁹, por lo que, la justicia en el gasto habrá de interpretarse de manera flexible y, lejos de ser inmutable, dependerá del contexto social, político y económico del momento¹²⁰.

La asignación equitativa de recursos públicos “*es un medio para conseguir el principio de justicia en el gasto público*”¹²¹ y la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político (art.1.1 CE), y como tal tiene valor jurídico inmediato y carácter informador de todo el ordenamiento jurídico¹²². La equidad principio jurídico conectado con el valor justicia vincula a todos los poderes públicos: al Poder Ejecutivo cuando adopta decisiones políticas sobre el destino del gasto¹²³, debiendo valorar y priorizar la atención sobre aquellas situaciones de necesidades merecedoras de mayor atención; al Poder Legislativo cuando aprueba los Presupuestos Generales del Estado para la satisfacción de las

¹¹⁷ En RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria y Gasto Público del Estado en España”, *La Ley* 14518/2010.

¹¹⁸ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pág. 331. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero...op.cit.*, pág.119.

¹¹⁹GARRIDO FALLA, F. Y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Civitas, 2001, págs.742 y 743, destacan que no hay gran diferencia conceptual entre eficiencia y economía analizados desde el punto de vista económico, pero el jurista ha de valorar “*que la decisión política que supone la asignación del gasto público se ajuste al límite jurídico de la equidad; que fijados tales fines, su consecución sea a costa del menor número posible de recursos económicos y, que, la tarea de relación meta propuesta-meta obtenida sea la más óptima posible...la norma jurídica altera el significado de la noción económica*” y alertan de la dificultad “*jurisprudencial y científica para juridificar y hacer exigibles los principios de justicia material en el gasto público*”.

¹²⁰NAVARRO FAURE, A.: “Los principios presupuestarios a la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 119, 2003, pág.505.

¹²¹ LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.27

¹²²GARRIDO FALLA, F. Y OTROS: *Comentarios a la Constitución*,...op.cit., pág.33 y 34. Vid SSTC 2/2/1981, 4/1981 de 2 de febrero, 261/1991, de 14 de noviembre y 20/1987, entre otras.

¹²³ MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero...op.cit.*, pág.119

necesidades públicas con unos recursos limitados; y, de nuevo al Ejecutivo, en la fase de ejecución del gasto autorizado por el Parlamento¹²⁴.

La CE recoge el principio de justicia en el gasto público, pero no define qué hay que entender por gasto justo. Tampoco la legislación ordinaria recoge y desarrolla los principios constitucionales del gasto público por lo que resulta *“difícil establecer un contenido preciso para el principio de justicia”*¹²⁵. La mera legalidad formal no hace de un gasto un gasto justo, es por ello preciso retornar al articulado de la CE para que ésta nos proporcione *“idea de la justicia de determinados gastos que han de satisfacer necesidades públicas constitucionales”*¹²⁶.

Pueden relacionarse con los bienes preferentes - *“aquellos en los que existe un juicio de valor emitido por la sociedad y que considera que deben ser accesibles a todos los ciudadanos, con independencia de los recursos económicos de los que dispongan”*- y referirse también a *“la percepción social de que determinados servicios son esenciales a la dignidad del hombre y que su acceso no puede verse limitado por la carencia o insuficiencia de medios económicos”*¹²⁷. Sería el caso del derecho a la salud y la sanidad pública (art.43 CE), mantenimiento de un sistema de Seguridad Social con pensiones adecuadas (art.40.1 y 50 CE), derecho a la educación (art.27.5 CE), la promoción de la ciencia, de la investigación y de la técnica (art.44.2 CE) y otros. Para RUIZ ALMENDRAL, el gasto justo se vincula a los fines constitucionalmente protegidos y tiene contenido variable, *“depende estrechamente de los cambios sociales, y está supeditado además a la disponibilidad real de los recursos”*¹²⁸. La conexión entre gasto justo e interés general también es señalada por BAYONA, para quien *“gasto justo es*

¹²⁴Indica LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.29, que *“el principio constitucional de equitativa distribución de los recursos públicos preside toda la vida del gasto público, desde la decisión hasta su ejecución material, limita tanto al poder legislativo como al ejecutivo y prohíbe las discriminaciones y la arbitrariedad”*.

¹²⁵RUIZ ALMENDRAL, V.: *“Estabilidad presupuestaria...op.cit.* Reconoce CAZORLA PRIETO, L.M.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Aranzadi Thomson Reuters, 11ª ed., 2011, pág.116, que la importancia económica del gasto público no se ha correspondido tradicionalmente con una paralela importancia jurídica. El principio de estabilidad se recoge en el art.135 CE y a nivel normativo en la LOEPSF, sin embargo el principio de justicia en el gasto público sólo queda recogido en el art.31.2 CE sin tener reflejo en normativa alguna. A mayor abundamiento, RIVERO ISERN, E. Y FERNANDO PABLO, M.M.: *“El principio de equidad” en AA.VV.: Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010 La Ley 1085/2011.

¹²⁶ LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.32

¹²⁷ BUSTOS GISBERT, A. : *Curso básico de Hacienda Pública*, Colex, 2ª ed, 2011, pág.119. MARTÍNEZ GINER, L.A.: *“El principio de justicia...op.cit.*,pág. 487.

¹²⁸ RUIZ ALMENDRAL, V.: *“Estabilidad presupuestaria...op.cit.* Hay que conjugar el principio de justicia en el gasto público con el carácter limitado de los recursos (vid SSTC 77/1985, de 27 de junio y 134/1987, de 21 de julio).

aquel que se adecúa a los valores dominantes en la sociedad, el adecuado a la voluntad general allí donde ésta puede ser expresada o al interés general dictado por la persona o grupo social que detenta el poder de la comunidad políticamente organizada”, ese interés general está recogido en la CE que exige del concurso de la acción positiva de los poderes públicos para su efectividad¹²⁹. De la sociedad, titular de la soberanía, emanan los intereses que conforman el interés general y corresponde a los poderes públicos su gestión y tutela. Conforme al sistema instaurado por nuestra CE, son los Gobiernos - elegidos por los ciudadanos - los que definen estos intereses públicos dignos de ser considerados interés general y corresponde al Poder Legislativo - representante de la soberanía nacional - el expresarlos en forma de norma jurídica¹³⁰.

Por tanto, si el interés general ha de ir concretándose para servir a *“aquellos bienes jurídicamente protegidos como colectivos de acuerdo con el orden constitucional”*, del mismo modo, la eficacia tendrá que ir concretándose (contenido, alcance y exigencias) a partir de la puntual definición del mismo, lo que es competencia, como se ha dicho, del legislador ordinario. Una vez determinados normativamente los fines, esto es, el interés general, es cuando deberá dotarse a las Administraciones Públicas de los recursos humanos y materiales necesarios para poder realizar efectivamente esos objetivos¹³¹.

Del principio de equidad puede deducirse la prohibición del gasto superfluo o contrario a la CE, y dado que su finalidad es hacer posible el sostenimiento del Estado Social, la garantía de una satisfacción mínima de las necesidades públicas¹³² por encima de intereses particulares y la ausencia de discriminaciones y la interdicción de la

¹²⁹ MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El principio de justicia...op.cit.,pág.485.

¹³⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Función administrativa y Constitución” en PREDIERI, A. Y GARCÍA DE ENTERRIA, E. (Dir.): *La Constitución española de 1978*, Civitas, 1981, pág. 644. Las decisiones sobre los gastos públicos, como señala LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.,pág.10*, *“tienen ante todo un carácter político, y se resisten a su regulación jurídica, en el sentido de que los grupos políticos presentes en las Asambleas parlamentarias y en los gobiernos exigen libertad de decisión para destinar el dinero público a la atención de unas u otras necesidades y determinar las correspondientes cuantías,...”*

¹³¹ PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración...op.cit.,pág.130 y 105*

¹³² En cuanto al concepto de *necesidad pública* para FUENTES VEGA, S.: *Realidad y racionalidad...op.cit.,pág.8*, *“es una noción puramente formal: engloba las necesidades que el Estado haya reconocido y proclamado como tales...y tales necesidades son las que se deben a circunstancias concretas de tiempo y lugar”*. LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit., pág.24*, las define *“como las carencias materiales de los bienes y servicios que los entes públicos precisan para el cumplimiento de sus fines y cuya satisfacción se efectúa mediante el empleo de fondos públicos”*. Esas necesidades pueden registrar grandes cambios en un período breve de tiempo y son susceptibles de distintas apreciaciones y valoraciones en función de los programas de gobierno de esos grupos políticos.

arbitrariedad¹³³. El gasto público deberá responder a la satisfacción del interés general y de las necesidades públicas y atender a los principios constitucionales.

Para la doctrina, “*la equitativa asignación de los recursos públicos se proyecta en el momento inicial de la determinación de las necesidades públicas y en el momento final de la evaluación del resultado, la eficiencia y la economía se refieren a la programación y ejecución de dicha satisfacción...*”¹³⁴. Eficiencia y economía no pueden condicionar a la equidad cuando se está decidiendo en qué se va a gastar¹³⁵. En estos casos “*habrá que valorar si el mandato que el art.31.2 CE supone para el legislador ha sido cumplido y ese juicio de valor vendrá referido en el caso de la asignación equitativa, a la legislación sustantiva o material de gasto, y en el caso de racionalidad a la legislación presupuestaria de ejecución del gasto público. Una vez que se haya determinado la necesidad pública a satisfacer y se haya adoptado la decisión de gasto en base a la equidad del art.31.2 CE, es cuando entran en escena los criterios que conforman la racionalidad en atención a su programación presupuestaria y ejecución...la tensión se producirá en cuanto que el límite máximo de gasto supone limitaciones cuantitativas del mismo*”¹³⁶. Sin embargo, esta circunstancia no suele presentarse y no existe equidad sin eficiencia y economía, “*porque el despilfarro y la ineficiencia constituye una injusticia financiera evidente, al menos desde una perspectiva social. Pero la equidad asignativa en un contexto económico financiero está sometida al límite necesario que impone la escasez de recursos y los propósitos de actuación y mejora económica*”¹³⁷. El art.31.2 CE implica que “*el reconocimiento constitucional de que a los ciudadanos interesa no sólo que el gasto público sea aprobado y controlado por el poder legislativo, sino además que la realización de dicho gasto esté presidida por la equidad, la eficiencia y la economía*”¹³⁸.

¹³³ BAYONA DE PEROGORDO, J.J.: "El procedimiento de gasto público y su control", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 13, 1982, pág.32.

¹³⁴ LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit*, pág.30

¹³⁵ GARRIDO FALLA, F. Y OTROS: *Comentarios a la Constitución...*op.cit.pág.740. LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.28, en cita a CAZORLA.

¹³⁶MARTÍNEZ GINER, L.A.: "El principio de justicia...op.cit.pág.481

¹³⁷ GARCÍA GARCÍA, J.L.: "La constitucionalización de los principios presupuestarios", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22, 1984, pág.92.

¹³⁸ Citado por LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.28.

4.3. Escasez de recursos y compromiso constitucional con la eficacia y la eficiencia en la realización del interés general: la imprescindible flexibilidad.

Ya se ha adelantado que las Administraciones Públicas han de ser eficaces en la realización del Estado Social del art.1.1 CE, conforme a la orientación de un determinado Gobierno elegido en las urnas. Esa es la misión que la CE depara a la Administración Pública, el fin último de su existencia, pero para poder cumplir este mandato constitucional y dar respuesta al interés general necesariamente hay que poner a su disposición medios suficientes y adecuados a la misión a cumplir.

En líneas anteriores se ha tratado de justificar la necesidad de utilización de herramientas de flexibilidad en la gestión pública. Los recursos públicos son escasos para atender a las crecientes necesidades sociales - se demanda cada vez mayor intervención de la Administración Pública, lo que lleva aparejado el consecuente mayor gasto de personal y de organización-. La CE encomienda un delicado papel a la Administración Pública que en su actividad prestacional ha de equilibrar eficacia, eficiencia y equidad en el gasto público.

Pero, a la vez, este paulatino incremento en la asunción de actividades por parte de las Administraciones hay que anudarlo a la demanda de servicios públicos de calidad por parte del administrado, que reivindica sus derechos constitucionalmente garantizados, y ello exige que éstas cuenten con elementos de planificación y ordenación de todos sus recursos – nos centraremos en los humanos-. Y en este sentido, en nuestro modelo de Administración Pública se aprecian muchas carencias: exagerada uniformidad – escasa especialización - poco conveniente para la atención de una actividad prestacional tan compleja y diversificada; organización piramidal, basada en la jerarquía, desconocedora de la horizontalidad y de las técnicas de trabajo en equipo,...¹³⁹

Por ello las Administraciones Públicas, alentadas por una inquietud de continua mejora, examinan nuevos mecanismos organizativos para incluir agilidad en los sobrecargados aparatos estatales, además de reducir costes sin mermar el nivel de satisfacción. En esta exploración de nuevos métodos para gestionar la actividad prestacional se tantea la colaboración público privada permitiendo la participación de la empresa privada – reteniendo el control, verificación y contenido mínimo de las

¹³⁹ DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación...op.cit.* pág.200.

prestaciones en manos públicas - y la utilización de sus técnicas de gestión, propias de un mundo muy diferente al público¹⁴⁰.

La Administración Pública es un gestor muy especial y para realizar el interés general cuenta con medios sujetos a un régimen específico, se somete a principios de actuación establecidos constitucionalmente, actúa conforme a procedimientos reglados, debe cumplir unos determinados tiempos, motivar y dar publicidad a su actividad¹⁴¹,... el Derecho Público al que necesariamente ha de someterse en muchos de los aspectos de su actividad no le proporciona la suficiente agilidad ni ductilidad. Hacer realidad el interés general en cada coyuntura, esto es, servir con eficacia a los ciudadanos y saber adaptarse dando respuesta a tiempo a las necesidades sociales, exige que la Administración como gestora disponga de elementos que le permitan introducir flexibilidad en su actuación. Buscando la eficacia se produce la denominada huida del Derecho Administrativo, y se busca en el ordenamiento privado - laboral, mercantil, civil - la flexibilidad que el Derecho Público no puede proporcionar. Aunque, en realidad, no existe *“ningún servicio público que pueda ni deba ser prestado con absoluta sumisión a normas de Derecho Público, sin mácula alguna de Derecho Privado, ni a la inversa”*, es palpable el recurso al Derecho Privado - *“que mayoritariamente significa la eliminación de normas y requisitos de Derecho Público en la gestión propia de los servicios por la misma Administración Pública titular...”*¹⁴² -, produciéndose incluso un cierto abuso del ordenamiento privado para la realización de actividades típicamente administrativas¹⁴³.

Así se corre el peligro de llegar a una *“superficial cultura de la eficacia”* que defiende que el Derecho Público - al que considera *“lento, rígido y burocrático”* - no es idóneo para la adecuada gestión de la actividad *prestacional*, y *“con tal pretexto se recurre a excepcionales vías de flexibilización, comenzando incluso con las que proporciona el propio Derecho Administrativo - ejemplo, entes públicos creados ad hoc*

¹⁴⁰ ROLLA, G.: "La Administración en el Estado...op.cit.págs.18 y 19.

¹⁴¹ PRIOR, D.: "Eficacia, Eficiencia y Gasto Público ¿Cómo mejorar?", *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol.13, 2011,pág.127

¹⁴² Para SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I...*op.cit., pág.324, *“el Derecho Privado resulta de aplicación a aspectos instrumentales de la organización prestadora del servicio público personal, bienes, contratos, régimen financiero,... con las naturales excepciones, aplicándose el Derecho Público mayoritariamente a las reglas de funcionamiento del servicio público y las relaciones con los usuarios, ya que es necesario garantizar a los usuarios un trato en condiciones diversas a las que resultarían de la pura lógica del mercado y del Derecho Privado.”*

¹⁴³ MARTÍNEZ MORENO, C.: "Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones individuales en las relaciones de trabajo asalariado" en AA.VV.: *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, CGPJ, 2008, pág.186.

(a los que dota de un régimen jurídico especial, caracterizado por permitir una entrada importante al Derecho Privado) o bien actúa a través de sociedades mercantiles que cómodamente controla. Ello acompañado de una extensa laboralización del personal a su servicio”¹⁴⁴.

Para un amplio sector de la doctrina administrativista la utilización del Derecho Privado en la gestión pública no reporta una mejora real de la misma, luego no puede justificarse su utilización con el pretexto de la eficacia y la eficiencia o la flexibilidad¹⁴⁵. Ambos sectores del ordenamiento no son “*intercambiables y tienen sus propias finalidades y garantías*”¹⁴⁶. A la vista de la utilización del Derecho Privado por parte de las Administraciones Públicas, se realiza una enconada defensa de la utilización del Derecho Administrativo puesto que no es suficiente con la “*buena voluntad de servir al interés general ya que éste precisa de un régimen jurídico que lo garantice*”. Se recuerda que la difícil misión del Derecho Administrativo consiste en conciliar la consecución objetiva del interés general (interés público) y al mismo tiempo la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos (intereses privados)¹⁴⁷. Para cumplir con estas finalidades disfruta de privilegios impensables en el Derecho Común¹⁴⁸. El Derecho Privado, en líneas generales, parte de la idea de libertad del sujeto, por lo que todo lo que no está prohibido, se encuentra, en principio permitido. Pero el Derecho Administrativo por el que se rige generalmente la actividad prestacional de la Administración Pública, normalmente opera en sentido inverso: la Administración sólo puede llevar a cabo aquello que la norma le permite - la norma sujeta la actuación administrativa para que sea objetiva -. Por ello, cuando la Administración Pública recurre en busca de flexibilidad al Derecho Privado, está recurriendo a un ordenamiento basado en el principio de la autonomía de la voluntad, lo que es difícilmente conciliable con los principios de actuación del sujeto Administración Pública. La búsqueda de la eficacia y la flexibilidad tiene el riesgo de que la Administración Pública “*se refugie en el Derecho Privado para escapar de las vinculaciones que el Derecho Público ha creado específicamente para ella...*”¹⁴⁹

¹⁴⁴ Como advierte LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *Revista Administración Pública*, nº 136, 1995, pág.202

¹⁴⁵ Por muchos otros, CUADRADO ZULOAGA, D.: “Entes públicos de Derecho Privado: necesidad de su replanteamiento”, *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2012, pág.1.

¹⁴⁶ GIMENO FELIU, J.M.: “El principio de eficiencia...op.cit.,pág.4.

¹⁴⁷ LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La renuncia de...op.cit.,pág.204.

¹⁴⁸ MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas Aranzadi*, 18ª ed., 2012,pág.99; DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación...op.cit.,* pág.138.

¹⁴⁹ LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La renuncia de...op.cit, pág.204.

No obstante, la incuestionable aplicación del Derecho Administrativo en la actuación administrativa no ha de significar que sea un obstáculo para la eficacia de la misma sino, más bien al contrario, *“debe estar al servicio de las exigencias propias de su gestión para la específica eficacia administrativa...”*¹⁵⁰ En este sentido se reclama¹⁵¹ la introducción de reformas en las normas procedimentales administrativas para incrementar la calidad, la celeridad y la agilidad en la toma de decisiones - sin merma de la fiabilidad y de la publicidad -, evitar la duplicidad de trámites, la petición de documentos que ya obren en poder de la Administración, el abuso del silencio administrativo, flexibilidad en el *“régimen jurídico de los empleados públicos para favorecer su capacidad, responsabilidad y productividad, de los compromisos de prestación de los servicios públicos”*¹⁵². Todo ello sin olvidar que los objetivos del Derecho Administrativo y de la Administración Pública no son los de la empresa privada, y el cumplimiento del interés general ha de llevar al mantenimiento de actuaciones públicas sometidas al ordenamiento público y aunque no sean rentables.

4.3.1. Gestión directa y gestión indirecta

Para el cumplimiento de sus fines se reconoce a la Administración Pública potestad autoorganizadora lo que supone que se le otorga libertad para configurar su propia estructura y organización- *“creando, modificando o extinguiendo sus órganos o entes con personalidad propia, pública o privada...”*¹⁵³ - para adecuarlos a sus necesidades. Esta discrecionalidad, sin embargo, se verá condicionada por *“su adecuación e idoneidad para la gestión de los correspondientes intereses públicos”*¹⁵⁴, además de por el necesario respeto de los principios constitucionales de eficiencia, eficacia y de legalidad, que han de guiar toda actuación administrativa¹⁵⁵. Así, una de las condiciones que habrá de

¹⁵⁰ PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa...op.cit, pág.1982.

¹⁵¹ Como recuerda MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: "La lucha por...op.cit, pág.58, la ineficacia de la Administración se extrapola muchas veces a la esfera privada llevando al "encarecimiento de las actividades de los particulares y a la pérdida de competitividad empresarial".

¹⁵² Vid SÁNCHEZ MORÓN en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española...*op.cit., pág.1685. ORTEGA ALVÁREZ, L: "El reto dogmático del principio de eficacia", *RAP*, nº 133, 1984, pág.13.

¹⁵³ PARADA, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 22ª edición, Madrid, 2012, pág.26.

¹⁵⁴ Vid PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa y la calidad...op.cit.,pág.1980. Si quiere evitar el riesgos de ser considerada su elección como arbitraria o un acto de desviación de poder como reconoce PARRA MUÑOZ, J. F., *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*, Tirant lo Blanch, 2006, pág.154. Vid STSJ Andalucía Granada 25/2/2002.

¹⁵⁵ MESTRE DELGADO, J.F. en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, Iustel, 3ª ed., 2011, pág.2068 y ss. Interesante vid SANJUAN ALBACETE, J.: "Incidencia de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, en la libertad de elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales", *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2006, pág. 772.

observarse es que la prestación de aquellos servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad debe ser atendida, necesariamente a través de medios propios¹⁵⁶. Con esta prohibición “*se pretende evitar que personas ajenas a la organización administrativa puedan ejercer funciones de transcendencia jurídico pública que sólo competen al poder público*”¹⁵⁷. La consecución de la eficacia en la actuación administrativa estará condicionada, en buena medida, por la fórmula autoorganizativa elegida por la Administración responsable de la actividad prestacional.

Es indudable que la gestión indirecta ofrece mayor flexibilidad¹⁵⁸, en la actualidad, que la directa ya que al asumir la propia Administración la dirección, gestión y control del servicio¹⁵⁹, conlleva la aplicación de una dosis mayor del Derecho Público con todas sus consecuencias - respeto a los principios constitucionales, sometimiento a procedimientos reglados, mayores controles contables y presupuestarios,...-. Consciente de ello, en un intento de dotar de flexibilidad y especialización a la gestión directa, manteniendo la calidad en el servicio público, la actividad prestacional que tienen encomendada las Administraciones Públicas se lleva a cabo de forma descentralizada a través de la creación de intermediarios¹⁶⁰. Con estas fórmulas de organización la Administración consigue, en mayor o menor medida, la aplicación del Derecho Privado, y un relajamiento de los mecanismos de control... Así se crean, por las Administraciones responsables de los distintos servicios públicos y actividades prestacionales organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades públicas mercantiles.

¹⁵⁶Vid. GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley, 2011. Así expresamente se recoge, por ejemplo, *art.43.1 y 69.1 Decreto de 17 de junio de 1955, Reglamento Servicios Corporaciones Locales; art.85.3 LRRL*.

¹⁵⁷Para SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson Civitas, 6ª ed. 2004, pág.81, se trata de “*materias que el Derecho Público sustrae a la esfera de actuación de los sujetos particulares por entenderlas consustanciales al ejercicio de poderes soberanos*”.

¹⁵⁸ GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa...op.cit.*, pág.71.

¹⁵⁹ SUÁREZ PANDIELLO, J. y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: *El poder local. Modelos de gestión y de financiación de los servicios públicos locales*, Academia Europea de ciencias y Artes España, Madrid, 2006, pág.22

¹⁶⁰ MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A.: "La delimitación subjetiva de la figura empresarial", en AA.VV.: *Las Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Vol.I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MT, 2000, pág.940, habla de descentralización interna o impropia y de que no se produce, en principio, *la celebración de ningún contrato entre la Administración titular del servicio y la personificación instrumental a quien se encomienda la gestión del servicio*". Sería equiparable a los grupos de empresas porque son “*personas jurídicas diferenciadas sometidas a una dirección unitaria derivada de los vínculos accionariales y de las facultades de intervención de la Administración matriz en el ente instrumental...*”.

De la lectura del art.85.2 *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local*¹⁶¹ (en adelante, LRBRL), se deduce que los servicios públicos deberán gestionarse de la forma más sostenible y eficiente posible mediante gestión directa o indirecta, teniendo en cuenta a la hora de optar por uno u otro modelo el ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios. Nos encontraríamos ante *gestión directa*, cuando la Administración no externaliza la prestación, sino que satisface el interés general con medios propios y asume el riesgo de dicha gestión y *gestión indirecta* cuando la realización de la actividad se encomienda a un tercero que asume el riesgo, normalmente una persona privada, en cualquiera de sus modalidades a través de un vínculo contractual administrativo de gestión del servicio¹⁶². La gestión indirecta podría considerarse una medida de flexibilidad externa.

La gestión directa se llevará a cabo con medios propios, esto es, por la propia Administración Pública, como también mediante un organismo autónomo de esa Administración¹⁶³, por una entidad pública empresarial¹⁶⁴ o por una sociedad mercantil¹⁶⁵

¹⁶¹Únicamente en la normativa de régimen local encontramos una enumeración de las distintas modalidades de gestión directa e indirecta de los servicios públicos (art.85 LRBRL). GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa...op.cit.*, La Ley, 2011, pág.142.

¹⁶²MONTOYA MARTIN, E.: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pág.129.

¹⁶³ Sintéticamente puede decirse que los *organismos autónomos* son entidades de Derecho Público dependientes o vinculados a una Administración y se rigen predominantemente por el Derecho Administrativo y, en su defecto, por el derecho común. Tienen personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión. Desarrollan actividades propias de la Administración Pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta. El personal que presta servicios para los mismos puede ser funcionario o laboral (art.98 y ss Ley 40/2015). Como ha indicado la doctrina, por otros vid, GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa...op.cit.*,pág.105, con este modo de gestión se produce un “*desdoblamiento o separación a los efectos de toma de decisiones y de responsabilidad de gestión inmediata*”. Este modelo permite mayor autonomía que la gestión por la propia Administración Pública pero, al estar sometida en parte al Derecho Público, la hace menos flexible que el recurso a la iniciativa privada, vid SUÁREZ PANDIELLO, J. y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: *El poder local...op.cit.*pág.23. Son ejemplos de organismos autónomos el INE, FOGASA, Biblioteca Nacional, INSST, SEPE, las entidades gestoras de la Seguridad Social,...

¹⁶⁴Son también entidades de Derecho público, que se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la ley A estos organismos públicos- que tienen personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión -, se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. Se financian mayoritariamente con ingresos provenientes del mercado y el personal que preste servicios para ellas tiene la condición de laboral (art.103 y ss Ley 40/2015). Ejemplos de estos entes son el ICO, FNMT, Consorcio compensación de seguros, ADIF, EFEC, Correos, AENA, Navantia, RTVE, Loterías, Puertos del Estado,...

¹⁶⁵ Su capital pertenecerá íntegramente a la Administración o a un ente público dependiente de la misma y su actuación se moverá por el principio de interés general y no por el ánimo de lucro. En su funcionamiento se rigen mayoritariamente por el Derecho Privado, luego se consigue una flexibilidad superior a la

cuyo capital social sea de titularidad propia, si bien, en estos dos últimos supuestos se exige que quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que estas fórmulas resultan más sostenibles y eficientes que la gestión directa por la propia Administración Pública o por un organismo autónomo de la misma, como indica el art.85.2 LRBRL. Asimismo, en el ámbito de la Administración General del Estado se crean las *agencias estatales*¹⁶⁶. Algunas veces, las Administraciones deciden aunar esfuerzos para prestar servicios públicos, lo cual es muy habitual en las de menor tamaño como las entidades locales. Se dan así supuestos de gestión directa compartida en las que una Administración colabora con otras a través de, por ejemplo, convenio entre Administraciones Públicas para la gestión de servicios públicos¹⁶⁷, o las mancomunidades de municipios, los consorcios (art.118 y ss Ley 40/2015)¹⁶⁸ o la constitución de sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca a varias Administraciones Públicas o a entes públicos de las mismas.

proporcionada con la creación de organismos autónomos u entidades públicas empresariales. No obstante, su actividad financiera y de gestión se somete a control y a la dirección (art.85 ter LRBRL) de la Administración creadora, propietaria del capital social-. El art.85.3 LRBRL les impide la realización de competencias que conlleven el ejercicio de autoridad, en este sentido se produce una equiparación con las fórmulas de gestión indirecta, luego el personal será exclusivamente laboral (art.111 y ss Ley 40/2015). GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa...op.cit.*,pág.113. AMOEDO SOUTO, C.A.: "La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de medios propios. El caso TRAGSA", *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004, pág.964 recuerda que las Administraciones Públicas recurren a estas empresas públicas porque les proporcionan un abaratamiento de costes, una masa laboral flexibilizada,... forman parte del sector público -aplicándoseles la normativa pública vigente en materia presupuestaria, de contabilidad y de régimen económico y financiero-. Empresas públicas como ARAMON, TRAGSA,...

¹⁶⁶Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión facultadas para ejercer potestades administrativas. Se crean por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Se rigen por el Derecho Administrativo y el personal que trabaja para ellas puede ser funcionario, estatutario o laboral (art.108 bis y ss Ley 40/2015). En principio reguladas por la *Ley 28/2006, de 18 de julio, para la creación de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Con esta fórmula organizativa, que viene a sustituir progresivamente a la figura de los organismos públicos para proporcionarles un nuevo enfoque organizativo y funcional, se quiere introducir una más adecuada y eficaz prestación de servicios públicos, mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero reforzando, al mismo tiempo, los mecanismos de control de eficacia y promoviendo una cultura de responsabilidad por resultados y satisfaciendo las necesidades y demandas ciudadanas con el nivel de calidad (CSIC, BOE, AEMET, AEI,...) Son derogadas, no obstante, por la Ley 40/2015 y rescatadas posteriormente por la Ley 11/2020 de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

¹⁶⁷ PARRA MUÑOZ, J.F: *El Servicio Público Local...op.cit*, pág.150, no los incluye en las formas de gestión directa sino que los considera un *tertium genus*.

¹⁶⁸Vid SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los...op.cit.*,pág.305.

Otras fórmulas con las que se ha tratado de prestar servicios públicos de una manera más ágil o flexible, dulcificando la rigidez y los controles que impone el Derecho Administrativo son las *fundaciones públicas*¹⁶⁹.

Dentro de esta amalgama de posibilidades de gestión directa, los gestores públicos han recurrido a la superproducción de estos entes y no siempre movidos por el loable propósito de materializar el interés general. En este sentido, un sector de la doctrina ha alertado sobre el despilfarro, duplicidades, falta de eficacia, eficiencia y economía que esto supone y reclaman la reconducción de la aplicación del Derecho Privado al exclusivo ejercicio de actividades económicas de mercado¹⁷⁰. Con la creación de este tipo de entes con personalidad jurídica privada distinta de la Administración que los crea y sometidos al Derecho Privado, aunque incorporan agilidad, flexibilidad y eficacia, al mismo tiempo suponen un debilitamiento de las garantías de objetividad que introducen los procedimientos administrativos.

En los supuestos de gestión indirecta se produce un desdoblamiento entre la titularidad del servicio - que queda en manos públicas - y la gestión de la actividad - en privadas-, aunque siempre retiene la Administración titular algún tipo de control, de mayor o menor intensidad, sobre el servicio¹⁷¹. La actividad prestacional no es llevada a cabo por empleados públicos sino por trabajadores por cuenta ajena pertenecientes a empresas privadas o por trabajadores por cuenta propia, que han contratado a través de la LCSP. Este tipo de relaciones puede dar problemas puesto que los intereses de Administración y agente no tienen por qué ser coincidentes: mientras la primera pretenderá, con el recurso a la gestión indirecta, ofrecer un servicio público de calidad más eficiente, es más que probable que para la segunda sea prioritario el ánimo de lucro¹⁷².

¹⁶⁹Vid art.art.6.4 Ley 30/1994 reconoce a las personas jurídico públicas la capacidad de constituir fundaciones. Así por ejemplo en la AGE Ley 15/1997 y Ley 50/1998. Son organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus *creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art.2 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)*. Se constituyen con capital mayoritariamente público. Las Administraciones las crean como instrumento de gestión de prestaciones públicas, con frecuencia en el ámbito de los servicios sanitarios. Pueden prestar el servicio público de forma gratuita o mediante contraprestación Se rigen por la *Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones*, la legislación autonómica que resulte de aplicación y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico financiero y de contratación del sector público (art.128 y ss Ley 40/2015).

¹⁷⁰ CUADRADO ZULOAGA, D.: "Entes públicos...op.cit., pág.2. GIMENO FELIU, J.M.: "El principio de eficiencia...op.cit., pág.4. MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.: "La delimitación subjetiva...op.cit.,pág.675.

¹⁷¹ PARRA MUÑOZ, J.F.: *El servicio público local...op.cit.*,pág.144

¹⁷² SUÁREZ PANDIELLO, J. y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: *El poder local...op.cit.*,pág.24.

La Administración titular del servicio público deberá sopesar una serie de elementos antes de decidir entre gestión pública o privada. En principio, la gestión indirecta privada proporciona mayor flexibilidad, agilidad y especialización en la gestión; puede mejorar la calidad de la prestación y con ello la satisfacción de los ciudadanos; reduce gastos y mejora ingresos,... sin embargo, también puede ocurrir que al encomendarse a sujetos, normalmente movidos por el ánimo de lucro - aunque también pueden ser entidades pertenecientes al tercer sector, sobre todo en el ámbito asistencial - en su afán de reducir gastos para maximizar beneficios, se corra el peligro de producir un resentimiento del servicio público o a que no se invierta lo suficiente en el mantenimiento de las instalaciones o infraestructuras para ofrecer servicios de calidad y seguridad, sin olvidar la probable precarización de las condiciones laborales de los trabajadores que prestan esos servicios,...incluso los usuarios menos favorecidos podrían verse perjudicados ante una eventual incremento de la tarifa - dado que la empresa privada va a regirse por el ánimo de lucro y no por la redistribución de la riqueza - por lo que “*la gestión directa puede salvaguardar en mayor medida el objetivo de equidad...*”¹⁷³ No cabe deducir, de manera automática, que “*la gestión privada de servicios públicos siempre es mejor que la gestión directa*”, por lo que es preciso examinar caso por caso antes de decidir la fórmula de gestión de la actividad prestacional pública¹⁷⁴.

En el caso de la gestión indirecta, la prestación del servicio público se produce con medios generalmente ajenos y por un tercero –es la iniciativa privada la que asume la prestación del servicio público-. Se lleva a cabo una remisión al contrato de gestión de servicios públicos de la Ley de Contratos del Sector Público – en la actualidad, *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (en adelante, LCSP)-. Suprimido en la actualidad el contrato de gestión de servicios públicos, las referencias a la gestión

¹⁷³Habrà de tenerse en cuenta el régimen de financiación, los mecanismos de control de la actividad, el régimen de contratación, el régimen de personal,...vid. SUÁREZ PANDIELLO, J. y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: *El poder local...op.cit.*, pág.19 y 20.

¹⁷⁴RAMIÓ MATA, C.: “La gestión pública en tiempos de crisis”, *Revista Venezolana de Gestión Pública*, nº1, 2010, pág.27.

indirecta habría que entenderlas realizadas al contrato de concesión de servicios¹⁷⁵ y al contrato de servicios¹⁷⁶.

Estas fórmulas de gestión indirectas pueden ser calificadas de técnicas de *descentralización productiva* ya que, con las mismas, la Administración Pública puede subcontratar con empresas privadas la gestión de actividades de la que es titular, siempre que no afecten al ejercicio de las potestades públicas o a la salvaguardia de los intereses generales, lo que puede presentar interesantes implicaciones laborales¹⁷⁷. En opinión de la doctrina mayoritaria, no puede considerarse exactamente como privatización, vocablo que engloba realidades muy diversas, y al que podría definirse como “*el traspaso de funciones, actividades y unidades orgánicas desde el sector público al privado, pero esta noción general puede aludir a realidades muy diversas*”¹⁷⁸, porque al menos en una visión estricta del término, la Administración sigue reteniendo la titularidad del servicio público¹⁷⁹. No obstante, lo realmente importante será que el servicio llegue a todos los ciudadanos y que se preste regularmente y en condiciones de calidad, que los recursos se

¹⁷⁵ La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante *contrato de concesión de servicios*, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por los particulares. En el contrato de concesión de servicios uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional (art.15 LCSP). En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art.284 LCSP).

¹⁷⁶ Son *contratos de servicios* aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en los que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (art.17 LCSP). El art.308.2 LCSP deja claro que la Administración contratante no podrá instrumentar la contratación de personal a través de este contrato; y que, a la extinción del mismo, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que implique el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

¹⁷⁷ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: *Formas Alternativas de Contratación de Trabajo: de los Contratos de Actividad a la Descentralización Productiva*, Thomson Aranzadi, 2007, pág.204. MORENO, C.: "Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones individuales en las relaciones de trabajo asalariado" en AA.VV.: *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, CGPJ 2008, pág.190. Se incluyen en el art.42 ET las concesiones administrativas que suponga la gestión indirecta del servicio (SSTS 15/7/1996, 27/9/1996, 18/3/1997). Se ha defendido la aplicación de los art.43 y 44 ET; también podría plantear problemas desde el punto de vista preventivo por la coordinación de actividades preventivas (art.24 LPRL y RD 171/2004).

¹⁷⁸BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Privatizaciones y misiones de servicio público" en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000, pág.1882

¹⁷⁹ MARTÍN MATEO, R.: *Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración*, Trivium, 1988, pág.40.

gestionen eficaz y eficientemente, y no tanto que lo haga personalmente la Administración o lo deje en manos de un tercero privado - ahora bien, hay que tener en cuenta que “*cuando la realización de la actividad no produzca beneficios será abandonada por los empresarios privados*”-; en cualquier caso, el recurso a la externalización en materia de gestión, dada la condición de las funciones que desempeña la Administración, siempre será una solución limitada y no generalizable¹⁸⁰.

También se observa un fenómeno que presenta un claro mimetismo con la manera de actuar del sector privado y que podría considerarse como un tipo específico de *descentralización*, dado que nunca va a subcontratarse la actividad principal de la empresa -normalmente coincidirá con la propia actividad -, en este caso Administración Pública. Consiste en una especie de gestión *híbrida* de la actividad prestacional en la que la Administración mantiene aquellas tareas fundamentales, principales, que forman parte esencial de la prestación mientras que, por razones de flexibilidad, eficacia y eficiencia, externaliza las que considera accesorias. Esto es, la prestación del servicio público se desmenuza para gestionar directamente las tareas nucleares inherentes a esa prestación, mientras que a modo de empresario principal, contrata a través de alguna de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos, aquellas otras actividades que no se identifican tan claramente con lo que es la esencia del servicio (*core public management*), ejemplos encontramos en el sector sanitario¹⁸¹.

En el globalizado mundo económico contemporáneo los gerentes empresariales buscan nuevas fórmulas de organización de la empresa para que sus organizaciones resulten más eficaces y eficientes, por lo que el modelo de empresa convencional desaparece para dar paso a un modelo articulable o flexible¹⁸². Buena parte de las nuevas tendencias de administración empresarial moderna “*buscan el enfoque y la concentración en el negocio esencial de la organización*”, lo que es conocido como *core business* - actividad principal o negocio principal de una empresa-. El corazón del negocio estaría constituido por “*el conjunto de actividades que realiza una empresa y que la*

¹⁸⁰BAENA DEL ALCÁZAR, M.: "Privatizaciones...op.cit., pág.1881.

¹⁸¹ El núcleo de la prestación pública de servicio sanitario sería la prestación de la asistencia sanitaria por personal facultativo capacitado. El resto de actividades - ej.lavandería, limpieza, transporte de ambulancias, cafetería, laboratorios de análisis,... - suelen contratarse mediante concesiones con terceros privados, cuyos trabajadores prestan servicio en las instalaciones del principal y titular del centro de trabajo Administración.

¹⁸² BUENO CAMPOS, E.: *Organización de empresas. Estructura, procesos y modelos*, Pirámide, 2010, págs.266 y ss.

caracterizan, definen y diferencian en el mercado”¹⁸³. El resto de actividades, aquellas que sirven de apoyo a la función principal de una empresa, pueden subcontratarse con terceros para lograr mayor eficiencia y eficacia¹⁸⁴. Es decir, la norma básica es no dar en *outsourcing* ninguna de las funciones que se consideran fundamentales en la empresa.

Para la empresa privada las principales ventajas de la externalización de los servicios accesorios son la reducción de costes y el aumento de la calidad como consecuencia de que dichos servicios adicionales están realizados por especialistas y la propia empresa puede concentrarse en su verdadera competencia, lo que le permite ser más competitiva en el mercado¹⁸⁵. Entre las desventajas puede señalarse que la empresa pierde control sobre la actividad que externaliza, por lo que, en algunos casos, ante la calidad final del servicio o producto, las empresas que externalizaban han recuperado estas funciones accesorias o de apoyo a la actividad principal.

4.3.2. El uso de las nuevas tecnologías como medio para introducir flexibilidad y mejorar la prestación del servicio público

En relación con los medios materiales disponibles por la Administración Pública para cumplir con su finalidad constitucional, sin duda la introducción de las nuevas tecnologías puede suponer un incremento de la eficacia y la eficiencia y una mejora en

¹⁸³En el mundo empresarial, como explica CHIAVENATO, I.: *Administración en los nuevos...* op.cit.,pág.470, se trata de identificar el "negocio esencial que representa su núcleo, la esencia íntima, la vocación de la organización, aquello que sabe hacer mejor que ninguna, su habilidad mayor, su competencia principal". Este corazón del negocio debería ser una destreza "apreciada o demandada por los consumidores" y, en consecuencia, éstos deben de estar dispuestos a pagar más por ella; tratarse de una habilidad difícil de imitar por los competidores, porque implica un *know how* que no está disponible, por la experiencia acumulada o por el dominio de esa habilidad lograda a través de la inversión realizada en investigación; dominio de un proceso de producción, una muy buena relación con los clientes que permita definir el producto en función de sus necesidades, un formato único de canales de distribución, etc. Vid también VIÑAS XIFRA, J.: "Causas para externalizar servicios en la Administración Pública", *PyGP*, nº 66, 2012.

<http://agendaempresa.com/core-business-casero/>;

http://jhonpazh.blogspot.com.es/2012_10_01_archive.html

¹⁸⁴ Los economistas hablan de *ruptura de la cadena de valor o diferenciación y segregación de actividades*. Se trata, como indica BUENO CAMPOS, E.: *Curso básico de Economía de la Empresa. Un enfoque de organización*, Pirámide, 2007, págs.319 y 320, de analizar todas y cada una de las actividades básicas y de apoyo integrantes de la cadena de valor para poder identificar los costes y beneficios de cada actividad, aquellas que son necesarias para satisfacer al cliente, cuáles aportan mayor valor al margen económico o cuáles presentan un mayor ventaja competitiva. Hecho esto, se eliminan o se contratan con terceros aquellas actividades consideradas innecesarias, "las que generan costes excesivos, rigideces e ineficiencias a la organización"- y la empresa retiene aquellas " que proporcionan valor, satisfacción al cliente, y son necesarias para competir eficientemente" con lo que gana en competencia, eficiencia y en flexibilidad.

¹⁸⁵ CHIAVENATO, I.: *Administración en los nuevos...* op.cit.,pág.417. Para BUENO CAMPOS, E.: *Organización de empresas...* op.cit., pág.277, "al eliminar actividades innecesarias, al evitar rigideces, reducir costes estructurales y de coordinación y control, ganando en cambio en dinamicidad, en capacidad de adaptación y respuesta al entorno competitivo...en definitiva, configurando una organización que sabe concentrarse en las áreas clave de la dirección..."

la calidad de la actividad prestacional. En este sentido, los poderes públicos se están esforzando en la promoción de la modernización administrativa y de impulso de la administración electrónica - e-Administración¹⁸⁶-. Aunque no va a entrarse en detalle, puede decirse que, al tratarse, en buena parte, de una actuación en la que, aunque no exclusivamente, tiene gran relevancia el tratamiento y procesamiento de la información, las TIC presentan grandes ventajas para la Administración: agilizan la tramitación de los procedimientos administrativos, ayudan al acceso a datos y registros y favorecen la publicidad de sus actuaciones, reducen costes de funcionamiento,...¹⁸⁷ El uso de las TIC aproxima la Administración a empresas y a administrados¹⁸⁸ ahorrándoles tiempo y evitándoles desplazamientos - con lo que además se es más respetuoso medioambientalmente hablando - les proporciona comodidad y resulta más barato,... distintos motivos por los que el ciudadano puede comenzar a percibir a la Administración como una entidad a su servicio. Las ventajas asimismo son numerosas para los empleados públicos ya que a través del teletrabajo, se introduce flexibilidad horaria¹⁸⁹ que promueve la conciliación de la vida familiar y personal con la laboral, al ahorrar costes en tiempo y dinero.

¹⁸⁶ La administración electrónica ó eGovernment se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en las Administraciones Públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. El objetivo es mejorar los servicios públicos, reforzar los procesos democráticos y apoyar a las políticas públicas.vid http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/strategies/124226b_es.htm

¹⁸⁷http://administracionelectronica.gob.es/pae_Home#.UiiwJNLwbE0

Como recoge GIMENO FELIU, J.M.: "El principio de eficiencia...op.cit.,pág.31, con las TIC se mejoran los procesos internos de las organizaciones públicas y la calidad de los servicios públicos, aunque no cabe considerarlos como la panacea a todos los problemas de funcionamiento de la Administración.

¹⁸⁸ La reducción de costes tanto públicos como privados favorece la competitividad empresarial.

¹⁸⁹ PURCALLA BONILLA, M.A.: "El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión", *Revista de Derecho Social*, nº 46, 2009, pág.69. En relación con este último, la situación a la que nos ha conducido la pandemia del COVID 19 ha puesto de relieve la urgente necesidad de contar con una regulación que limite y proteja los derechos de los teletrabajadores. A través del teletrabajo, la Administración ha convertido en no presencial parte de los servicios públicos que ofrece, entre otros, la educación. Cabe recordar aquí *la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia* y para el ámbito del empleo público el *RD Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.*

Sin intención de ahondar en la materia¹⁹⁰, cabe traer a colación la Ley 39/2015¹⁹¹ que reconoce que la tramitación electrónica debe constituir la actuación habitual de las Administraciones a la hora de gestionar procedimientos. En su EM indica que una Administración sin papel, basada en un funcionamiento íntegramente electrónico, no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza sus garantías. Esta norma recoge la obligación de los sujetos de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (art.14.a Ley 39/2015) además de otras medidas como que todas las Administraciones cuenten con un registro electrónico, mantengan archivos electrónicos únicos, admitan como sistema de identificación y firma la firma electrónica y el certificado electrónico, incrementen la seguridad jurídica enviando avisos de notificación a dispositivos electrónicos o a la dirección de correo electrónico,...En el mismo sentido, la Ley 40/2015 establece, por ejemplo, la obligación de que las Administraciones Públicas se relacionen entre sí por medios electrónicos y contempla, como nuevo principio de actuación, la interoperabilidad de los medios electrónicos y sistemas y la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos. El *Plan de Transformación de la Administración General del Estado y sus organismos públicos* (Estrategia TIC 2015-2020), avanza en el desarrollo gradual de la Administración Digital, favoreciendo la aplicación tanto de la Ley 39/2015 como de la Ley 40/2015.

Con la irrupción de la COVID-19 y la declaración del estado de alarma¹⁹² se acelera la implantación del teletrabajo- modalidad preferente de trabajo a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las

¹⁹⁰Aunque podrían mencionarse otros antecedentes, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común es consciente del impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones administrativas. Y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos establece el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones, así como la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas necesarios para que ese derecho pudiera ejercerse. Tal derecho se hace efectivo, por ejemplo, de modo real mediante la imposición, al menos en el ámbito de la Administración General del Estado, de la obligación de poner a disposición de ciudadanos y empresas al menos un punto de acceso general a través del cual los usuarios puedan, de forma sencilla, acceder a la información y servicios de su competencia; presentar solicitudes y recursos; realizar el trámite de audiencia cuando proceda; efectuar pagos o acceder a las notificaciones y comunicaciones que les remita la Administración.

¹⁹¹ A mayor abundamiento vid RIVERO ORTEGA, R.: “La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 41, 2016.

¹⁹² A través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se implanta de forma generalizada el teletrabajo en las distintas Administraciones Públicas, aunque excepcional y temporalmente. En el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, se le considera medio de utilización preferente.

necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación (art.47 bis 1 EBEP)¹⁹³ - y el uso de las TIC en buena parte de las actividades que presta la Administración Pública¹⁹⁴. En este sentido, el *Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-2025* se convierte en uno de los hitos esenciales del componente 11 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR) (Modernización de las Administraciones Públicas) -que se enmarca asimismo en la *Agenda España Digital 2026-* y busca la mejora de la eficacia y la eficiencia de la Administración Pública. Con el fin de lograr los diferentes objetivos que se plantean en cada uno de los Ejes del Plan de Digitalización se pondrán marcha diferentes medidas. Algunas de ellas tienen carácter transversal para toda la Administración y pretenden encarar el proceso de transformación digital de todo el sector público¹⁹⁵; otras persiguen la transformación digital de los sectores de mayor impacto de la Administración (sanidad, justicia, empleo, inclusión, Seguridad Social y migraciones y servicio consular) -; y las hay orientadas a la modernización de los servicios centrales de la Administración General del Estado y el apoyo a la transformación digital de las administraciones territoriales¹⁹⁶.

4.3.3. Los distintos estatutos jurídicos de los empleados públicos: fórmula flexibilizadora

Como reza la *EM* del EBEP 2007, las Administraciones Públicas deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena Administración y contribuir al desarrollo económico y social. Entre esos factores el más importante es el personal al servicio de la Administración ya que, consistiendo su

¹⁹³ El *Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo* de 2002, revisado en 2009. La *Orden APU/1981/2006, de 21 de junio*, promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en departamentos ministeriales. También se encuentran referencias en la *Ley 11/2007*, en el *Acuerdo Gobierno-Sindicatos de 25 de septiembre de 2009*, el *II Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado* (2015) o el *Acuerdo de la Mesa general negociación de las Administraciones Públicas sobre el desarrollo del teletrabajo en la Administración General del Estado* (12/4/2021).

¹⁹⁴ Por ejemplo, en el *Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* se prevé la creación de un portal web único – ventanilla única - del PRTR para facilitar las solicitudes y la tramitación de los procedimientos a los interesados, como punto formal de relación con la Administración.

¹⁹⁵ Potenciar el desarrollo de aplicaciones móviles (App Factory), mejorar la experiencia de usuario, laboratorio ciudadano de innovación tecnológica en la Administración (GobTechLab), nuevo modelo de identidad digital, servicio de automatización inteligente, puesto de trabajo inteligente, servicio de infraestructuras Cloud, centro de operaciones de ciberseguridad;...

¹⁹⁶ https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Plan_Digitalizacion_AAPP/Medidas.html (visitada 30/12/2022).

actividad en una actividad de servicio, los recursos humanos dan corporeidad a la persona jurídica Administración Pública y posibilitan las relaciones de ésta con los ciudadanos, por lo que, si se trata de modernizar la Administración, introducir flexibilidad y ofrecer una actuación eficaz y eficiente, éstos son fundamentales.

Para poder mejorar en eficacia y en eficiencia se precisa tener conocimiento fiel y preciso de la situación real del empleo público. Sabido es que el modelo español de empleo público es dual por lo que los empleados públicos se someten a un doble estatuto jurídico: los funcionarios - y estatutarios- al Derecho Administrativo y los laborales al Derecho del Trabajo. La incorporación de personal en régimen laboral al empleo público ha sido una constante en crecimiento en nuestra Administración Pública. Tal es así que, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración se establezca, se podrá contratar personal laboral salvo para aquellos puestos de trabajo que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas (art.9.2 EBEP). Dejando a un margen las disfunciones que ocasiona en muchos casos, contar con regímenes jurídicos distintos para trabajos iguales, la posibilidad de recurrir a personal funcionario, laboral o estatutario proporciona flexibilidad a la Administración, y le permite aplicar criterios de productividad y eficacia en la gestión próximos a los de la empresa privada.

Por ello es fundamental la planificación de los recursos humanos que tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad (art.69 EBEP). Si se pretende modernizar nuestra Administración, ese ha de ser el primer paso: la generalización de estos instrumentos de planificación y ordenación de efectivos, cuyo uso tradicionalmente se ha soslayado.

Por otra parte, el art.20 EBEP establece la obligación de las Administraciones Públicas de contar con sistemas de evaluación del desempeño para medir y valorar la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados de sus empleados, esto es, procedimientos para valorar la eficacia y eficiencia, la productividad de los mismos - en

la que tradicionalmente ha habido poco interés en controlar¹⁹⁷, en muchos casos por su dificultad -.

Las exigencias de flexibilización - que obligan a asumir criterios de gestión empresarial, a fin de lograr la contención del gasto - invitan al progresivo retroceso de las fórmulas tradicionales de gestión de la Administración y a introducir mecanismos que permitan adaptarse con la misma agilidad que la empresa privada a las fluctuaciones del mercado. De esta forma, la estructura organizativa de la Administración es cada día más similar al sistema productivo privado, al asumir idénticos principios informadores (economía, productividad, celeridad, eficiencia, disciplina,...) y análogas técnicas empresariales de actuación. Se busca una mayor capacidad de adaptación a las necesidades. Una mayor flexibilidad en la entrada, durante el desarrollo y en la extinción de la relación de empleo.

En cuanto a la flexibilidad, el régimen laboral ofrece mayores posibilidades. El Derecho del Trabajo proporciona al empresario privado, ostentador del poder de dirección y organizador de la actividad empresarial, una serie de herramientas de flexibilidad de entrada, interna y de salida - que en distinto grado le permiten ir adaptando unilateralmente lo inicialmente contratado con el trabajador al quehacer diario de su empresa y a las necesidades de su actividad- justificadas por la garantía de la productividad y el principio de libertad de empresa. Aunque en el caso del empleador Administración Pública la flexibilidad de entrada del personal funcionario y laboral está condicionada al cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el régimen laboral posibilita, aunque con limitaciones, el recurso a las Empresas de Trabajo Temporal por las Administraciones Públicas y la contratación temporal. Buscando esta flexibilidad, y también en algún caso por motivos más reprobables, las Administraciones Públicas han usado y abusado de la temporalidad en la contratación laboral lo que ha producido la precarización de gran parte del empleo público y el nacimiento del engendro del trabajador indefinido, que no fijo. El EBEP, lejos de reprobador esta actitud, da carta de naturaleza al reconocer el art.11.1 EBEP al indefinido como un tipo de trabajador laboral; y, por otro lado, aumenta los supuestos en los que puede acudir a la figura del funcionario interino (art.10.1 EBEP).

¹⁹⁷ A diferencia de la empresa privada, recuerda DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: *Empleo y prestación...op.cit.*, pág.153, los superiores jerárquicos de los empleados públicos no disfrutan de ninguna contraprestación por ejercer esta función de control del trabajo de sus subordinados.

En relación a la flexibilidad interna, no es que las normas administrativas carezcan por completo de mecanismos de flexibilidad aplicables al estatuto jurídico funcional, lo que sucede es que prácticamente han estado inutilizados (art.81 y ss EBEP) - quizás en una mal entendida comprensión del derecho de inamovilidad del funcionario-. La flexibilidad de salida - salvo la pérdida de la condición de funcionario - no se conoce en el Derecho Administrativo que concibe como derecho de los funcionarios la inamovilidad en el empleo, que no en el puesto, dista mucho del régimen de extinción contractual del personal laboral.

La crisis económico financiera de 2008, y la consecuente reducción de gasto público, acentúan un lectura unidireccional de la flexibilidad en el empleo que conduce a un empeoramiento significativo de las condiciones de empleo de estos trabajadores en general, y de los públicos en particular. Hay que tener en cuenta, no obstante, que la flexibilidad predicada del empleo público tiene unas connotaciones específicas que la diferencian nítidamente de la flexibilidad y del ejercicio del poder de dirección en la empresa privada. Tiene unas motivaciones específicas en su actuación, está condicionada por las limitaciones presupuestarias y debe someterse a los principios constitucionales, entre ellos el de eficacia. Ya se ha dicho que la eficacia debe someterse al principio de legalidad y respetar los derechos de los ciudadanos, comprendiendo entre ellos a sus propios empleados, por lo que habrá de tratar de llegar a un equilibrio entre las necesidades de la organización y los derechos de los funcionarios. La introducción de este tipo de medidas en la gestión del empleo público no puede ignorar las garantías jurídicas esenciales de funcionarios y personal laboral, en atención a los derechos individuales que la CE les reconoce, para proteger la imparcialidad y la objetividad con que deben actuar los servidores públicos, evitar la eventual arbitrariedad de dirigentes políticos y gestores públicos y para interesar al funcionario en la gestión.

CAPÍTULO 2: La estabilidad económica como principio condicionador de la actuación de la Administración Pública

1. La estabilidad económica: principio justificador del uso de la flexibilidad por la Administración Pública

Históricamente, en Política Fiscal se ha venido produciendo un movimiento pendular entre los economistas seguidores de los principios de la Hacienda Clásica y los herederos de las tesis keynesianas¹⁹⁸. En el siglo XVIII, en pleno auge del Estado liberal, SMITH¹⁹⁹ y sus seguidores, conocidos como la *Escuela de la Hacienda Clásica*, defienden que el Estado debe intervenir en la actividad económica pero esta intervención, aunque imprescindible para la sociedad y el libre mercado, debe ser mínima²⁰⁰ y es que, para que la Economía funcione, el Estado ha de proporcionar ciertos bienes y servicios públicos indispensables, bienes públicos puros²⁰¹ tales como la defensa, la justicia, orden público,... servicios de utilidad general que la empresa privada no puede ofrecer. Las funciones en materia económica que los clásicos encomendaban al Estado quedan claramente sintetizadas en “*asentar la competencia, prestarle los bienes públicos que el orden de la competencia precisa y compensar los defectos que en la vida social puede ocasionar el funcionamiento y la extensión del orden competitivo*”²⁰².

Dado que la actuación del sector público en la vida económica debe ser residual, es lógico que los clásicos propugnen que el gasto público debe estar limitado²⁰³. A este

¹⁹⁸Estos vaivenes pueden estudiarse en SIMÓN SEGURA, F.: *Manual de Historia Económica Mundial y de España*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994; PASCUA MATEO, F.: “Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales”, *Revista Administración Pública*, nº 158, 2002, pág.119 y ss.; COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica mundial*, Alianza Editorial, 2012.

¹⁹⁹ Apunta MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*, págs.230 y 630, que SMITH - autor de *La Riqueza de las Naciones* (1776) y de la *teoría de la mano invisible*- defendía la no intervención del gobierno en la economía porque pensaba que los gobiernos “*son derrochadores, fáciles de corromper, ineficaces e inclinados a otorgar privilegios en perjuicio de la sociedad en su conjunto. Para promover el bienestar, los mejores medios son el estímulo del propio interés y el desarrollo de la competencia*”. Recuerda CASAS PARDO, J.: *Curso de Economía, Editorial de Economía Política*, Tirant lo blanch, 2007, pág.40, que para los clásicos “*los individuos al perseguir su propio interés, están realizando funciones económicas que hacen que el sistema marche de una forma razonablemente eficiente y dé respuestas a las cuestiones económicas básicas de la sociedad*”.

²⁰⁰ FUENTES VEGA, S.: *Realidad y racionalidad...op.cit.*, pág.32.

²⁰¹ Señala BUSTOS GISBERT, A.: *Curso básico...op.cit.*, pág.232, que, se caracterizan por la ausencia de rivalidad en el consumo y por la imposibilidad de aplicar el principio de exclusión, lo que impide cobrar un precio para quienes deseen su adquisición y obligan a su financiación a través de impuestos. COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica...op.cit.* pág. 545. ALBI IBAÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I...op.cit.*, pág.71.

²⁰² FUENTES QUINTANA, E.: *Lecciones de economía española*, AECA, 2009, pág.17-19, revela que a SMITH se le atribuye erróneamente la defensa de la economía libre sin Estado.

²⁰³ Indica DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España”, *Diario la Ley nº 7760 (LA LEY 17854/2011)*, 2011, que SMITH no rechaza, en realidad, el déficit público, pero circunscribe su uso a una serie de supuestos limitados.

principio de limitación del gasto público, ha de añadirse el *de neutralidad impositiva* que básicamente supone que la normativa fiscal no ha de condicionar la actividad económica privada y la denominada *regla de oro* de la Hacienda Clásica, que aboga por el *equilibrio presupuestario anual* – regla recogida en algunos textos constitucionales del siglo XIX pero ignorada con frecuencia por los gobernantes²⁰⁴-. Esto es, los ingresos ordinarios han de ser suficientes para cubrir los gastos corrientes totales del sector público por lo que el recurso a la deuda pública ha de limitarse únicamente a “*financiar inversiones cuya rentabilidad permita el pago de los intereses y la devolución, o amortización, del préstamo*”²⁰⁵. Los seguidores de SMITH creen que el mercado dispone de “*mecanismos autocorrectores que hacen innecesaria la Política fiscal* – la intervención pública -, por ello defienden que el gasto público se limite lo máximo posible y que el presupuesto se encuentre equilibrado anualmente”²⁰⁶.

La rigurosa exigencia del equilibrio presupuestario en las finanzas públicas tiene un trasfondo político y persigue el control del Poder Ejecutivo por el Poder Legislativo, cuyo margen de maniobra en materia presupuestaria queda muy mermado en muchas ocasiones²⁰⁷. A medida que el Estado Liberal va ampliando sus fines y se va convirtiendo en un Estado Social intervencionista, con el consecuente incremento del gasto público, el principio de equilibrio presupuestario se va resquebrajando²⁰⁸, no obstante, puede decirse que las ideas clásicas predominaron en el panorama económico hasta la crisis de 1929. Ante la quiebra de multitud de empresas y bancos y niveles de desempleo intolerables, se decide por parte de gobiernos - como el de Estados Unidos - actuar en la economía a través de la Política fiscal para conseguir remontar la crisis de la que el mercado, por sí solo, no puede salir. Al mismo tiempo, la terrible situación económica de gran parte de la población mueve a los gobiernos a un mayor gasto público al plantearse la creación de sistemas de Seguridad Social para atender las necesidades sociales, y, en este sentido, tuvo gran influencia BEVERIDGE²⁰⁹.

²⁰⁴ Vid. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero...op.cit.*,pág.755

²⁰⁵FUENTES QUINTANA, E.: *Lecciones de economía...op.cit.*,Pág.20; BUSTOS GISBERT, A.: *Curso básico...op.cit.*, pág.82.

²⁰⁶ MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.* pág.333.

²⁰⁷ RUIZ ALMENDRAL, V.: "La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en el Derecho Comunitario", *La Ley*, 2008 LA LEY 14516/2010.

²⁰⁸ GARCÍA GARCÍA, J.L.: "La constitucionalización...op.cit.", pág.90

²⁰⁹ Para SERRANO SANZ, J.M.: *De la crisis económica en España y sus remedios*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2011, pág.19, "mientras el optimismo liberal confiaba en que no hubiera crisis, el keynesianismo estaba convencido de que interviniendo en el mercado podía evitarlas".

En este contexto, KEYNES²¹⁰ elabora sus trabajos sobre la intervención del Estado en la economía. Aunque apuesta por el equilibrio presupuestario, lo hace por un “*equilibrio presupuestario a lo largo del ciclo*” y además defiende el déficit público en tiempos de crisis²¹¹. Los keynesianos creen que la intervención del Estado en la economía puede evitar las crisis y rechazan el principio de neutralidad impositiva porque el sistema fiscal es un instrumento necesario en la distribución de rentas y debe ser utilizado para incentivar o disuadir de ciertos comportamientos al capital privado. Es por ello que, lejos del equilibrio presupuestario y de la limitación de la emisión de deuda pública, creen que la solución pasa por la inversión del Estado en tiempos de recesión para contrarrestar la caída del gasto privado y, de esta manera, reactivar la economía recuperando los niveles de renta y el pleno empleo. Como sostiene PASCUA, “*la verdadera aportación de KEYNES es la justificación teórica de la bondad del déficit como instrumento de política fiscal destinado a la creación de riqueza en tiempos de crisis*”²¹², a lo que habría que añadir que se trataría de conseguir superávit en las fases de crecimiento económico para poder amortizar la deuda emitida en las fases de crisis²¹³. Esa ha de ser la situación de partida para que las tesis keynesianas tengan su efecto recuperador del sistema económico. A nada conduciría el descontrol del déficit en época de bonanza y consecutivo mayor gasto a través de inversión pública en la de recesión²¹⁴.

Con las crisis de las décadas de 1970 y 1980, las soluciones keynesianas dejan de ser consideradas eficaces porque se piensa que aumentan los déficits públicos agravando aún más la situación económica²¹⁵ y se condena a las generaciones futuras al pago de los

²¹⁰MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*, pág.329

²¹¹BUSTOS GISBERT, A.: *Curso básico...op.cit.* pág.83 y ss; COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica...op.cit.*, pág.540 y 598. MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero...op.cit.*, pág.755.

²¹²Para PASCUA MATEO, F.: “Las nuevas leyes...op.cit., pág.123, “*el aumento de gasto público, siempre que no se financie con nuevos impuestos, induce un crecimiento de la economía mayor que el déficit generado, debido a que el incremento de renta generado se destinará a la inversión y no al simple consumo,...*” SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D.: *Macroeconomía...op.cit.*, , pág.275 “*a través de políticas monetarias y fiscales, el gobierno puede estimular la economía y ayudar a mantener altos niveles de producción y de empleo*”.

²¹³MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*,pág.333.

²¹⁴ A juicio de SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D.: *Macroeconomía,...op.cit.*,pág.275 “*los economistas keynesianos desean complementar las políticas de crecimiento mediante políticas monetarias y fiscales adecuadas para controlar los excesos del ciclo económico*” por lo que transforman profundamente la manera de entender los ciclos y la política económica. Por el contrario, para los defensores de los clásicos la intervención de los Estados aumentando la demanda, sólo conduce al incremento de la inflación, perjudicando la inversión y el crecimiento económico a largo plazo - los recursos destinados a más gasto público, se detraen de la inversión privada - es por ello que se muestran escépticos con que los Estados intervengan para estabilizar los ciclos económicos. Creen en el crecimiento económico a largo plazo y renuncian a las medidas de estabilización de ciclo económico.

²¹⁵MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*,pág.329

intereses de la deuda, produciéndose una transferencia de la carga²¹⁶. Se cree que el déficit excesivo es un mal consustancial al sistema democrático²¹⁷ y vuelve a considerarse que hay que reducir gasto público y caminar hacia la estabilidad, esto es, se produce una reacción contra el intervencionismo y un retorno hacia la estabilidad - fruto de ello son las políticas neoliberales de la década de 1980-. Es entonces cuando los monetaristas²¹⁸ - herederos de clásicos y keynesianos²¹⁹ -, defienden la vuelta al equilibrio presupuestario y a la desregulación, ya que confían en el mercado para solucionar los problemas de inestabilidad, asignar recursos y conseguir la eficiencia económica. Rechazan la intervención del Estado porque con sus políticas de gasto dilapida recursos que se detraen de la actividad económica privada e incurre en déficit, originando ineficiencia y distorsiones²²⁰, por lo que critican el tamaño del Estado de Bienestar y proponen la reducción del sector público. Parte de la doctrina cree que con estas ideas se reduce la inflación y el desempleo y se favorece la productividad y el crecimiento²²¹.

Los años posteriores, durante los que se aplican, en general, políticas económicas más liberales - etapa conocida como *Consenso de Washington* -, se caracterizan por el crecimiento económico, gracias a los avances tecnológicos, la globalización, la ausencia

²¹⁶ Cita RUIZ ALMENDRAL, V.: "La constitucionalización...op.cit. LA LEY 14516/2010, a BUCHANAN y WAGNER, para explicar que financiar el gasto público a través de deuda pública, es más favorable para los políticos que incrementar los impuestos, aunque ello provoque "un auténtico déficit democrático para los contribuyentes futuros, que no han podido decidir acerca de dichos gastos y que van a tener que soportar el gasto". En ese caso deberían producirse aquellos gastos que supusiesen una inversión que las generaciones futuras pudiesen disfrutar (*equidad intergeneracional*).

²¹⁷Estas ideas tienen que ver con la *Teoría del Public Choice* y son adelantadas por BUCHANAN, entre otros. En un sistema democrático, los políticos llevarán a cabo programas crecientes de gasto público dirigidos a beneficiar a determinados grupos de presión, a cambio de su respaldo en las urnas. Gasto público soportado por toda la ciudadanía, vía impuestos, pero que favorece únicamente a unos pocos bien organizados. Para JIMÉNEZ DÍAZ, A.: *La reforma constitucional y la limitación del déficit público*, Instituto de Estudios Fiscales, Documento nº 3/2012, pág.6, "la burocracia siempre estará interesada en incrementar su poder mediante nuevos y crecientes gastos...y que la ilusión fiscal que lleva a los contribuyentes a desconectar gastos e ingresos, sin apreciar que una determinada cifra de gasto exigirá una cifra equivalente de ingresos que, tarde o temprano, salen de su bolsillo..." GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M.: "Disciplina presupuestaria, estabilidad macroeconómica y eficiencia de las finanzas públicas", *Papeles de Economía Española*, nº 100, 2004, recuerda que "la política económica, al ser diseñada y ejecutada por políticos en el seno de instituciones políticas...contiene un sesgo contrario a la disciplina o la responsabilidad fiscal y a la estabilidad macroeconómica" y se muestra favorable a que la CE o las leyes limiten el gasto público. Vid también, GARCÍA GARCÍA, J.L.: "La constitucionalización...op.cit., pág.90. PASCUA MATEO, F.: "Las nuevas leyes...op.cit., pág.124.

²¹⁸ Su precursor fue M. FRIEDMAN, puede consultarse, por otros, en MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.* pág.329, quien recuerda que para éstos "las fuerzas del libre mercado son más eficientes que la intervención pública a la hora de fomentar un crecimiento económico sin tensiones inflacionistas".

²¹⁹ SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D.: *Macroeconomía...op.cit.*,pág.279.

²²⁰MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*, pág.366. RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria...op.cit.*,LA LEY 14516/2010, no cree que esto suponga un retorno al prekeynesianismo.

²²¹MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*,pág.329. Piensa lo contrario, GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M.: "Disciplina presupuestaria, estabilidad...op.cit.

de recesiones globales y de procesos inflacionistas generales, ciclos económicos muy suaves,... aunque terminan con una gravísima crisis económica financiera internacional en 2008. Y es que, como sostienen los especialistas en Historia Económica, “*las economías capitalistas de mercado son sistemas inestables, más propensos a los ciclos que al equilibrio económico*”²²². En palabras de MOCHÓN, “*uno de los problemas que presenta la economía de mercado es que de forma recurrente incurre en períodos de crisis, a los que, transcurrido un cierto tiempo, le siguen otros de fuerte crecimiento...*”²²³, es por ello que, en nuestros días, incluso en los países más proclives al neoliberalismo, el Estado interviene en la vida económica para corregir los fallos del mercado²²⁴, posibilitar la eficiencia económica, favorecer el crecimiento económico y el pleno empleo, eliminar desigualdades sociales procurando la distribución de la renta²²⁵,...

2. La Unión Económica y Monetaria: una decidida apuesta por la estabilidad presupuestaria.

2.1. La Unión Económica y Monetaria

Resulta obligado comenzar diferenciando el principio de equilibrio presupuestario del de estabilidad presupuestaria. La estabilidad presupuestaria, versión descafeinada del primero, acepta el “*déficit coyuntural en un régimen presupuestario de eliminación del déficit estructural*”²²⁶. En la evolución de la Unión Europea se aprecia una apuesta clara por este último principio²²⁷ como base fundamental del crecimiento económico y del bienestar de los ciudadanos europeos. El equilibrio o superávit de las cuentas públicas se convierte en condición indispensable, no sólo como requisito coyuntural de acceso, sino también de permanencia, en la Unión Europea y en la Unión Económica y Monetaria.

Del principio de estabilidad presupuestaria se encuentran referencias tanto en los Tratados constitutivos – por ejemplo, el art. 126 TFUE (antiguo art.104 TCE)²²⁸ dispone que los “*Estados evitarán déficits públicos excesivos*”- como en el Derecho Derivado,

²²²Por otros, vid COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica...op.cit.*,pág.646

²²³MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*,pág.240

²²⁴Por otros vid ALBI IBÁÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I...op.cit.*,pág.51

²²⁵ BUSTOS GISBERT, A. : *Curso básico...op.cit.*,pág.238

²²⁶NAVARRO FAURE, A.: “Los principios presupuestarios...op.cit.”,pág.496

²²⁷Vid ec.europa.eu/economy_finance/index_en.htm (europeancommission: economic and financial affairs). Y también Banco de España www.bde.es

²²⁸ Aunque de estabilidad ya se habla en el art.4.3 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) cuando se refiere a que las acciones de los Estados miembros para alcanzar los fines del Tratado (art.2 TCE) implican el respeto de los principios de precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas (actual 126 TFUE).

pero situaremos nuestro punto de partida en 1992, fecha en que se firma el *Tratado de la Unión Europea* (en adelante, TUE) y se acuerda la creación de la *Unión Económica y Monetaria* (en adelante, UEM)²²⁹. Tras varios años de trabajo en los que se va desarrollando un mercado único y en los que se crea el *Banco Central Europeo* (en adelante, BCE), buena parte de los Estados Miembros abandonan sus divisas nacionales y se integran en la Eurozona con el euro²³⁰ que se pone en circulación en 2002 y que no es sino un paso más en el proceso de integración económica que se inició en la década de 1950.

Depender de una moneda única y común –que iba a “*poner de manifiesto la riqueza del conjunto de los Estados miembros que la adoptaban*”²³¹ -, exigía de los países candidatos al ingreso en la UEM, la superación de un examen de convergencia por parte de sus economías nacionales, por lo que se eligen unos requisitos cuyo cumplimiento asegure que la economía de un Estado miembro está suficientemente preparada para la adopción del euro y que a la vez sirvan para coordinar, mínimamente, sus políticas económicas –entre otros, se limitan los niveles de inflación, déficit y deuda pública²³²-.

El mantenimiento de la fortaleza y estabilidad del euro beneficia al crecimiento económico y al empleo y es fundamental para la disponibilidad de financiación, la sostenibilidad de las finanzas públicas y el sostenimiento de los sistemas de protección social en Europa. Es por ello que, para asegurar la estabilidad y prevenir que decisiones inapropiadas de un Estado miembro puedan extender sus efectos al resto de economías de la UE, las políticas económicas de los Estados miembros resultan parcialmente reguladas a nivel comunitario. La Política Monetaria – a quien compete la estabilidad de

²²⁹ MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma del art.135 de la Constitución Española y la subordinación de la deuda pública a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera", *Revista Española Derecho Financiero*, nº 155, 2012, pág.108. En el mismo sentido, PASCUA MATEO, F.: "Las nuevas leyes...op.cit.,pág.126.

²³⁰ La adopción del euro se convierte en un complemento indispensable para el mercado único en el que bienes, personas, servicios y capitales pueden moverse libremente por los países miembros. Una moneda de tal tamaño, fuerza y estabilidad, proporciona a Europa una posición más fuerte en el mundo económico - menor inflación, estabilidad de los precios, mayor seguridad en las inversiones, reducción costes transacción entre países, transparencia y mayor competencia en los mercados,...-. Como desventajas MOCHÓN, F.: *Economía...*op.cit.,pág. 441, apunta a que los Estados miembros ya no pueden servirse del tipo de cambio para estabilizar la economía; se pierde autonomía en política monetaria y fiscal; y en el caso de la UEM las diferencias entre los Estados miembros son muy grandes en competitividad del sistema productivo, marco institucional y ordenamiento jurídico, grado de desarrollo de las economías nacionales y posición en el ciclo de los negocios, sistema fiscal, retributivo, educativo,...

²³¹MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma...op.cit.,pág.108.

²³²Vid también FUENTES QUINTANA,E.: *Lecciones...*op.cit.,pág.19; o ALVAREZ RENDUELES, J.R.: "La Política económica de la Unión Europea", *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº 2, 1994, pág.196.

los precios y de los tipos de interés – se encarga al BCE, quien se plantea como uno de sus principales objetivos el salvaguardar el valor del euro; mientras que la Política Fiscal –relativa a las decisiones sobre impuestos, gastos y préstamos – sigue siendo responsabilidad de los Estados miembros²³³. Sin embargo, como las decisiones presupuestarias tomadas por los Estados pueden tener repercusión en la zona euro y en toda la UE, deben observar las reglas establecidas a nivel comunitario que introducen límites a la deuda y al déficit público.

Pronto se es consciente de que la supervivencia de la UEM precisa de la coordinación de las políticas fiscales de los Estados miembros y, por ello, nace el *Pacto de Estabilidad y Crecimiento* (en adelante, PEC)²³⁴. Con el PEC los Estados miembros se comprometen con la estabilidad presupuestaria en la UEM²³⁵, para lo cual han de controlar déficit y deuda pública. Un país con un elevado déficit genera externalidades negativas al reto de los países, aumentando los tipos de interés como consecuencia del mayor recurso al mercado de capitales²³⁶. Con el objetivo de proporcionar confianza en la estabilidad económica de la zona euro y garantizar una convergencia sostenida y duradera de las economías de los Estados Miembros, el PEC limita la utilización del déficit público como instrumento de política económica de la UEM²³⁷. Así, los Estados se comprometen a presentar anualmente *Programas de Estabilidad* (países del euro) o *Convergencia* (países no euro) que recojan las medidas necesarias para alcanzar ese objetivo, estableciéndose mecanismos para supervisar que los Estados miembros cumplen con estos compromisos, corrigiendo y sancionando su incumplimiento²³⁸.

²³³ Actuales arts.3 y ss y 119 y ss TFUE.

²³⁴ En el *Consejo Europeo de Amsterdam* (1997).

²³⁵ Vid RUIZ ALMENDRAL, V.: "La constitucionalización...op.cit., LA LEY 14516/2010. Para MARTÍNEZ RICO, R.: "La institución presupuestaria española: del Pacto de Estabilidad a las reglas de estabilidad presupuestaria", *ICE*, nº 826, 2005, pág.360. MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España*, Crítica, Barcelona, 2012, pág.151

²³⁶ MARTÍNEZ RICO, R.: "La institución presupuestaria española: del Pacto de Estabilidad a las reglas de estabilidad presupuestaria", *ICE*, nº 826, 2005, pág.368. Vid otros motivos en RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria...op.cit.*

²³⁷ Los Estados se comprometen a perseguir el objetivo a medio plazo de situaciones presupuestarias próximas al equilibrio o en superávit, de forma que, cuando los estabilizadores automáticos actúen, el déficit se mantenga siempre por debajo del 3% - y sólo pueda ser superado en circunstancias excepcionales -, y el nivel de deuda pública que no pueda exceder del 60% del PIB. Art.1 *Protocolo nº 12 Anexo al TFUE sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo* (en desarrollo art.126.2 TFUE).

²³⁸ Con esta finalidad, el PEC se hace acompañar del *Reglamento del Consejo 1466/1997, de 7 de julio, por el que se acuerda el reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y la coordinación de las políticas económicas* - establece normas sobre la presentación, contenido y examen de los programas de estabilidad y convergencia por parte de los distintos Estados miembros - y *Reglamento del Consejo 1467/1997, de 7 de julio, por el que se acuerda la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo*, como analizan ALMUNIA, J.: "España en la Unión Económica y Monetaria: la estabilidad

En general, puede decirse que el PEC favorece el proceso de saneamiento presupuestario que se produce en la UE entre 1997 y 2000²³⁹, aunque tras las dificultades en las cuentas públicas de, entre otros, Alemania y Francia - tuvieron déficit excesivo que activa el procedimiento disuasorio del PEC²⁴⁰- se acuerda modificar el PEC y flexibilizar la regla de estabilidad que ahora pasa a ser estabilidad en el ciclo económico, lo que va a permitir “*situaciones de déficit en momentos de recesión, que se combinarían con resultados de superávit en momentos de mayor crecimiento*”²⁴¹.

Estas medidas se han calificado de “*poskeynesianismo neoliberal*” pues persiguen procurar períodos duraderos de equilibrio o superávit y establecer controles para tratar de evitar el déficit presupuestario²⁴². También puede colegirse que para conseguir avances en esta mayor integración económica, las normas comunitarias limitan seriamente la soberanía de los Estados miembros y su capacidad de intervención en la vida económica, que incluso alcanza al contenido de sus constituciones económicas²⁴³, con el riesgo de que “*una interpretación excesivamente rígida de las normas que lo integran puede acarrear el efecto inverso: una limitación de las posibilidades de actuación de los Estados miembros para coordinar sus políticas económicas*”²⁴⁴.

2.2. La reacción comunitaria a la crisis de 2008

Mucho se ha escrito sobre las causas de la grave crisis de 2008- desequilibrios comerciales y financieros, burbujas especulativas descontroladas, creciente desigualdad en la distribución de la renta,...²⁴⁵ - cuyo detonante es la crisis financiera iniciada en

presupuestaria”, REDE, nº 14, 2005, pág.164. FUENTES QUINTANA,E.: *Lecciones...op.cit.*, Pág.212. Señala MARTÍNEZ RICO, R.: “La institución...op.cit.pág.368, como el PEC se apoya en “*el principio de supervisión multilateral de las situaciones presupuestaria y el procedimiento de déficit excesivo*”.

²³⁹ El equilibrio o superávit presupuestario se reitera en el *Consejo Europeo de Santa María de Feira* (2000), en las que se insta a los Estados miembros a continuar el saneamiento de las cuentas públicas más allá del nivel mínimo para cumplir los requisitos del PEC y generar un margen de maniobra adicional para la estabilización cíclica, para protegerse de una evolución presupuestaria imprevista, acelerar la reducción de la deuda y prepararse para los desafíos presupuestarios del envejecimiento de la población, vid ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Las deudas de la Administración y el principio de estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 124, 2004, pág.536.

²⁴⁰ ALMUNIA, J.: “España...op.cit.,pág.164.

²⁴¹ LÓPEZ DÍAZ, A.: “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista Española Derecho Financiero*, nº 157, 2013, pág.28 y 31. vid MOCHÓN LÓPEZ, L.: “La reforma...op.cit.,pág.109. Esta relajación de la regla de gasto propicia que Portugal, Italia, Grecia y España aumenten considerablemente su deuda pública.

²⁴² ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Las deudas...op.cit.,pág.537

²⁴³ Vid LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho...op.cit.*,pág.21; en el mismo sentido, MOCHÓN LÓPEZ, L.: “La reforma del...op.cit.,pág.108.

²⁴⁴ RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad presupuestaria...op.cit La Ley 14516/2010*

²⁴⁵ De manera muy didáctica se describen sus causas en NAVARRO, V.; TORRES LÓPEZ, J. Y GARZÓN ESPINOSA, A.: *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Sequitur ATTAC España, 2011.

Estados Unidos²⁴⁶ y que se extiende vertiginosamente a nivel mundial, sobre todo en Europa. Incluso se generaliza la opinión, sin duda promovida desde posiciones favorables a la desregulación de los mercados y a la reducción de la intervención de los Estados en la economía, de que la crisis financiera tiene origen en la crisis europea de deuda pública. Sin embargo, puede defenderse precisamente lo contrario y sostener que es motivada por la falta de control y supervisión de las entidades financieras y que son las Haciendas Públicas las que tienen que acudir al rescate de los sistemas financieros²⁴⁷.

Puede sintetizarse diciendo que, el siglo XX termina en una fase de crecimiento económico y ahorro. Esta abundancia de liquidez, con bajos tipos de interés, aumenta el consumo y la inversión, sobre todo la inmobiliaria. Los créditos hipotecarios – concedidos por la banca sin llevar a cabo una evaluación seria del riesgo de impago por los deudores (ej. hipotecas basura) - se convierten en títulos negociables que se transmiten de unas entidades financieras a otras²⁴⁸ (burbuja inmobiliaria). La Reserva Federal Americana se pone de perfil y no controla la solvencia y los riesgos de estas entidades. Cuando suben en 2006 los tipos de interés, se produce un incremento de la morosidad que pone de manifiesto el excesivo riesgo asumido por la banca²⁴⁹. En una economía globalizada, la crisis se expande como la pólvora –muchos bancos tienen inversiones en bancos americanos-. Ante el riesgo de insolvencia del sector bancario, los Estados intervienen recapitalizándolo con fondos públicos. Se limitan los créditos a consumidores y empresas ralentizando el consumo y la inversión. Muchos países entran en recesión²⁵⁰.

La crisis económica internacional de 2008 se ensaña especialmente con algunos países comunitarios, los más endeudados. Su incidencia es tal que, sobrepasando lo económico, llega a tambalear los cimientos de la Unión Europea destapando serias

²⁴⁶ SERRANO SANZ, J.M.: *De la crisis económica...op.cit.*,pág.49: "la quiebra de Lehman Brothers y las extremas dificultades de algunos de los mayores bancos del mundo, en particular, norteamericanos, reveló la magnitud del problema e hizo patente el estado de crisis financiera".

²⁴⁷ En MOCHÓN, F.: *Economía...op.cit.*,pág.240, "el rechazo a la regulación y una excesiva voluntad liberalizadora de determinadas actividades y operaciones financieras han permitido comportamientos, no ya irregulares sino inmorales, con unos efectos muy perjudiciales para la economía mundial". Entre muchos otros, DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma del art.135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública", *Revista Española Derecho Financiero*, nº 153, 2012, pág.24.

²⁴⁸ Como estudia REQUEIJO, J.: *Economía mundial*, McGraw Hill, 6º ed, 2021, pág.213, los acreedores confían en las agencias de calificación "que determinaban la solvencia de las entidades que emitían los títulos", por lo que los créditos hipotecarios se transmitían sin evaluación del riesgo.

²⁴⁹ La situación se ataja y como consecuencia de la misma se vuelve a políticas de ajuste presupuestario pero ello se produce a costa de un deterioro social considerable, vid TORRES SÁNCHEZ, R., SOLBES FERRI, S. y DÍAZ-ORDÓÑEZ, M.: *Historia económica mundial*, Eunate, 2018, pág.192.

²⁵⁰ Por otros, vid REQUEIJO, J.: *Economía...op.cit.*, pág.213.

debilidades en la gobernanza económica de la UEM²⁵¹. Afecta a los Estados miembros aumentando el déficit y la deuda públicos hasta incumplir de manera generalizada los niveles de referencia permitidos por la normativa comunitaria, lo que obliga a aplicar el procedimiento de déficit excesivo de forma generalizada²⁵². En 2008, Grecia, Portugal e Irlanda se ven forzados a pedir rescates ante el riesgo de impagos de deuda, esto es, son ayudados económicamente por la UE para evitar su bancarrota²⁵³, porque ello perjudicaría notablemente la estabilidad de la moneda única - tensiones financieras que incrementarían el tipo de interés que otros países han de pagar por sus emisiones de deuda (Italia y España) y supondría un riesgo para el sistema bancario de los restantes países (Francia y Alemania, sobre todo) por su exposición a la deuda de los países con mayores problemas²⁵⁴-. Como los Estados miembros han de pagar elevadísimos intereses por su deuda soberana, se crean distintas herramientas de asistencia financiera, para proporcionar solvencia y liquidez a los países del euro que no obtienen financiación en los mercados. Asimismo el BCE interviene para rebajar la presión de los mercados sobre las economías del euro más débiles²⁵⁵, por ejemplo comprando deuda pública.

Ante esta tesitura, se entiende que la estabilización de la situación económica y la salida de la crisis pasan por “*una mayor integración política y económica*” y este avance hacia una mayor integración del proyecto europeo, se materializa a través de “*la cooperación intergubernamental de los Estados, más que a través del refuerzo del papel de las instituciones comunitarias*”²⁵⁶. De esta manera, para intensificar la gobernanza económica de la UEM, en 2011 se aprueba un conjunto de medidas legislativas conocido como *Six Pack –Semestre Europeo, Pacto por el euro plus,...-* que tienen por objeto reformar el principio de estabilidad presupuestaria en la zona euro, reforzar el gobierno

²⁵¹ CAMARERO, M. y TAMARIT, C. (Coord.): *Economía de la Unión Europea*, Civitas Thomson Reuters, 8ª ed., 2019, pág.263.

²⁵²Se revela, como reconoce BELLOD REDONDO, J.F.: "Techo de gasto y estabilidad presupuestaria", *Presupuesto y Gasto Público*, nº 65, 2011, pág.99, "*la vulnerabilidad, ante la que probablemente pensábamos que estamos protegidos gracias a la moneda común*"

²⁵³PASCUA MATEO, F. (Dir.): *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, Civitas Thomson Reuters, 2013, pág.41, ya en 2010 y 2011 la UE pone en funcionamiento, con carácter urgente y temporal, algunos mecanismos de estabilización destinados a paliar la crisis y atender a las necesidades extraordinarias de financiación de los Estados miembros. Estos mecanismos son el MEDE, *el Sindicato de préstamos bilaterales a Grecia* - Consejo Europeo de 25 de marzo de 2010 - y es ampliado en tres ocasiones, posteriormente-; el *Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera* (MEEF) -el Consejo de Estados de la Eurozona de 10 de mayo de 2010 aprueba el rescate de Irlanda y Portugal a través del MEEF -; la *Facilidad Europea de Estabilidad Financiera* (FEFF) concede ayuda a España.

²⁵⁴ LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit., págs. 28, y.32-33

²⁵⁵ DE GREGORIO MERINO, A.: "El Derecho de la Unión y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria", *Revista de Derecho Europeo*, nº 45, 2013, pág.31.

²⁵⁶ PASCUA MATEO, F. (Dir.): *Derecho...op.cit.*, págs.24 y ss.

económico europeo y prevenir futuras crisis²⁵⁷. Así, se modifica el art.136 TFUE de manera tal, que los Estados miembros con moneda euro puedan establecer un mecanismo de estabilidad permanente que, bajo el cumplimiento de condiciones estrictas, les concederá la ayuda financiera (rescates) que necesiten²⁵⁸, - hasta entonces, los art.123 y 125 TFUE prohíben ayudas financieras directas a los Estados-. Como la necesidad de creación y puesta en funcionamiento de este mecanismo de estabilidad permanente - que proporcione liquidez y asistencia financiera - es perentoria para alguno de los Estados de la zona euro y, sin embargo, el funcionamiento habitual de las instituciones comunitarias es lento y resulta complicado lograr la rápida ratificación del art.136 TFUE, los países de la eurozona, - que asimismo persiguen que este mecanismo de estabilidad resulte más ágil y flexible y sin todas las limitaciones impuestas por el rígido marco jurídico de los Tratados - firman un tratado internacional, al margen de los Tratados de la UE, por el que se establece el *Mecanismo Europeo de Estabilidad*²⁵⁹ (en adelante, MEDE).

El compromiso con la recepción en el ordenamiento interno de los Estados miembros del principio de estabilidad, al más alto nivel, se produce con la redacción de un tratado internacional, el *Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la*

²⁵⁷ Son cinco reglamentos y una Directiva publicados el 23/11/2011: *Reglamento UE 1173/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, sobre ejecución efectiva de la supervisión presupuestaria en la zona del euro*; *Reglamento UE 1174/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a las medidas de ejecución destinadas a corregir los desequilibrios macroeconómicos excesivos en la efectiva zona del euro*; *Reglamento UE 1175/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento CE 1466/97*; *Reglamento UE 1176/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, relativo a la prevención y corrección de los desequilibrios macroeconómicos*; *Reglamento UE 1177/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2011, por el que se modifica el Reglamento CE 1467/97*. Y la *Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros*. Para DE GREGORIO MERINO, A.: "El Derecho de...op.cit.,pág.31 y 35, el *Six Pack* no supone una cesión de soberanía de los Estados miembros, sino la adopción de medidas de coordinación, con las que se fortalecen los poderes de la Unión en materia económica.

<http://www.euroxpress.es/index.php/noticias/2011/9/28/el-parlamento-europeo-aprueba-el-six-pack/>

²⁵⁸ Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011.

²⁵⁹ Como recuerda PASCUA MATEO, F. (Dir.): *Derecho de...op.cit.*, págs.42 y 43, ante la gravedad y persistencia de la crisis financiera, el Tratado MEDE (junio de 2011), es sustituido por un segundo Tratado (febrero de 2012), que incrementa su flexibilidad pero que a cambio exige el cumplimiento de requisitos aún más estrictos para la concesión de las ayudas, que van a vincularse a la ratificación del TECGUEM. Para DE GREGORIO MERINO, A.: "El Derecho de...op.cit.,pág.35, "su finalidad es lograr solidez en la zona euro mediante la movilización de sus fondos a alguno de sus miembros que esté padeciendo problemas financieros, cuando éstos pongan en riesgo al conjunto de los Estados con moneda común". Se refuerza también el PEC para dar cabida a medidas preventivas y correctivas más severas, con las que se pretende impedir que los países de la UE lleguen a situaciones de déficit excesivo - además del déficit público, a partir de ahora se podrá supervisar la deuda pública-. La Comisión asume la función de supervisora en la detección y alerta de los desequilibrios fiscales, en cuyo caso los países tendrán que corregir sus cuentas puesto que, caso contrario, podrán ser sancionados con multas. Vid por otros BUITRAGO ESQUINAS, E.M. y ROMERO LANDA, L.B.: *Economía de la Unión Europea. Análisis económico del proceso de integración europeo*, Pirámide, 2013, pág.221.

Unión Económica y Monetaria (en adelante, TEGUEM)²⁶⁰. El también conocido como *Pacto Presupuestario o Pacto Fiscal* pretende una más estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados, el equilibrio financiero y presupuestario y un mutuo control de todo ello²⁶¹. Para promover la disciplina presupuestaria²⁶², los firmantes del mismo acuerdan establecer un déficit público no superior al 3% del PIB y una deuda pública no mayor que el 60% del PIB, en caso contrario cabría la aplicación de protocolos de déficits excesivos, con la obligación de poner en marcha reformas y estar bajo la supervisión comunitaria, y con el riesgo de la imposición de sanciones automáticas al Estado miembro incumplidor²⁶³. No obstante, el Pacto permite que los Estados incurran en déficit excepcionales y temporales superiores a la citada proporción cuando se deba a circunstancias inhabituales ajenas a su voluntad o a una recesión económica grave. La asistencia financiera del MEDE se condiciona a la firma del TEGUEM y es que, si algo tiene claro Europa, tras esta crisis de deuda pública, es que “*no va a haber solidaridad - asistencia financiera - sin control - sin gobernanza-*”²⁶⁴. Estas normas deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales vía disposiciones, preferentemente, de rango constitucional²⁶⁵ (art.3 TEGUEM y arts.260 y ss TFUE).

2.3. COVID y Guerra Ucrania: NextGenerationUE

La pandemia del COVID-19 provoca una emergencia de salud pública sin precedentes y una desaceleración de la economía mundial. En lo sanitario, la UE adopta medidas

²⁶⁰Firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012.

²⁶¹ PASCUA MATEO, F. (Dir.): *Derecho...op.cit*,pág.45.

²⁶² Hay equilibrio o superávit en las cuentas públicas si el saldo estructural anual alcanza el objetivo a medio plazo con un límite inferior de déficit estructural máximo del 0,5 % PIB - ampliado al 1 % si la deuda pública se sitúa por debajo del 60 % y los riesgos de su sostenibilidad son bajos - y articulándose mecanismos correctores de forma automática en caso de observarse desviaciones significativas.

²⁶³ El pacto presupuestario incluye la obligación de informar sobre planes de emisión de deuda pública (art.6 TEGUEM); presentar un programa de colaboración económica y presupuestaria para los Estados en procedimiento de déficit excesivo en el que incluya una descripción pormenorizada de las reformas estructurales que se deberán adoptar y aplicar a fin de garantizar una corrección efectiva y duradera de su déficit excesivo (art.5 TEGUEM); y compromisos para garantizar el cumplimiento del objetivo de déficit (art.7 y 8 TEGUEM). MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España, Crítica*, 2012, pág.152-153. Como observa DE GREGORIO MERINO, A.: "El Derecho de la Unión...op.cit.,pág.39 y ss: "*en el TEGUEM las partes se comprometen a respetar determinadas obligaciones genéricas de disciplina presupuestaria pero retienen la libertad para determinar la forma en que obtienen sus ingresos y asignan sus gastos. El TEGUEM no crea un poder externo con la capacidad de interferir en el ejercicio continuado de la potestad presupuestaria de las partes contratantes. No supone una transferencia de poderes de soberanía presupuestaria...*"

²⁶⁴ Para DE GREGORIO MERINO, A.: "El Derecho de...op.cit. pág.28, la crisis sirve para avanzar en la construcción europea.

²⁶⁵ LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación constitucional...op.cit.pág. 28, los Estados han optado por consagrar el principio de estabilidad, inicialmente formulado en las normas comunitarias, en el ordenamiento de cada uno de los países miembros al mayor rango posible, para escenificar así el compromiso decidido con el saneamiento de las cuentas públicas.

coordinadas de emergencia para proteger la salud de sus ciudadanos. En lo económico, se trata de evitar el colapso de la economía por lo que, a diferencia de la crisis anterior, se opta por medidas de corte keynesiano: medidas urgentes y contundentes de carácter anticíclico con el objetivo de amortiguar el impacto de esta crisis sin precedentes, e impulsar la pronta recuperación económica, sentando las bases del crecimiento de las próximas décadas. Así, en julio de 2020, el Consejo Europeo aprueba el mayor paquete de estímulo jamás financiado con el presupuesto de la UE, para ayudar a reparar el daño económico y social y reconstruir Europa, haciéndola más ecológica, digital y resiliente²⁶⁶. Además, tras la invasión de Ucrania, en febrero de 2022, se moviliza el presupuesto de la UE para dar ayuda de emergencia y apoyo tanto a ese país como a los Estados miembros.

De entre estos instrumentos de estímulo e impulso de la actividad económica, junto al presupuesto a largo plazo de la UE, nos centraremos en el NextGenerationEU o Fondo de Recuperación Europeo²⁶⁷ que es una herramienta de recuperación temporal (2021/2023) y cuyo elemento central es el *Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, destinado a conceder estos fondos en forma de subvenciones (transferencias) y préstamos (créditos) para apoyar reformas e inversiones en los Estados miembros – 750.000 millones de euros en precios constantes del año 2018-.

La instrumentación de la ejecución de los recursos financieros del Fondo Europeo de Recuperación se estructuró a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El *Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021*, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, dispone, en cuanto a los pagos ligados a dicho mecanismo, que cada Estado miembro deberá presentar una solicitud una vez alcanzados los correspondientes hitos y objetivos convenidos que figuran en el Plan de Recuperación y Resiliencia (art.24.2). Los proyectos que constituyen dicho Plan permiten la realización de reformas estructurales, mediante cambios normativos e inversiones y, por lo tanto, posibilitarán un cambio del modelo productivo para la recuperación de la economía tras la pandemia causada por la COVID-

²⁶⁶ A diferencia de la crisis de 2008, para CABERO MORÁN, E.: “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 88, 2022, pág.1, quieren implementarse de reactivación de la actividad económica y transformar el modelo socioeconómico hacia la sostenibilidad y la digitalización, todo ello en el marco del Estado social y democrático de Derecho, la mayor integración europea, el Pacto Verde Europeo y la Agenda 2030 de la ONU.

²⁶⁷ Para financiar NextGenerationEU, la Comisión Europea solicita préstamos en los mercados – en condiciones más favorables que la mayoría de los Estados miembros- y redistribuye los importes. vid https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es, visitado 15/1/2022).

19 y, además, una transformación hacia una estructura más resiliente que permita que nuestro modelo sepa enfrentar con éxito otras posibles crisis o desafíos en el futuro. Para recibir los fondos de este Mecanismo, los Estados miembros deben elaborar planes de recuperación y resiliencia en los que describan cómo van a invertirlos. Cualquier desembolso por parte del Mecanismo exige que el Estado miembro haya cumplido satisfactoriamente sus objetivos, a juicio de la Comisión que debe evaluarlos. Los Estados deben devolver las ayudas en forma de préstamo (crédito) antes del 31 de diciembre de 2058.

Superada la pandemia²⁶⁸ y a esperas de que se reduzca- o por lo menos se modere- la inflación, la Comisión Europea presenta un plan para retornar a la senda fiscal de la etapa prepandemia y recuperar unas finanzas públicas sólidas. En abril de 2023, la Comisión Europea, para asegurar la sostenibilidad de la deuda, presenta una reforma de las reglas fiscales planteando que los países que superen el 3% de déficit y el 60% de deuda tengan que aplicar ajustes fiscales de un mínimo del 0,5 % del PIB anual – las reglas que se aplicaban antes de la pandemia, como se puede comprobar-. Caso contrario, los países miembros podrían verse afectados con sanciones millonarias.

3. El compromiso con la estabilidad presupuestaria en nuestro ordenamiento

Aunque en nuestro país no ha existido “*una tradición clara de normas de control del déficit ni de estabilidad presupuestaria*”²⁶⁹, puede defenderse que las cuentas públicas estuvieron equilibradas hasta el inicio de la etapa constitucional²⁷⁰. A partir de entonces, y a pesar de que recogen los *Pactos de la Moncloa* el principio de equilibrio presupuestario²⁷¹ - principio relacionado con las políticas liberales más duras²⁷² - el incremento del gasto que supuso pasar de la Transición al nuevo Estado propuesto por el texto constitucional, y que precisa para su puesta en funcionamiento de un significativo

²⁶⁸La OMS declara el fin de la pandemia por COVID-19 el 4/5/2023. https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019?adgroupsurvey={adgroupsurvey}&gclid=EAJaIQobChMik_7e9ZDg_gIVN4FOBh0-dgV_EAAAYASAAEgJk8vD_BwE (visitada 5/5/2023)

²⁶⁹RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria...op.cit.La Ley 14518/2010

²⁷⁰ BAREA TEJEIRO, J.: “Reflexiones sobre...op.cit.,pág.101. En NAVARRO FAURE, A.: “Los principios...op.cit, pág.473 y ss, puede encontrarse una síntesis histórica del proceso de positivación del principio de equilibrio presupuestario.

²⁷¹ LAGARES, M.: "El profesor Fuentes Quintana y los Pactos de la Moncloa", en CARAMÉS VIÉTEZ, L., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. Y PEDRAJA CHAPARRO, F. (dir.): *Siempre la Hacienda Pública. Ensayos en homenaje al profesor Enrique Fuentes Quintana*, Civitas Thomson Reuters, 2009, pág.307.

²⁷² ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: "Las deudas...op.cit.,.536.

aumento de empleados públicos²⁷³, no va acompañado del correlativo crecimiento de los ingresos vía impuestos, por lo que se produce desequilibrio presupuestario y endeudamiento público²⁷⁴.

Nuestra CE, que se refiere al gasto público en el art.31, no contiene ningún precepto sobre estabilidad presupuestaria²⁷⁵, pero lo cierto es, que el modelo económico que ésta propone es abierto y de su lectura no se deduce oposición a la estabilidad, más bien hay quien la concluye del conjunto de su articulado, en particular del art.134, e indirectamente de la lectura de los artículos 31.1 y 40 CE²⁷⁶.

Es en estos primeros años de nuestra andadura democrática, cuando España -con la firma del *Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas (1985)* -, ve cumplido su deseo de integrarse en el *Mercado Común*. En lo económico, la adhesión resulta muy favorable a España puesto que se incorpora al modelo de crecimiento europeo, lo que supone la generación de expectativas económicas favorables y una etapa de crecimiento económico sin igual en nuestro país²⁷⁷. Tras las elecciones generales de 1996, el Gobierno orienta toda su política económica al cumplimiento de los mencionados criterios de convergencia de la UEM²⁷⁸. Se sigue una política presupuestaria que reduce el déficit público, a través de consolidación del gasto y no por incremento de impuestos²⁷⁹. Con el fin de aumentar el empleo, reducir la inflación y mejorar la competitividad se modera el crecimiento de los salarios y se persigue la flexibilización del mercado de trabajo. La intervención del Banco de España consigue la estabilidad de los precios y baja

²⁷³ VALLE SÁNCHEZ, V.: "Los distintos frentes de la disciplina presupuestaria", *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº 2, 1994, pág.91, apunta que entre 1975 y 1993 el número de empleados públicos se duplica.

²⁷⁴ SÁNCHEZ REVENGA, J.: "Algunas consideraciones sobre el gasto público y sus sistemas de gestión", *Hacienda Pública Española. El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº 2, 1994, pág.119.

²⁷⁵ GARCÍA GARCÍA, J.L.: "La constitucionalización...op.cit., 1984, pág.91, cree acertado que la CE omita toda referencia a "un problemático principio de equilibrio, cuyo contenido y aplicación corresponde definir a órganos o autoridades del Estado que detentan facultades de gobierno o dirección económica."

²⁷⁶RUIZ ALMENDRAL, V.: "Estabilidad presupuestaria...op,cit.*La Ley 14518/2010*. Así HERRERA MOLINA, P.M.: "Las leyes de estabilidad presupuestaria: una perspectiva jurídico constitucional", *PGyP*, nº 29, 2002, pág.32 opina que ni exige ni es contraria a la estabilidad presupuestaria puesto que de la lectura del art.40, 143.6 ó 31.1 CE, no se deriva la necesidad de un presupuesto equilibrado necesariamente.

²⁷⁷ Durante esta época el marco de referencia del proceso presupuestario, contable y de control del gasto estuvo constituido por la *Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria* y por el *Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 4 de enero*.

²⁷⁸ FUENTES QUINTANA, E.: *Lecciones...op.cit.* pág.200. DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: "La segunda "enmienda" a la Constitución Española de 1978 (II)", *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2011, pág.2359

²⁷⁹ En España, nos recuerda FUENTES QUINTANA,E.: *Lecciones...op.cit.,*pág.205, no ha tenido éxito la reducción del déficit público a través de la imposición: "*incapacidad para contribuir a la minoración del déficit público, pues los mayores ingresos públicos derivados del aumento de la imposición han llevado siempre a gastos públicos mayores sin influencia perceptible en las cifras del déficit público*".

la inflación y los tipos de interés²⁸⁰. En fin, puede decirse que tras la introducción de reformas, que fueron muy impopulares, el comportamiento de nuestra economía logra credibilidad generalizada y se consiguen alcanzar, en 1997, todos los requisitos con excepción del de deuda pública, excepción que es objeto de interpretación flexible permitida por el Tratado de Maastricht²⁸¹. En cuanto al PEC, España logra sin demasiada dificultad sus objetivos en materia de déficit público dado que se consigue una situación cercana al equilibrio presupuestario²⁸².

Desde enero de 1999, nuestra integración en la UEM significa compromiso con la estabilidad presupuestaria²⁸³ y da sus frutos. Además de eliminar el déficit de las cuentas públicas, se favorece el crecimiento y la creación de empleo. Con la publicación de la *Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria*²⁸⁴, y su complementaria la *Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre*, se recoge en nuestro ordenamiento el principio de estabilidad presupuestaria que se define como *la situación de equilibrio o de superávit, computada en términos de capacidad de financiación de acuerdo con la definición contenida en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, y en las condiciones establecidas para cada una de las Administraciones Públicas*. Esta definición del principio de estabilidad, en la que el equilibrio presupuestario es sólo uno de sus posibles resultados, es mucho más estricta que la establecida a nivel comunitario puesto que, en este momento histórico, “*sólo consideraba excesivo un déficit superior al 3%, y la norma española impedía la utilización de políticas de gasto con carácter anticíclico, e incluso podría dar lugar a actuaciones procíclicas*”, mientras que la norma española exige equilibrio presupuestario cada año -déficit cero²⁸⁵-

²⁸⁰ BAREA, J.: "Crisis camino de la recesión" en CARAMÉS VIÉTEZ, L., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. Y PEDRAJA CHAPARRO, F. (dir.): *Siempre la Hacienda Pública. Ensayos en homenaje al profesor Enrique Fuentes Quintana*, Civitas Thomson Reuters, 2009, pág.4, los tipos de interés cayeron entre 6 y 8 puntos lo que dio lugar a proyectos de inversión de las empresas que antes no eran rentables y a la demanda de compra de viviendas, las empresas e instituciones financieras acudieron a préstamos del exterior. La necesidad de financiación de la economía alcanzó en 2003 el 3% PIB y en 2007 el 10%.

²⁸¹En BAREA TEJEIRO, J.: "Reflexiones sobre...op.cit., pág.104. También FUENTES QUINTANA,E.: *Lecciones...op.cit.,pág.206*

²⁸²Indica ALMUNIA, J.: "España...op.cit.,pág.165, que en 2002 se alcanza un presupuesto equilibrado – superávit del 0.4 % PIB en 2003 y déficit del 0.3% PIB en 2004-. Señala que el proceso de saneamiento tiene lugar en un contexto macroeconómico favorable de crecimiento del PIB y del empleo (desde 1995 el PIB anual había crecido a un ritmo del 3%). NAVARRO, V.; TORRES LÓPEZ, J. Y GARZÓN ESPINOSA, A.: *Hay alternativas...op.cit., pág.108*, recuerdan que la reducción del déficit público se hace a costa del aumento del déficit social.

²⁸³ MARTÍNEZ RICO, R.: "La institución...op.cit.,pág.368

²⁸⁴ Vigente hasta 1 de enero de 2008. Es desarrollada por *RD 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad presupuestaria en su aplicación a las entidades locales*.

²⁸⁵LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.36

. Este será uno de los motivos por los que se procede a su revisión en 2006, como se dirá, porque “*podía producir efectos no deseados en la estabilidad macroeconómica*”²⁸⁶.

La Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria también se coloca al servicio de la estabilidad presupuestaria que ha de ser, en adelante, el escenario permanente de las finanzas públicas en España, tanto a nivel estatal, como a nivel territorial - se hace corresponsables de la estabilidad a todas las Administraciones Públicas, sin excepción-. El marco general de equilibrio presupuestario, en particular el techo de gasto para el Estado, le impide gastar más y le estimula a gastar mejor²⁸⁷.

Con el cambio de Gobierno en 2004, se flexibiliza la exigencia de equilibrio presupuestario a través de la aprobación de la Ley 15/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley 18/2001²⁸⁸. Si bien mantiene el objetivo de estabilidad, amplía el lapso temporal en el que debe conseguirse, que ya no va a ser anual, sino a lo largo del ciclo económico²⁸⁹, exigiéndose superávit, caso de crecer la economía por encima de su potencial²⁹⁰ - que posibilitará compensar los déficits que se produzcan cuando haya problemas económicos - y, excepcionalmente se admite el déficit cuando se prevea un crecimiento inferior a la tasa de variación del PIB nacional real (art.7 Ley 15/2006)²⁹¹.

Sin embargo, las características de la economía española la convierten en presa fácil para la crisis económico financiera de 2008²⁹². Se reduce bruscamente el crecimiento, cae

²⁸⁶BUSTOS GISBERT, A.: *Curso básico...op.cit.*pág.86.

²⁸⁷Los principios que la guían son la plurianualidad, que refuerza la previsión presupuestaria y normaliza el procedimiento de todas las Administraciones con los programas de estabilidad y crecimiento; la transparencia, garante de la verificación y el escrutinio del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria, y la eficiencia en la asignación y uso de los recursos públicos debe ser la referencia en las políticas de gasto.

²⁸⁸Modifica la Ley 18/2001 y la Ley Orgánica 3/2006, de 26 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 5/2001, y que finalmente, para mayor seguridad jurídica, son integradas en un único cuerpo normativo en el RD Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Esta norma es derogada por la DD Única LOPESF. Observa BELLOD REDONDO, J.F.: "Techo de gasto...op.cit.,pág. 107 que el RDLeg 2/2007 no es anticíclico, ya que no garantiza que el presupuesto sea expansivo en tiempos de crisis. Esta norma se concibe en un momento de crecimiento económico intenso y prolongado que, aunque ha funcionado en época de bonanza, con el cambio de tendencia demuestra ser poco adecuada para contener el déficit público.

²⁸⁹Art.3.1 RDLegislativo 2/2007.

²⁹⁰LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit., pág.36-37. En el mismo sentido, vid CAZORLA PRIETO, L.M.: *Derecho Financiero...op.cit.*pág.566

²⁹¹A mayor abundamiento vid LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.36-37.

²⁹² SERRANO SANZ, J.M.: *De la crisis...op.cit.*,.28, distingue varias etapas en la evolución de la económica española en las últimas décadas: de 1973 a 1984 largo ajuste de la crisis del petróleo; de 1985 a 1994 sucesivas fases de expansión y crisis; y de 1996 a 2007 se vive una etapa de prolongada expansión. Se describe a la economía española previa a la crisis como anticuada y en retroceso, sin fortalezas. PIB concentrado en sectores dependientes del exterior o de la coyuntura (ej.turismo, construcción con una impresionante burbuja inmobiliaria, automóvil,...); productividad y competitividad muy reducidas; alta tasa de temporalidad laboral; déficit de la balanza de pagos; carencias en la supervisión y control de las entidades financieras; gran dependencia del crédito exterior; elevado endeudamiento empresarial y familiar;

el PIB y la recaudación fiscal, España entra en recesión al mismo tiempo que aumenta la tasa de desempleo y se activan los estabilizadores automáticos, asimismo crece el gasto público por los planes de estímulo del Gobierno, por lo que se cierra el año con déficit público²⁹³ y aumenta la deuda pública. Desde la OCDE – en su *Informe sobre la Economía Española* de 20 de diciembre de 2010 – se considera insostenible el nivel de endeudamiento del sector privado y se alerta del alto coste de financiación en las emisiones de deuda²⁹⁴.

Como sucede en el resto de Europa, a la fase de estímulo le sigue la de estabilización presupuestaria a través del ajuste y de la reducción de gastos: recorte del gasto público y del salario de los empleados públicos, aumento del IVA y de los impuestos especiales,... Así, poco después de ese Informe, la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* introduce reformas en el sector público para garantizar un entorno económico eficiente y de apoyo a la competitividad de la economía española. Exige a todas las

poco control y nivel elevado del gasto público por el principio de descentralización del gasto público consecuencia de la descentralización territorial, vid JIMÉNEZ RIUS, P.: "Algunas razones del caos financiero y presupuestario en las Administraciones Públicas", *Diario la Ley* nº 7778, 2012 LA LEY 22118/2011. Antes de la crisis, la deuda pública era asumible y pagable, inferior a la de otros países de nuestro entorno. MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma...op.cit,pág.100, recuerda que *durante el ciclo expansivo de la economía, los gobiernos han elaborado unos presupuestos con un déficit público limitado, por lo que el volumen de deuda pública no ha sido muy elevado...en cambio, en el sector privado, espoleado por la burbuja inmobiliaria ha ocurrido lo contrario...*" Pero con la crisis disminuyen los ingresos tributarios y se incrementa el gasto social, produciendo déficit público y aumento de la deuda pública -que alcanza en septiembre de 2013 el 92.2 % PIB-, pero más preocupante es la deuda privada - familias y empresas alcanzan el 120% y las entidades de financieras el 110% -.

²⁹³ Observa BELLOD REDONDO, J.F.: "Techo de gasto...op.cit.,, pág.99, como "a partir de 1999, año del boom inmobiliario, la Hacienda española logra un ajuste sustentando en el crecimiento del PIB, registrando incluso superávit en 2005-2007; equilibrio que contrasta con la evolución de la eurozona lastrada por los mala evolución de Francia y Alemania. A partir de 2008 en la Hacienda española se registran severos déficit que llegan al -11% PIB en 2009".

²⁹⁴ Advierte de un riesgo importante para la economía española, en 2011, que puede provenir de las convulsiones derivadas de la posible insolvencia de la deuda soberana. Hay que seguir ajustando el sector público (reformular el sistema de pensiones, reducir gasto de Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, televisiones autonómicas, introducir copago en la sanidad pública,...). Aumentar la imposición indirecta y reducir las cotizaciones a la Seguridad Social, para reducir los costes laborales y aumentar la competitividad. En cuanto al mercado laboral, aconseja la adopción de un modelo único de contrato con indemnizaciones por despido más bajas, permitiendo la contratación temporal en determinados supuestos; reducción de las prestaciones por desempleo para facilitar la movilidad de la mano de obra; garantizar el descuelgue del convenio colectivo por libre acuerdo entre empresarios y trabajadores; y mejorar el acceso de los jóvenes a la formación profesional. Y en cuanto al sistema de pensiones, hay que elevar la edad de jubilación a los sesenta y siete años y calcular la pensión atendiendo a toda la vida laboral. Poner en marcha estas medidas se hace necesario para aumentar el crecimiento económico español, a través de la mejora de la competitividad y productividad de nuestra economía, que generará aumentos en el nivel de empleo duradero a largo plazo. El crecimiento económico permitirá obtener los ingresos privados y fiscales que facilitarán la devolución de la deuda ahuyentando así el fantasma del impago de la misma. Se ha seguido a PAMPILLON, R. <http://economy.blogs.ie.edu/archives/2010/12/informe-de-la-ocde-sobre-la-economia-espanola.php>. El informe puede consultarse en <http://www.oecd.org/economy/surveys/46654901.pdf> (visitado 12/2/2012)

Administraciones que contribuyan al logro de la sostenibilidad presupuestaria de las finanzas públicas, entendida como la capacidad para financiar los compromisos de gasto presentes y futuros. Para ello, aplicarán una política de racionalización y contención del gasto y se adecuarán a los principios de estabilidad presupuestaria, transparencia, plurianualidad y eficacia, en los términos definidos en la normativa de estabilidad presupuestaria (art.32.1 y 2 Ley 2/2011)²⁹⁵. Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración y cualquier otra actuación de las Administraciones Públicas deberán valorar sus repercusiones y efectos, de forma que se garantice la sostenibilidad presupuestaria. Todo gasto se evaluará atendiendo a los principios de eficiencia y simplificación de los servicios prestados, incentivando la productividad del sector público. En especial, el Estado promoverá la colaboración entre las Administraciones para mejorar la eficiencia en la prestación de servicios públicos²⁹⁶.

Durante el verano de 2011, el comportamiento de los mercados de deuda pública obliga a adoptar nuevas iniciativas que refuercen la confianza internacional en la economía española y el compromiso de las instituciones españolas con las reformas acordadas en el seno de la UE en materia de control y evolución del gasto público y con el impulso de la actividad económica en España, fundamentales para mantener la capacidad de financiación de las Administraciones y de las empresas españolas en el mercado internacional - la prima de riesgo alcanza los 600 puntos en verano de 2012-. La insostenibilidad de la deuda pública de las Administraciones Públicas en su conjunto y el cumplimiento de las disposiciones comunitarias, llevan a la publicación del *RD Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad industrial e impulso de la rehabilitación y simplificación administrativa*²⁹⁷. Ante la inestabilidad de los mercados de deuda pública,

²⁹⁵Indica CAZORLA PRIETO, L.M.: *Derecho Financiero...op.cit*, pág.564, que el equilibrio entre ingresos y gastos públicos, no incompatible con situaciones medidas y controladas de desequilibrio, es una de las muestras de una Hacienda Pública saneada. Vid también SAIZ, M.P.: "La Ley de Economía sostenible: la sostenibilidad financiera del sector público", *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol.13, 2011.

²⁹⁶ Incluye principios de actuación, reglas y mecanismos de sanción y evaluación que tratarán de contribuir al logro de la sostenibilidad financiera del sector público, como elemento de apoyo a la solidez del modelo productivo que, tras los efectos de la crisis, necesita de un impulso especial. Estas medidas incorporan la aplicación por parte de las Administraciones, de políticas de racionalización y contención del gasto, de acuerdo con los objetivos de estabilidad presupuestaria.

²⁹⁷ Esta norma anticipa la adopción de alguno de los requerimientos recogidos en el Pacto del Euro Plus y pone en marcha la adaptación de las leyes de estabilidad a los cambios que se aprobarán, poco tiempo después, sobre gobierno económico de la UE.

se da un paso más en el compromiso con la disciplina fiscal y se introduce una regla para limitar el crecimiento del gasto público de las Administraciones Públicas, complementando lo dispuesto en la *Ley General Presupuestaria*. Se trata de reforzar la vertiente preventiva de la política fiscal de estabilidad, evitando comportamientos procíclicos. Se cree que la acción conjunta de ambas reglas fiscales - equilibrio a lo largo del ciclo económico y limitación del crecimiento del gasto público - puede ayudar a moderar los posibles desequilibrios generados en los procesos de expansión excesiva de la actividad económica y crear los márgenes necesarios para amortiguar las fase de recesión, sin comprometer la sostenibilidad de las finanzas públicas. La regla de gasto - limitación del gasto público por encima de la tasa de crecimiento de la economía (art.3 Uno RD Ley 8/2011 que modifica el art.7.1 RDLegislativo 2/2007) se va a aplicar a la Administración General del Estado y sus organismos y las Entidades locales que participan en la cesión de impuestos estatales - a las restantes entidades locales se les sigue exigiendo equilibrio o superávit presupuestario-, no resultando de aplicación a las Comunidades Autónomas²⁹⁸.

4. La segunda reforma de la Constitución española: la recepción constitucional del principio de estabilidad presupuestaria.

España es uno de los primeros países en incorporar el paquete de gobernanza económica europea a su ordenamiento jurídico interno²⁹⁹. En buena medida, condicionado por las presiones internacionales, el 27 de septiembre de 2011, se publica la segunda reforma constitucional para modificar el art.135 CE³⁰⁰, al objeto de dotar al

²⁹⁸Vid BELLOD REDONDO, J.F.: "Techo de gasto...op.cit.,pág.97 y ss. Para MATESANZ MATESANZ, J.E.: *Boletín Derecho Local* 1/9/2011, con esta norma se sigue una política antikeynesiana que lleva a la necesidad de establecer unos techos de gasto público, precisamente en el momento en que el gasto social reequilibrador de las deficiencias en la distribución de la renta lo hacen más necesario.

²⁹⁹ LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.35. AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Alternancia y reconstrucción de la Constitución Económica. Crónica política y legislativa del año 2011", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, 2012, pág.204. DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma del...op.cit., pág.22.

³⁰⁰La primera reforma de nuestra CE fue la del art.13.2 CE. Para PÉREZ ROYO, J.: "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011, pág.198, más que propiamente reformas constitucionales, han de considerarse exigencias derivadas de nuestra pertenencia a la UE. Para DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: "La segunda "enmienda" a la Constitución Española de 1978 (II)", *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2011, pág.2359, el detonante de la reforma constitucional fue la carta que el Presidente del BCE envía a España y a Italia, instándoles a la reducción del déficit presupuestario, e incluso proporcionándole las ideas para conseguirlo. ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente reforma de la Constitución española: los principios de estabilidad presupuestaria y de limitación de la deuda pública", *Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2011, pág.92 y ss; ESCUDERO ALDAY, R.: "Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011", *Eunomía*, nº 2, 2012, pág.87.

principio de estabilidad presupuestaria de rango constitucional³⁰¹. De esta forma, se declara el compromiso de España con las exigencias de coordinación y definición del marco de estabilidad común de la Unión Europea, incorporando la regla de oro del déficit presupuestario al más alto nivel de nuestro ordenamiento³⁰².

La nueva redacción del art.135 CE comienza manifestando que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria³⁰³, que la EM del texto de la reforma constitucional expresamente vincula a la pertenencia de España a la UEM, las repercusiones de la globalización económica y financiera, el mantenimiento y desarrollo del Estado Social y la prosperidad presente y futura de los ciudadanos³⁰⁴. Aunque este valor ya estaba recogido en nuestro ordenamiento jurídico, se dice que la situación económica y financiera no ha hecho sino reforzar la conveniencia de elevar el *principio de estabilidad presupuestaria* hasta nuestra CE³⁰⁵, al objeto de fortalecer la credibilidad y confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo. Este nuevo art. 135 CE se ve desarrollado por la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* (en adelante, LOEPSF)³⁰⁶ - que da cumplimiento al TECGUEM,

³⁰¹ Su valor es más político e ideológico que jurídico para ALBERTÍ ROVIRA, E.: "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011, pág.167. LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.42, recuerda que los motivos de la urgencia estaban en la convocatoria de elecciones generales. Como precedente de la reforma de la CE, ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente...op.cit.,pág.90, señala a la modificación de los art.109 y 115 de la Ley Fundamental alemana en 2009. Francia y Alemania emplazan a los restantes países de la zona euro a incluir en sus constituciones nacionales, antes de verano de 2012, los límites de déficit público y deuda pública; al mismo tiempo se propone la reforma del TFUE con la intención de exigir un mayor compromiso de estabilidad en las finanzas públicas y evitar déficits. Formalmente, los grupos socialista y popular - con la prima de riesgo por las nubes y con las amenazas de las agencias de rating para bajar la calificación de nuestra deuda - presentan de manera conjunta la Proposición de Reforma del citado precepto constitucional, vid AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "Alternancia...op.cit.,pág.186.

³⁰² En cuanto al procedimiento seguido para la reforma, vid ESCUDERO, R.: "La reforma constitucional y los juristas del Reino", *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011, pág.11.

³⁰³ Para DE CARRERAS SERRA, F.: "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011, pág.186, la redacción coincide con el RDLegislativo 2/2007.

³⁰⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: "Estabilidad...op.cit.,, pág.13.

³⁰⁵ ALVÁREZ CONDE, E.: "La reforma del artículo 135 CE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011, pág.160, recuerda que hay precedentes entre otros, en Estados Unidos y Canadá. También Alemania, en 2009 procedió a la reforma de su Ley Fundamental para introducir el equilibrio presupuestario, vid LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.39.

³⁰⁶ Continuista con la normativa presupuestaria previa a la reforma del art.135 CE, la publicación de la LOEPSF pretende consolidar el marco de la política económica orientada al crecimiento económico y a la creación de empleo garantizado la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones; fortaleciendo la confianza en la estabilidad de la economía española; y reforzando el compromiso con la UE en materia de estabilidad presupuestaria. Son de esta opinión, entre otros, MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma...op.cit.pág.129; y ECHENIQUE CONDE, A.: "A propósito de la futura Ley de Estabilidad Presupuestaria", *Partida Doble*, nº 242, 2012. En cuanto a su contenido, interesa destacar que mantiene cuatro principios, ya recogidos en la legislación anterior -*estabilidad presupuestaria, plurianualidad, transparencia y eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos públicos*- e introduce tres nuevos:

garantizando una adaptación continua y automática a la normativa europea - y el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

El principio de estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas se define como la situación de equilibrio o superávit -sin que éstas puedan incurrir en déficit estructural- y presenta un carácter cíclico, permitiendo déficits financieros anuales, a condición de que se equilibren dentro del período del ciclo financiero elegido (art.3 LOEPSF)³⁰⁷.

El art.135.2 CE exige a las Entidades Locales equilibrio presupuestario, esto es, déficit cero. Mientras que, para Estado y Comunidades Autónomas, de la lectura del primer párrafo del art.135.2 CE y del art.11 LOEPSF, se deduce que se permite la existencia de déficit coyuntural, esto es, el propio de una situación de crisis económica³⁰⁸. Y ese límite máximo de déficit estructural (permanente y sistemático) no podrá ser superior a los márgenes establecidos por la UE para los Estados miembros³⁰⁹. Al entrar en vigor el denominado *Pacto Fiscal*, el límite es, como se ha dicho, de un 0.5% PIB (art.3 TECGUEM), pudiendo llegar hasta un 1% cuando la proporción entre la deuda pública y el PIB, a precios de mercado, esté muy por debajo del 60% y los riesgos para la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas sean bajos. A continuación, la CE remite a la

sostenibilidad financiera, responsabilidad y lealtad institucional (art.9 LOEPSF). Regula la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones y los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que pudieran producirse; la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural y la responsabilidad de cada Administración en caso de incumplimiento.

³⁰⁷ La elaboración, aprobación y ejecución de los presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de las Administraciones Públicas y demás entidades que forman parte del sector público deberán someterse al principio de estabilidad presupuestaria (art.11.1 LOEPSF).

³⁰⁸ Entre otros, vid ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente...op.cit.,pág.96.

³⁰⁹ Para MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma del...op.cit.,pág.118, es una norma en blanco que no define el concepto de estabilidad presupuestaria y que remite a la normativa de la UE el establecimiento de los límites de deuda y déficit público, por lo que habla de cesión de soberanía fiscal. ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente reforma...op.cit.,, pág.96, define el déficit estructural como "el nivel de déficit presupuestario (gastos propuestos para el año en función de los ingresos estimados), partiendo de un escenario en el que el PIB (o la riqueza de un país o región en un año) equivalga al que se obtendría si la economía funcionase a su nivel potencial". Para DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit.,, pág.30, es "la situación que resulta de restar del déficit total el déficit cíclico o coyuntural, o como el instrumento económico que refleja la orientación de la política económica de un país, tratándose de un reflejo o adaptación del saldo presupuestario del pleno empleo...o como el déficit permanente que se produce independientemente del ciclo económico sobre ingresos y gastos en situación de pleno empleo".

LOEPSF la fijación del déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su PIB³¹⁰.

Con el art.12 LOEPSF se incorpora a nuestro ordenamiento la regla de gasto establecida en la normativa europea, en virtud de la cual el gasto de las Administraciones Públicas no podrá aumentar por encima de la tasa de crecimiento de referencia del PIB de la economía española. Esta regla se completa con el mandato de que, cuando se obtengan mayores ingresos de los previstos, se destinen íntegramente a reducir el nivel de deuda pública, y no a financiar nuevos gastos.

La estabilidad presupuestaria se consagra como conducta financiera, no sólo coyuntural, sino permanente de todas las Administraciones Públicas a través del principio de sostenibilidad, que se define como la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública (art.4.2 LOEPSF)³¹¹. Se defiende la sostenibilidad financiera como principio rector de la actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas españolas (art.1 y 2 LOEPSF). Estabilidad y sostenibilidad contribuirán a preparar el camino para los retos a los que se enfrenta nuestro sistema de bienestar a medio y largo plazo.

La CE reconoce al Estado y a las Comunidades Autónomas la posibilidad de contraer crédito o emitir de deuda pública, pero siempre condicionada a la autorización de la ley (art.135.3 CE y art.13.4 LOEPSF). La exigencia es mayor para las entidades locales, como se ha dicho, dado que deberán presentar equilibrio presupuestario y no se contempla la posibilidad de recibir una autorización por ley para emitir deuda pública o contraer crédito (art.135.2 y 3 CE). Trato diferenciado entre las distintas Administraciones territoriales que no es justificable para parte de la doctrina. El límite al volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones se establece en relación al PIB del Estado, si bien, no se recoge expresamente en el texto constitucional sino que

³¹⁰Como indica LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit., pág.52, dicha ley podrá fijar unos límites máximos de déficit estructural distintos a los previstos en la normativa comunitaria, siempre que sean más restrictivos, pero no al contrario. En España prevalecerá el límite máximo interno más restrictivo - frente al límite más generoso de la normativa comunitaria -, como finalmente ocurre con la publicación de la LOEPSF. La expresión "reforma estructural", para ECHENIQUE CONDE, A.: "A propósito...op.cit., nos sitúa ante un concepto jurídico indeterminado que abre la puerta al permanente déficit estructural. Recuerda que hay posturas críticas con la rigidez de la Ley pues *"impide al Estado manejar con soltura el presupuesto, ese poderoso instrumento para proteger y garantizar el denominado Estado de bienestar y estimular la economía en épocas como la actual"*.

³¹¹ En consonancia con el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 1177/2011.Para MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma del...op.cit.pág.137.

éste nos remite de nuevo al valor de referencia establecido en el TFUE (art.126.2 TFUE), y éste, a su vez, al *Protocolo nº 12 sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo* - es de un 60% en relación con el PIB³¹²-. Este límite de deuda total del 60% para todas las Administraciones, se distribuye un 44 % para la Administración central, 13 % para el conjunto de Comunidades Autónomas y 3 % para el conjunto de Corporaciones Locales, proporciones que deberán respetarse incluso en el caso de que el límite de deuda pública sea el establecido por la normativa europea. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el límite de deuda pública de cada una de las Comunidades Autónomas no podrá superar el 13 % de su PIB regional (art.13.1 LOEPSF). Estos límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública podrán superarse por Estado y Comunidades Autónomas cuando concurren determinadas circunstancias muy excepcionales tasadas en el art.135.4 CE y art.11.3 LOEPSF³¹³.

Pero, sin duda, uno de los aspectos más polémicos del art.135 CE es que el texto constitucional contemple que los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta³¹⁴. Esto se ha visto³¹⁵ como el nacimiento de un nuevo principio presupuestario, el *principio de prelación en el pago o de prioridad absoluta del pago de la Deuda Pública*, que haría de peor condición al resto de acreedores de las Administraciones Públicas³¹⁶. Cierta sector de la doctrina ha señalado que esta “*prioridad sobre el resto de acreedores de las*

³¹²Para DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit.,pág.46, no se justifica este trato desigual a las entidades locales, dado que no son las principales responsables ni del volumen del déficit ni del endeudamiento. Resulta criticable puesto que entiende que la superación o no de un límite no puede considerarse, automáticamente, equivalente a bonanza o recesión económica de un Estado.

³¹³Catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social, previa apreciación por mayoría absoluta de los miembros del Congreso. Será necesario una tasa de crecimiento real anual negativa del PIB, según las cuentas anuales de la contabilidad nacional, y aprobar un plan de reequilibrio (art.22 y ss LOEPSF) que permita la corrección del déficit estructural teniendo en cuenta la circunstancia excepcional que originó el incumplimiento. La redacción de esta cláusula crea inseguridad jurídica por la imprecisión de sus términos - no coincidentes con los del Derecho Comunitario - o la amplitud de los motivos de excepción "*que pueden invalidar las normas establecidas en el resto del artículo*" o porque su apreciación queda en manos del Congreso - que suele estar controlado por el Gobierno de turno-. Vid DE CARRERAS SERRA, F.: "La reforma...op.cit.pág.187.

³¹⁴A juicio DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit.,pág.26, el adjetivo “*absoluta*” concede al Ministerio de Hacienda potestades discrecionales exorbitantes y podría lesionar derechos económicos legítimos y amparados por la normativa presupuestaria de otros acreedores. A GUTIÉRREZ, A.: “Un error, por los principios y por las cifras”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011, pág.2, le suena “*a excusa no pedida desde un país como el nuestro que jamás ha dejado de pagarlos ni siquiera ha dado pié a que nadie dudase de nuestra voluntad de hacerlo*”.

³¹⁵DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit.,pág.26.

³¹⁶Vid también ALBERTÍ ROVIRA, E.: "La reforma...op.cit.,pág.168

Administraciones Públicas” que el art. 135.4 CE reconoce, no es garantía suficiente del cumplimiento de las obligaciones financieras de España, por lo que estaríamos ante “*operaciones cosméticas*” de dudoso resultado³¹⁷. Asimismo, preocupa que la prioridad de pago absoluta de los intereses y el capital de la deuda pública, condicione el resto de partidas presupuestarias y el presupuesto deje de ser una norma de distribución de bienes y servicios, herramienta clave en el mantenimiento del Estado Social de Derecho³¹⁸.

Otra cuestión interesante que recoge la LOEPSF es la exigencia de eficacia y eficiencia en la utilización de recursos públicos. Según el art.7 LOEPSF, las políticas de gasto público deberán encuadrarse en un marco de planificación plurianual y de programación y presupuestación³¹⁹, atendiendo a la situación económica, a los objetivos de política económica y al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. La gestión de los recursos públicos 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. Las disposiciones legales y reglamentarias, en su fase de elaboración y aprobación, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la LOEPSF que afecten a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberán valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Termina la norma de desarrollo del precepto constitucional recogiendo medidas preventivas, correctivas y coercitivas - *mecanismo automático de prevención y de alerta temprana*- similares a los recogidos en el ordenamiento comunitario en caso de

³¹⁷Entre otros DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “Estabilidad...op.cit.pág.16, creen que los inversores confían más en las valoraciones de las agencias de calificación y en la rentabilidad que en el compromiso del Estado deudor recogido en la CE, de pago prioritario de la deuda, puesto que no es “*garantía ineludible del cumplimiento de las obligaciones financieras*”.

³¹⁸ ALVÁREZ CONDE, E.: “La reforma...op.cit, pág.161.

³¹⁹ Vid art. 15 y 17 LOEPSF.

incumplimiento de los Estados miembros³²⁰, y medidas automáticas de coerción aplicables ante incumplimientos de la norma³²¹.

Después de esta rápida lectura del art.135 CE y su desarrollo, procede reflexionar sobre los verdaderos motivos de la inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en el texto constitucional. Desde luego no parecen ser jurídicos, a diferencia de lo que ocurriera con la primera modificación del texto constitucional³²². El principio de estabilidad presupuestaria ya estaba suficientemente contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel interno como comunitario, y así lo confiesa el propio preámbulo de la reforma. La reforma no es jurídicamente necesaria, aunque haya servido para actualizar el precepto para que resulte más coherente con la nueva realidad del Estado español: un Estado descentralizado e incorporado en la UE, distinto al existente cuando se aprobó la Carta Magna³²³. Por ello lamenta DE LA HUCHA que sean los mercados financieros - y no imposiciones jurídicas - quienes impongan subliminalmente

³²⁰Introduce el mecanismo automático de prevención para garantizar que no se incurre en déficit estructural al final de cada ejercicio, y un umbral de deuda preventivo para evitar la superación de los límites establecidos y un mecanismo de alerta temprana en caso de que se aprecie riesgo de incumplimiento de los objetivos de estabilidad, de deuda pública o de la regla de gasto. La no adopción de medidas supone la aplicación de las medidas correctivas (art.18 y 19 LOEPSF). En caso de incumplir el objetivo de estabilidad, se exigirá la presentación de un *plan económico-financiero* que permita la corrección de la desviación en el plazo de un año (art.20-21 LOEPSF). En el supuesto de déficit por circunstancias excepcionales deberá presentarse un *plan de reequilibrio* (art.22 LOEPSF).

³²¹ El cumplimiento de los objetivos de estabilidad se tendrá en cuenta tanto para autorizar las emisiones de deuda, para la concesión de subvenciones o suscripción de convenios. En caso de incumplimiento de un plan económico-financiero, la Administración responsable deberá aprobar automáticamente una no disponibilidad de créditos y constituir un depósito (art.25 y ss LOEPSF). Conforme al principio de responsabilidad (art.8 LOEPSF) las Administraciones que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado. Esto es, ni el Estado asumirá ni responderá de los compromisos de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales y de los entes previstos en el art.2.2 LOEPSF vinculados o dependientes de aquellas. Ni las Comunidades Autónomas asumirán ni responderán de los compromisos de las Corporaciones Locales ni de los entes vinculados o dependientes de estas, sin perjuicio de las garantías financieras mutuas para la realización conjunta de proyectos específicos. Este sería el principio de no aval.

³²²En ese caso, recuerda ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente...op.cit.,pág.89 y 101-102, la reforma del art.13.2 CE, para reconocer el derecho de sufragio activo y pasivo a los ciudadanos de la UE, era imprescindible para poder ratificar el TUE (art.95.1 CE). DE CARRERAS SERRA, F.: "La reforma...op.cit.,. 182, nos recuerda que las constituciones son normas estables que han de suscitar confianza a la ciudadanía por lo que hay que meditar muy mucho cuándo y qué se reforma, tener en cuenta en la reforma el conjunto de sus preceptos y tener en cuenta el consenso para que éste la dote de legitimidad.

³²³Sobre la innecesariedad jurídica de la reforma vid DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit.pág.22, para quien el tema de la estabilidad presupuestaria debería haberse abordado con la reforma del art.134 CE, en relación con el endeudamiento público y aclara que en el momento de reforma de nuestra CE, tal modificación no era precisa. RUIZ ALMENDRAL, V.: *Estabilidad...op.cit.*, LA LEY 14516/2010, advierte del peligro de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria, puesto que tiende a identificarse en el ámbito comunitario con reducción del gasto público. La noción de estabilidad presupuestaria debe ser contingente al momento histórico y a la ideología predominante en él (economic wisdom).

reformas constitucionales en los países³²⁴ porque el verdadero objetivo no es otro que dar tranquilidad, fuera de nuestras fronteras, a los inversores extranjeros, a los mercados financieros internacionales, al resto de los países de la zona euro. Esto es, al no responder a una necesidad o a una demanda de la ciudadanía, y no teniendo que dar cumplimiento a normas comunitarias o internacionales, como ha reconocido parte de la doctrina, más bien, nos encontramos ante una cesión a las presiones del BCE y de los dirigentes de algunos países comunitarios³²⁵.

Pero no nos engañemos, la recepción constitucional del principio de estabilidad presupuestaria es algo más que una mera reiteración de una declaración de intenciones. Aunque la doctrina se muestra dividida, la constitucionalización de este principio puede tener trascendentes efectos sobre el Estado Social, porque los preceptos constitucionales no son estancos sino que están conectados por lo que la modificación de uno de ellos puede cambiar el alcance de los demás³²⁶. Tras la misma, cabe advertir que cualquier ley, disposición normativa o acto con fuerza de ley que violente el principio de estabilidad recogido en la normativa comunitaria o la ley orgánica de desarrollo del art.135 CE, podrá recurrirse ante el Tribunal Constitucional³²⁷.

Asimismo, la reforma del art.135 CE y la posterior recepción de las modificaciones de la normativa de la UE en materia de estabilidad presupuestaria, puede suponer una importante transformación de nuestra, hasta entonces, abierta CE económica³²⁸, además de una limitación o cesión a la soberanía que para ARAGÓN resulta inevitable en un sistema de moneda única³²⁹. El principio de estabilidad puede funcionar como un “*principio limitativo de la potestad de gasto de los entes públicos*”³³⁰, esto es, puede

³²⁴ DE LA HUCHA CELADOR, F.: "La reforma...op.cit., pág.26 y 47.

³²⁵Vid por otros ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: "La reciente...op.cit.,pág. 90 y 102; MOCHÓN LÓPEZ, L.: "La reforma...op.cit., pág.118.

³²⁶ DE CARRERAS SERRA, F.: "La reforma...op.cit.pág.182.

³²⁷Art.161 y ss CE y art.31 y ss *Ley Orgánica 2/1979, 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. LÓPEZ DÍAZ, A.: "La formulación...op.cit.,pág.68. Vid también MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe...op.cit.,pág.161: "el principio de estabilidad presupuestaria se convierte en canon para el enjuiciamiento de la validez de las leyes que se dicten a su amparo"*. Para BAYLOS, A.: "Lealtad constitucional, Estado Social y límite al déficit público", *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011, pág.5, "la obsesión por reducir el déficit público puede formalizarse en una ley pero nunca integrar el marco constitucional de un Estado social y democrático de Derecho".

³²⁸ RUIZ ALMENDRAL, V.: "Estabilidad presupuestaria...op.cit.,pág. 84, se refiere, entre otros efectos del nuevo art.135 CE, a que acentúa el control constitucional de la estabilidad presupuestaria y del endeudamiento público, así como la infracción del límite de déficit. En la misma línea ALVAREZ CONDE, E.: "La reforma...op.cit., pág.160.

³²⁹ ARAGÓN REYES, M.: "La reforma del artículo 135 CE", *REDC*, nº 93, 2011, pág.170.

³³⁰MARTÍNEZ GINER, L.A.: "El principio...op.cit.pág.472.

coartar la capacidad de actuación de las Administraciones Públicas en el desarrollo de políticas “*que garantizan los derechos sociales constitucionalmente proclamados*”³³¹.

En fin, ni los poderes públicos pueden despilfarrar sin límite unos recursos económicos escasos, ni tampoco pueden tener atadas las manos para intervenir en la economía a través del gasto público ignorando las necesidades sociales de la ciudadanía. Será necesario controlar el gasto público para que éste tenga como destino situaciones merecedoras de protección. Como se ha dicho, el gasto público ha de ser justo y por ello el desequilibrio no tiene porqué ser siempre nocivo³³².

³³¹ APARICIO, J.: “Ni por la forma ni por los contenidos. No a esta reforma de la Constitución”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011, pág.6.

³³² Una postura ecléctica recoge CÁMARA VILLAR, G.: "La reforma del artículo 135 CE", *REDC*, nº 93, 2011, pág.176, entendiendo que la limitación del gasto y endeudamiento público son necesarios para unas finanzas públicas saneadas porque ello “*crecimiento económico sobre bases estables y sostenibles y también para la solidaridad intergeneracional, evitando la transferencia excesiva de deuda a generaciones futuras y para conseguir equilibrio, estabilidad económica, convergencia y satisfacción en la UE*”. Admite la bondad de la constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria pero siempre que se conciba en términos flexibles – no que se recoja en las normas como déficit cero - para que no impida a los Estados el desarrollo de “*políticas económicas anticíclicas y de mantenimiento de los logros básicos del Estado de bienestar*”. La aplicación de este principio “*no debería impedir ciertos niveles de endeudamiento para que el Estado pueda incidir en la economía y transformar la sociedad*”. Así entendido, “*la aplicación de este principio en el marco del Estado Social es susceptible de contribuir a generar estabilidad, confianza, desarrollo y sostenibilidad económicas sin que impida al Estado intervenir con eficacia en la marcha de la economía y en el mantenimiento del Estado de Bienestar*”. Para PASCUA MATEO, F.: “Las nuevas leyes...op.cit.,pág.183, hay que actuar de manera responsable con el déficit y la deuda pública puesto que es una herencia envenenada para las generaciones futuras.

CAPÍTULO 3: Reformas en la Administración Pública y en el empleo público para garantizar la estabilidad.

1. Estabilidad, racionalización, eficacia: tiempo de reformas

La búsqueda de remedios para superar la crisis económica y financiera internacional vuelve a poner sobre la mesa el perpetuo debate de los hacendistas entre la necesidad del equilibrio financiero o, por el contrario, la introducción de medidas de tipo keynesiano. Cualquiera que sea la opción elegida afecta a la actuación de las Administraciones Públicas. Mayoritariamente los países optan por adoptar medidas de austeridad por lo que la actuación de la Administración Pública se ve condicionada por el retorno a un mayor rigor en la exigencia de cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Obsérvese que en España, en la que no hace mucho que se habría publicado la *Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público* (en adelante, EBEP 2007), debería estar teniendo lugar el desarrollo de la modernización del empleo público y de la mejora de las condiciones laborales de los empleados públicos que este texto normativo propone, y en su lugar se está pensando en cómo y de dónde reducir para controlar el gasto.

El equilibrio presupuestario puede conseguirse a través de la reducción del gasto o del incremento de la fiscalidad³³³. Aunque se actúa sobre ambos elementos, se prioriza el primero que se orienta a la minoración de las partidas presupuestarias destinadas a financiar políticas sociales, fundamentales para lograr la redistribución de rentas, sobre todo en tiempos de crisis económica³³⁴, dado que se ve con más temor por los gobiernos abordar una reforma profunda de la fiscalidad que la haga más justa, progresiva y distributiva³³⁵.

La introducción de reformas en la descentralizada Administración Pública española es una longeva reclamación, tanto de la doctrina como de sus administrados. Las críticas a su tamaño, la rigidez y lentitud en su funcionamiento, su excesiva procedimentalización, la percepción de falta de eficacia y eficiencia, las duplicidades entre las distintas

³³³ Para HERRERA MOLINA, P.M.: "Las leyes de...op.cit.,pág.32, *"la estabilidad presupuestaria puede constituir un elemento al servicio de la eficiencia del gasto y la eficacia administrativa, pero no conduce automáticamente a tales fines: podría conseguirse mediante una mera reducción del gasto en detrimento de la eficacia, o mediante un incremento de la carga tributaria sin mayor eficiencia en el gasto"*

³³⁴Por otros vid ALVÁREZ CONDE, E.: "La reforma...op.cit.,pág.162. ESCUDERO ALDAY, R.: "Texto y contexto...op.cit.,pág.89

³³⁵ Para APARICIO, J.: "Ni por la forma...op.cit.,pág.8, se opta por *"la jibarización del Estado y una política fiscal regresiva"*.

Administraciones, las desigualdades entre territorios,...demandan tanto de la aplicación de una normativa administrativa menos farragosa, como de nuevos modelos de gestión y organización del aparato público o de la aplicación de nuevas tecnologías de la información y comunicación que faciliten y agilicen su funcionamiento.

A estas exigencias de reforma se añade que, tras la modificación del art.135 CE, España asume un decidido compromiso con el control del déficit público y con la estabilidad presupuestaria de todas las Administraciones Públicas³³⁶, lo que parece imponer la adopción de decisiones de reducción del déficit, de racionalización y adelgazamiento de la estructura de la Administración Pública. Se cree que los servicios públicos han de prestarse de la forma más eficiente y al menor coste posible, han de aprovecharse todas las economías de escala y han de evitarse solapamientos y duplicidades y conseguir que los procedimientos sean simples y estandarizados.

La reforma de la Administración Pública se vislumbra como una reforma global o integral, esto es, de todas las Administraciones Públicas. Sin embargo, este propósito de reforma total no llega a materializarse quedando incompleto. En un primer momento centra su atención en la Administración local pretendiendo su racionalización y la garantía de su sostenibilidad financiera. Posteriormente se inicia el proceso de reforma de la Administración del Estado. Repárese en que la reforma no alcanza a las Comunidades Autónomas aun cuando, probablemente, sean las mayores responsables del endeudamiento y déficit público³³⁷. En líneas generales, los pasos interrumpidos del legislador en la reforma de la Administración han decepcionado puesto que se concentran en la atención de las exigencias financieras y posponen en el tiempo la necesaria respuesta a ese otro tipo de demandas de carácter esencialmente estructural, organizativo y de mejora del servicio público³³⁸ y no aseguran la prometida reducción de gastos.

³³⁶La reforma del art.135 CE y la LOEPSF constituyen un hito en la gestión de los recursos públicos, al establecer objetivos concretos de gasto y endeudamiento para todas las Administraciones, así como la obligación de presentar planes dirigidos a su cumplimiento y mecanismos para asegurar la consecución.

³³⁷ Pese a que el local era el nivel territorial de la Administración menos problemático en cuestión de contribución al déficit y a la deuda pública, el proceso reformador se inicia con el mismo porque se considera que era el nivel más fácil de reformar, en JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “La Reforma Local: primer análisis de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario Aragonés de Administración Local* 2013, mayo 2014, pág.288.

³³⁸ Por otros, vid MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las competencias de las entidades locales” en QUINTANA LÓPEZ,T.(Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pág.76. Recuerda JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “La Reforma Local...op.cit.,pág.285 y ss, que, no en vano, la LRSAL “es fruto de un contexto económico y financiero muy concreto” al que se llega por la crisis económico financiera de 2008 y que la reforma hay que enmarcarla en el proceso de ajuste de cuentas públicas por el

La reducción del déficit público trata de lograrse también incidiendo sobre el empleo público. En cumplimiento del principio de estabilidad se produce, a la vez que un incremento de la presión fiscal directa e indirecta, una drástica política de recortes de los gastos de personal. La reducción del gasto impone un adelgazamiento de la Administración Pública y lo que fácilmente puede suponer la disminución de la calidad o cantidad de los servicios públicos prestados por la misma; así como el redimensionamiento de las plantillas. En este sentido la Administración puede actuar sobre sus recursos humanos implantando medidas de flexibilidad externa y/o interna. En el caso del personal en régimen de Derecho Administrativo, descartada la flexibilidad externa debido al derecho a la inamovilidad del funcionario de carrera, cabe aplicar medidas de flexibilidad interna o recurrir a nombramientos temporales de funcionarios. Con el personal laboral podrían plantearse tanto medidas de flexibilidad externa –despido individual o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, dado que la por entonces DA 16ª ET, expresamente lo contempla– como medidas de flexibilidad interna y, por supuesto, recurrir a la contratación temporal. La estabilidad presupuestaria va a justificar cualquier medida de flexibilidad que la Administración Pública quiera introducir, porque se trata de gestionar lo escaso - incluso se habla de sostenibilidad porque en el futuro es poco probable que los recursos crezcan³³⁹-.

Es entonces cuando se inicia una cadena de medidas de reducción y contención del gasto de las que repasaremos aquellas que consideramos más importantes porque afectan al empleo público.

2. Apuntes sobre la reforma de la Administración Local.

2.1. Competencias locales: situación anterior a la reforma.

Los Entes Locales son las Administraciones más visibles para el ciudadano tanto por su cercanía al mismo como por la amplia gama de servicios y prestaciones que éstas le han venido proporcionando. Infraestructuras, caminos y carreteras, transportes, cementerios, luz, agua, medio ambiente, educación, sanidad, cultura, asistencia social, ocio, juventud, infancia, vejez,...son ámbitos de los que, en mayor o menor medida, se

que nuestro país se compromete a reducir el gasto público en 9.000 millones de euros, tal y como recoge el Programa Nacional de Reformas de 2012 que nuestro Gobierno presenta a la UE.

³³⁹Vid TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos", *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 364, 2013.

ha ocupado el gestor municipal tratando de dar respuesta a las demandas crecientes de sus administrados³⁴⁰.

El sistema competencial de las entidades locales se contiene en la LRBRL³⁴¹. En su versión anterior a la publicación de la *Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (en adelante, LRSAL) reconoce al municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, la promoción de toda clase de actividades y la prestación de cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal (art.25.1 LRBRL). Estas competencias propias han de ejercerse en los términos establecidos por la legislación estatal y autonómica, en las materias enumeradas en el art.25.2 LRBRL.

Por otra parte, los municipios están obligados por ley a prestar determinados servicios mínimos en un número que se incrementa progresivamente en función del tamaño de la población (art.26 LRBRL), pudiendo recibir la asistencia de la Diputación Provincial para el establecimiento y adecuada prestación de los mismos. No obstante, pueden solicitar de su Comunidad Autónoma dispensa de la obligación de prestarlos cuando, por sus características peculiares, resulte de imposible o muy difícil cumplimiento su establecimiento y prestación por el propio Ayuntamiento.

Asimismo, puede ejercer competencias delegadas por la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas u otras Entidades locales en materias que afecten a sus intereses propios, a condición de que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana (art.27 LRBRL).

Además, la LRBRL contempla también la posibilidad de que los municipios puedan realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente (art.28 LRBRL). De la lectura

³⁴⁰ El incremento gradual de funciones y servicios municipales causa problemas a los pequeños ayuntamientos puesto que carecen de los recursos económicos necesarios para su sostenimiento, vid. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Los municipios y las mancomunidades en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pág.306.

³⁴¹ Aunque para preservar la autonomía local, la CE evita una “delimitación precisa de las competencias municipales”, vid FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Los municipios...op.cit.,pág.322.

interesada³⁴² de este precepto junto con la cláusula general de atribución competencial del art.25.1 LRBRL, los municipios españoles interpretaron que podían ejercer otras competencias sin un título específico que las justificase, no recogidas expresamente como propias³⁴³ y a las que se viene conociendo como “*impropias*”. Competencias para las que no se contaba con la pertinente financiación.

A la provincia le corresponde, entre otras competencias, la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada; la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión; la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal; la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito y, en general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia o el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y la mayor eficacia y economía en la prestación de éstos mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal (art.36 LRBRL). Además, pueden recibir competencias delegadas del Estado y de la Comunidad Autónoma (art.37 LRBRL).

Este modelo de competencias resulta excesivamente complejo y poco funcional³⁴⁴, básicamente, porque produce duplicidades en la prestación de los servicios públicos, fruto de la concurrencia competencial entre distintas Administraciones Públicas o incluso se prestan los mismos sin un título competencial específico habilitador, dando lugar al ejercicio de competencias que la Administración puede no tener legalmente atribuidas ni

³⁴² SOUVIRON MORENILLA, J.M.: “Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014, pág.82. Para MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Competencias municipales...op.cit.,pág.76, las competencias del art.25.1 LRBRL son “*la realización de actividades y servicios en el ámbito de los poderes que tengan atribuidos por las leyes*”, no contiene una cláusula que posibilite a los municipios “*acrecentar el ámbito competencial*”.

³⁴³ CUESTA REVILLA, J.: “Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014, pág.119. FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C.: “La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos” en QUINTANA LÓPEZ, T.(Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pág.176, “*con la consiguiente generación de gastos impropios o no obligatorios*”.

³⁴⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Las instituciones locales en tiempos de crisis: Reforma institucional y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 25, 2011, pág.72, se refiere a la LRBRL como “*legislación absolutamente inadaptada a las necesidades de los Gobiernos locales*”.

delegadas – “*competencias impropias*” - que no cuentan, como se ha dicho, con financiación adecuada³⁴⁵. Y porque, con carácter general, las maltrechas haciendas locales, sobre todo de los pequeños municipios, carecen de los recursos adecuados para financiar el coste de dichas prestaciones, dado que el aumento en la oferta de servicios no se ha visto acompañado del necesario incremento en las fuentes de financiación de los mismos³⁴⁶. A ello hay que añadir que las Administraciones Locales se ven particularmente afectadas por la crisis económica de 2008 y tienen que hacer frente a la financiación de los crecientes servicios que prestan a los ciudadanos con una merma importante de sus recursos, tanto por la reducción experimentada por los ingresos con origen en la tributación local y como de las transferencias económicas procedentes de otras Administraciones³⁴⁷.

2.2. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: clarificación de competencias.

El proceso de reforma de las Administraciones Públicas se inicia con la de la Administración Local, a través de la publicación de la LRSAL, que trae principal causa en el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria que debe presidir la actuación de todas las Administraciones Públicas³⁴⁸. En desarrollo del citado principio se

³⁴⁵Vid SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014, pág.132.

³⁴⁶ Para CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria (y fallida) reforma de la Administración Local” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013, no se ha producido la revisión del sistema de financiación ocasionándose un desequilibrio entre estas necesidades y la atención de las competencias locales. Para MARTÍNEZ PALLARES, P.L.: “La planta local tras la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, nº 7, 2014, pág.71, “*la reclamada reconsideración del ámbito competencial municipal, ha devenido en simple ajuste y no en una reforma meditada del mismo, y difícilmente podría abordarse sin el establecimiento de un marco de financiación definido y suficiente sin la previsión de potentes instrumentos que, conjuntamente con los que se establecieran desde las Comunidades Autónomas, permitan lograr una planta municipal integrada por municipios, digno de la denominación de administración, potentes y con capacidad real de gestión*”.

³⁴⁷Vid RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de la reforma laboral de 2012”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 31, 2013, pág.41 y 42. QUINTANA LÓPEZ, T.: “Debate previo a la reforma de la legislación del Estado de Régimen Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, recuerda como, entre otros, el Tribunal de Cuentas alerta sobre la necesidad de regular las competencias de la Administración Local para garantizar la suficiencia financiera de la misma.

³⁴⁸ Como recuerda MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las competencias...op.cit., pág.75, el art.135 CE “*introduce un nuevo canon de constitucionalidad que afecta a todas las Administraciones e impone la necesidad de valorar los impactos en la estabilidad presupuestaria también al delimitar y concretar el alcance de la autonomía local*”. En el mismo sentido BOTO ALVÁREZ, A.: “Redimensionamiento del sector público local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant

aprobó, como se ha dicho, la LOEPSF cuyo cumplimiento exige modificaciones de la normativa 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. Todo ello precisa de la adaptación de aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración Local así como de una mejora de su control económico-financiero.

Uno de los objetivos principales de la LRSAL es clarificar³⁴⁹ las competencias de las entidades locales para solucionar los solapamientos entre Administraciones y avanzar en el principio “*una Administración una competencia*”. Así define las competencias que deben ser desarrolladas por la Administraciones Locales –competencias propias o atribuidas por delegación (art.7.1 LRBRL)-, diferenciándolas de las competencias estatales y autonómicas, poniendo fin a las competencias impropias - aquellas que los Ayuntamientos ejercen sin un título específico que las reconozca y sin fuente de financiación definida-. Las competencias propias sólo pueden ser determinadas por Ley y se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas (art.7.2 LRBRL)³⁵⁰. Asimismo, Estado y Comunidades Autónomas podrán delegar el ejercicio de sus respectivas competencias en las entidades locales (art.7.3 LRBRL). A pesar de haber eliminado las competencias impropias, a las dos anteriores añade la posible existencia de competencias, distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, cuyo ejercicio se realizará por las entidades locales en los términos previstos en la legislación de delegación del Estado y de las Comunidades Autónomas y que se condicionan al mantenimiento de la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal – conforme a los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera³⁵¹- y a la no ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración (art.7.4 LRBRL). Y es que no se

lo Blanch, 2014, pág.476, habla de la sostenibilidad financiera como “*valor estructural y condicionante de la capacidad de actuación de todas las Administraciones Públicas*”.

³⁴⁹ Por otros, CUESTA REVILLA, J.: “Las competencias...op.cit.,pág.125, alerta de la excesiva complejidad de la pretendida “clarificación”.

³⁵⁰ GIL FRANCO, A.J.: “Aproximación al sistema competencial municipal básico diseñado por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Competencias propias versus competencias delegadas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4, 2014, entiende que las competencias propias son inherentes a la autonomía local y “*hacen comprensibles a las instituciones locales como tales*”.

³⁵¹ En opinión de BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de la Administración Local. Punto de vista del IEB” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013, con ello “*se quiere poner fin a la reivindicación municipal de obtener financiación para competencias impropias*”.

quiere que las Entidades Locales asuman competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuentan con financiación adecuada.

Centrándonos en el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal, ejerciendo competencias propias, en los términos previstos en la legislación estatal y autonómica, en las materias relacionadas en el art.25.2 LRBRL³⁵² – en número menor que en su redacción anterior³⁵³, hablándose por ello de vaciado de competencias en favor principalmente de Diputaciones Provinciales-. Como novedad, se encarga a las Comunidades Autónomas la asunción de la titularidad de ciertas competencias antes propias de los municipios – y de las provincias³⁵⁴. Corresponderá al legislador estatal o autonómico evaluar, en relación con la concreta competencia que atribuya al municipio, la conveniencia de la implantación de servicios locales atendiendo a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera (art.25.3 LRBRL)³⁵⁵.

Distintas de las competencias propias son los servicios públicos obligatorios o mínimos que los municipios deben prestar y que constituirían “*el contenido mínimo de la autonomía local*” - alumbrado, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria,

³⁵² Recuerda CUESTA REVILLA, J.: “Las competencias...op.cit.,pág.102, que enuncia “*materias en las que las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas, deben atribuir competencias a los municipios. En este precepto ofrecería un listado básico o mínimo de materias con independencia de que con posterioridad alguna ley estatal o autonómica pueda llevar a cabo la atribución de alguna más, incrementando el elenco de competencias propias*”.

³⁵³ Por otra parte, se suprimen algunas competencias acotando la intervención de los municipios a un campo de actuación más estrecho que el que hasta ahora ha existido. Se produce, en palabras de ALMEIDA CERREDA, M.: “La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, sanidad, salud y servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pag.119, un “*efecto restrictivo de las competencias municipales al haber redelimitado las materias del art.25.2 LRBRL y endurecido los criterios económicos para que los Ayuntamientos puedan tener facultades en dichas materias*”, a lo que cabría añadir “*la racionalidad organizativa de que ejerzan tales funciones y la prohibición de que sus competencias resulten concurrentes con las de otras Administraciones*”.

³⁵⁴ Vid DA 15ª y DT 1ª, 2ª y 3ª LRSAL. Para JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Primer análisis de impactos sobre las Entidades Locales*, Jornada en la Diputación Provincial de Zaragoza, 14 de marzo de 2014, “*se aplaza el problema a la definición del sistema autonómico y local*”.

³⁵⁵ Dicha Ley sectorial que determine la competencia propia municipal deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones afectadas y el cumplimiento de los citados principios, estableciéndose la garantía de que la Ley debe prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto (art.25.4 LRBRL) y garantizará que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración (art.25.5 LRBRL). Para MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las competencias...op.cit., pág.87, resultan novedosas las exigencias de previsión de los recursos necesarios y la prohibición de aumento de gasto.

abastecimiento de agua potable, alcantarillado,... (art.26.1.a LRBRL)-. Número de servicios públicos obligatorios que aumenta en función de la población del municipio – más de 5.000 habitantes, más de 20.000 habitantes y con población superior a los 50.000 habitantes-.

Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, - principios que incluso ahora parecen anteponerse al interés local, participación vecinal y eficacia en la gestión³⁵⁶-, Estado y Comunidades Autónomas podrán delegar en los municipios las competencias recogidas en la lista no cerrada del art.27.3 LRBRL³⁵⁷. Se reitera que dicha delegación de competencias debe ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y queda condicionada nuevamente a la mejora de la eficiencia de la gestión pública (art.27.1 LRBRL). Estas competencias delegadas se ejercerán en los términos establecidos en la disposición o acuerdo de delegación que determinará el alcance, contenido, condiciones y duración, así como el control de oportunidad y eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que ésta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas. Como se ve, la delegación de competencias se vincula con la necesaria financiación de la actividad o servicio delegado por lo que debe ir acompañada de la correspondiente dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación. La Administración delegante se reservará los mecanismos de control precisos para asegurar la adecuada prestación del servicio delegado³⁵⁸, contemplando la normativa reformada sanciones en caso de incumplimiento.

³⁵⁶ GIL FRANCO, A.J.: “Aproximación...op.cit.,

³⁵⁷ Advierte ALMEIDA CERREDA, M.: “La redelimitación...op.cit.,pág.138, que el art.27 LRBRL recoge una lista ejemplificativa y posibilita la delegación en los municipios de cualquier competencia, sin necesidad de que afecten a los intereses propios del municipio. En el mismo sentido, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Competencias municipales: competencias delegadas e impropias”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014, pág.72.

³⁵⁸ GIL FRANCO, A.J.: “Aproximación...op.cit., advierte de que esta técnica de delegación por parte del Estado y Comunidades Autónomas es discrecional por lo que “*se podría generar un asimetría competencial municipal a pesar de los límites establecidos cuando el Estado o las Comunidades Autónomas deleguen en dos o más municipios de la misma provincia una o varias competencias comunes, dicha delegación deberá realizarse siguiendo criterios homogéneos*”. En sentido parecido JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley de Racionalización...op.cit.*, indica que la delegación a la entidad municipal se deja facultativamente en manos de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a las Diputaciones Provinciales o entes equivalentes son entidades locales de representación indirecta que ostentan, entre otras, las competencias de coordinación de los servicios municipales entre sí para garantizar su prestación integral y adecuada en todo el territorio provincial; asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión; y prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal (art.36 LRBRL). Así pues, a diferencia de las competencias municipales, que son fundamentalmente competencias “*materiales*”, de gestión de los intereses y asuntos que afectan al conjunto de la población, las de las Diputaciones han venido siendo, más bien, mayoritariamente “*funcionales*”, en cuanto que su actividad se ha encaminado a asistir a los Municipios y a coordinar su actuación³⁵⁹.

Lejos de las propuestas de algunos partidos políticos³⁶⁰ sobre su posible supresión, estos entes locales quedan potenciados con la publicación de la LRSAL que refuerza y amplía sus competencias funcionales de coordinación y asistencia e incrementa sus competencias prestacionales³⁶¹. Se quiere que asuman parte de las competencias hasta la fecha prestadas por los Ayuntamientos, con el fin de lograr economías de escala gracias al recurso a unos servicios comunes centralizados y la reducción de estructuras administrativa que no sean eficientes o sostenibles. Luego, podría producirse un debilitamiento de la autonomía municipal en favor de un traspaso de competencias a las Diputaciones Provinciales que ven incrementada su actuación en los pequeños municipios, redefinidas sus competencias propias e intensificada su relación de colaboración con las Administraciones estatal y autonómica³⁶².

³⁵⁹ A juicio de FERNÁNDEZ FIGUEROA, F. (Coord.): *Guía práctica sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, pág.26, en el art.36.2 LRBRL se recogen competencias materiales, pero la mayor parte de las nuevas competencias tienen carácter funcional, aunque se potencian considerablemente al adjudicarles funciones como la coordinación y el seguimiento de ciertas prestaciones de servicios locales. Opinan CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria...op.cit., que “*su arquitectura es claramente deficitaria en transparencia y responsabilidad. Carecen de experiencia como proveedoras de servicios a los ciudadanos...*”

³⁶⁰ SAN MARTÍN, J.: “La reforma local es un mal flan, digo Plan. Sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local” en <http://hayderecho.com> (visitado el 19/3/2013). QUINTANA LÓPEZ, T.: “Debate previo...op.cit.,pág. 45 y 46, recuerda que los partidos políticos minoritarios proponen su supresión mientras que los mayoritarios prefieren su modernización para responder mejor a las demandas de los ciudadanos.

³⁶¹ MARTÍNEZ PALLARES, P.L.: “La planta local...op.cit.,pág. 77

³⁶² Concluye JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley de Racionalización...op.cit*, el papel de las Diputaciones se refuerza tras la LRSAL a nivel de competencias, de coordinación de la gestión de servicios y de colaboración en la tutela financiera de los entes municipales. Vid SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias...op.cit., pág.133.

Las competencias propias serán las enumeradas en el art.36.1 LRBRL y las que la legislación estatal y autonómica les atribuya (art.31 y 36 LRBRL). En el listado de competencias propias del art.36 LRBRL se advierten “*nuevas competencias como la prestación de servicios de recaudación tributaria, administración electrónica o contratación centralizada en los municipios con población inferior a veinte mil habitantes o se les asignan funciones para coordinar y supervisar, en colaboración con Comunidades Autónomas, los procesos de fusión de municipios*”³⁶³.

A diferencia de lo que hace el art.27 LRBRL con las competencias municipales, el art.37 LRBRL no contiene un listado de competencias que las Comunidades Autónomas puedan delegar a las Diputaciones Provinciales, por lo que hay que entender que esta regulación de mínimos de las competencias provinciales puede ser considerablemente ampliada por el legislador autonómico. Como los Ayuntamientos, podrán ejercer competencias distintas de las propias o delegadas siempre condicionadas por el principio de sostenibilidad financiera y no duplicidad de competencias, en virtud del art.7.4 LRBRL³⁶⁴.

Considerando, asimismo, que gran parte de los pequeños municipios tienen dificultades a la hora de proporcionar los servicios mínimos obligatorios a sus ciudadanos, la LRSAL establece que en aquellos con población inferior a veinte mil habitantes³⁶⁵, la Diputación Provincial o entidad equivalente coordinará la prestación de los servicios públicos mínimos u obligatorios (art.26.2 LRBRL), siempre que el municipio no pueda demostrar que la prestación del servicio se realiza de forma eficiente. De este modo, las Diputaciones Provinciales aseguran “*la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal de competencia obligatoria, incluso con preferencia a las Comunidades Autónomas*”³⁶⁶. Si

³⁶³ GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.: “Las provincias tras la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local efectuada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord.): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pág.246, suscribe que “*la coordinación que apunta a la consecución de la eliminación de disfunciones o duplicidades se relaciona con los principios de eficacia y eficiencia...*”

³⁶⁴ Vid FERNÁNDEZ FIGUEROA, F. (Coord.): *Guía práctica...op.cit.*

³⁶⁵ Más de un 90% de los municipios tienen menos de veinte mil habitantes. Para FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C.: “La nueva reforma...op.cit.,pág.209, la LRSAL provoca un “*desapoderamiento de la capacidad autónoma de los municipios de menos de veinte mil habitantes en las decisiones relativas a la prestación de sus servicios públicos obligatorios y a la forma de la gestión efectiva de su prestación*”.

³⁶⁶ Para GIL FRANCO, A.J.: “Aproximación...op.cit. En el mismo sentido vid MARTÍNEZ PALLARES, P.L.: “La planta local...op.cit.,pág.72 y 77, se recurre a la Diputación Provincial para evitar la ineficiencia municipal en la prestación de los servicios públicos, relegando otras fórmulas de tipo supramunicipal.

la prestación de estos servicios se asume por la Diputación provincial, ésta repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso³⁶⁷. Buscando una mayor eficiencia finalmente se rechaza el denominado “*sistema de coste estándar*”, esto es, la fijación de un techo de precios al que un Ayuntamiento podía prestar un determinado servicio, y se sustituye por el sistema de coste efectivo. Sin embargo, no va a resultar tarea sencilla calcular el coste de la prestación de servicios públicos en todos y cada uno de los municipios españoles, teniendo en cuenta, además, que no se tiene información sobre costes y sobre resultados de provisión de estos servicios y que los costes dependen de múltiples factores tales como “*la tecnología de prestación utilizada, las características geográficas y socioeconómicas y el nivel de calidad demandado por la población*”³⁶⁸.

Llegados a este punto resulta oportuno realizar una mención a la DA 3ª.2 LRSAL en la que se establece que, en aquellas Comunidades Autónomas con sistema institucional propio, las referencias a las Diputaciones Provinciales se entenderán hechas a los entes locales previstos en los correspondientes Estatutos de Autonomía a los que se les atribuyen competencias en materia de asistencia y cooperación a los municipios y prestación de servicios públicos locales, esto es, cabildos, consejos, comarcas. Del mismo modo, las previsiones de la LRSAL se aplicarán respetando la organización comarcal en aquellas Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía tenga atribuida expresamente la gestión de servicios supramunicipales (DA 6ª LRSAL). En el caso de Aragón, por ejemplo, el art.5 de su *Estatuto de Autonomía* reconoce a los municipios limítrofes aragoneses, vinculados por características e intereses comunes, la posibilidad de constituirse en comarcas que gozarán de la condición de entidades locales, creando así un nuevo nivel de Administración Pública en que se estructura la organización territorial de Aragón. Las comarcas tendrán a su cargo la prestación de servicios y la gestión de actividades de ámbito supramunicipal, respetando los intereses de la población y territorio

³⁶⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley de Racionalización...op.cit.*, advierte de la complejidad del proceso y de su difícil concreción, que exige un cambio estratégico y de diseño organizativo de las Diputaciones Provinciales, teniendo en cuenta su papel institucional y su estructura actual para ejercer este tipo de competencias. Se critica la introducción del concepto de “*coste efectivo*” sin aportar definición precisa, como elemento de referencia tanto a efectos de transparencia, como de análisis de eficiencia” en SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte sobre la reforma local” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013. Sin embargo, CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria y...op.cit., valoran esta medida como “*un acierto en materia de planificación y verificación de costes que obligará a una mejor distribución de los mismos*”.

³⁶⁸ Ante la heterogeneidad de la planta municipal española, BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de...op.cit., sugieren “*factores de corrección, que habrían de atender a variables, como la orografía, el clima o la estructura social y económica del Municipio, entre otros, y no solo a su tamaño y a la densidad de población*”.

comarcales. Su creación obedece a la consecución de una mejor organización territorial de los servicios públicos, el acercamiento de su gestión a los ciudadanos, entre otros. Y ha de suponer una más eficaz prestación de los servicios públicos, sin cuestionar ningún otro nivel de la Administración. Así que se apuesta por las comarcas como prestadoras de servicios a los pequeños municipios, especialmente en lo que se refiere a la prestación de servicios sociales. Esto es, en la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de la aplicación de esta DA, las competencias encomendadas a la Diputación Provincial por el art.26.2 LRRL relativas a la prestación de estos servicios supramunicipales serán asumidas por las comarcas. En todo caso las Diputaciones Provinciales mantendrán todas aquellas atribuciones que no sean propiamente gestión de servicios supramunicipales³⁶⁹.

Mayoritariamente, la doctrina lamenta que la LRSAL no produzca la reforma sustancial que anunciaba y ponga todo el acento en la contención del déficit y la reducción de la deuda pública – recuérdese que la LOEPSF exige a las entidades locales equilibrio presupuestario–, priorizando este objetivo a cualquier otro y ello a pesar de que las entidades locales no son las mayores generadoras de deuda pública³⁷⁰. Y es que, en el momento más crítico de la crisis urgía dar muestras a la Comisión Europea y a los acreedores de nuestra deuda del compromiso de las Administraciones Públicas con la sostenibilidad financiera y con el equilibrio presupuestario³⁷¹. En lugar de una reforma integral y meditada de la Administración municipal, se parchea la normativa local con medidas de ajuste³⁷² que no proporcionan los frutos perseguidos. En definitiva, no estaríamos verdaderamente ante una auténtica reforma sino ante un ajuste institucional

³⁶⁹Considera JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “La Reforma Local...op.cit.,pág.394 y ss, que en el reparto de competencias entre comarcas y Diputaciones Provinciales se *“batalla por el mismo espacio funcional y se disputan el mismo papel institucional”*

³⁷⁰ Recuerda JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos en un contexto de contención presupuestaria: efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación”, *Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas*, nº 4, 2013, pág.77, que del total de la deuda pública no llega a un 5% la de las entidades locales. SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias...op.cit.,pág.128 *“la sostenibilidad se ha orientado hacia el nivel de Gobierno que se ha pensado podría plantear menos problemas”*. En el mismo sentido, BOTO ALVÁREZ, A.: “Redimensionamiento...op.cit.,pág.512. Para MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las competencias...op.cit., en esta reforma, que no era la esperada por nadie, ha tenido un protagonismo absoluto el factor crisis económica.

³⁷¹Vid JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “La Reforma Local...op.cit.,pág.289 y ss, donde se enumera los motivos por los que con la LRSAL no se conseguirán los objetivos propuestos.

³⁷² Intervención de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *La Ley de Racionalización y...op.cit.*

derivado de un contexto de contención del déficit público que pretende la sostenibilidad financiera de la Administración Local³⁷³.

Puede concluirse que este reparto competencial entre distintas Administraciones se justifica prioritariamente en criterios de sostenibilidad financiera - contención del gasto y de ahorro en la prestación³⁷⁴ - olvidando que a lo anterior se suman cuestiones de otra índole, no por ello menos importantes que la económica, como el necesario respeto al principio de autonomía local³⁷⁵ y, en concreto, al principio de subsidiariedad recogido en la *Carta Europea de Autonomía Local*³⁷⁶ o del déficit democrático –representación indirecta - en que puede incurrirse al trasladar la capacidad de decisión sobre materias que directamente afectan a los ciudadanos de un municipio al conjunto de los ciudadanos de la provincia cuyos intereses pueden diferir completamente de los municipales³⁷⁷. O que se prive a los municipios de la gestión de competencias tradicionalmente por ellos asumidas como educación, sanidad y servicios sociales, para ser atribuidas a otras administraciones carentes de esta experiencia³⁷⁸ y de los medios personales y financieros

³⁷³ Para JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Las instituciones...op.cit., la situación de crisis puede es buen momento para introducir reformas estructurales en la Administración Local. Para SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias...op.cit.,pág.128, *“lejos de ser consensuada y aclamada ha encontrado una acogida muy desigual por parte de los diferentes actores y sectores implicados al considerar que la Ley es recentralizadora, vulnera la distribución de competencias y lesiona la autonomía local constitucionalizada”*”.

³⁷⁴ PAREJO ALFONSO, L.: “Crisis financiera estatal...op.cit. CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: La necesaria...op.cit.

³⁷⁵Para SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte...op.cit., se lleva a cabo una potenciación de las Diputaciones sin haberse producido el oportuno y previo análisis de *“su papel en el Estado autonómico - ámbito del reparto competencial y el de su representatividad democrática”*”.

³⁷⁶ Primera parte punto tres: *“el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas a los ciudadanos. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea o las necesidades de eficacia o economía.”* BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de...op.cit.

³⁷⁷ SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte...op.cit. REDONDO, J.L.: “La Diputación Provincial, esa gran desconocida...y algunos datos para empezar a conocerla”, en <http://hayderecho.com> (visitado 24/10/2013) muestra su desconfianza al reconocer que *“son instituciones que no eligen directamente los ciudadanos, que no rinden cuenta de sus actividades y de su gestión en ningún proceso electoral, que cuentan con una notable cantidad de dinero para subvenciones, y una nutrida nómina de empleados, poco acorde con las competencias y funciones que desempeñan. Esta situación es un caldo de cultivo perfecto para la corrupción, el clientelismo y el caciquismo...el interés por mantenerlas o por asignarles nuevas funciones no puede entenderse en ningún caso en beneficio de los ciudadanos. Constituyen la institución perfecta para que los partidos políticos puedan tejer redes clientelares, utilizando subvenciones poco justificadas...es una institución que debería desaparecer. Asignar sus competencias a las Comunidades Autónomas y a los municipios parece un ejercicio sencillo. La dificultad radicará en reubicar o despedir a los funcionarios o empleados laborales que hoy realizan funciones, cuando menos duplicadas, y en muchos casos innecesarias”* Para QUINTANA LÓPEZ, T.: “Debate previo...op.cit, pág.51, *“tras la LRSAL se las refuerza para poder superar la imagen que los ciudadanos tienen de ellas como agencias para colocar a políticos excedentes o a personal eventual...”*”

³⁷⁸ Para CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria...op.cit.,También en SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias...op.cit., pág.144.

para llevarlas a cabo, máxime considerando que el nivel municipal es el más cercano a las necesidades de los ciudadanos en estos ámbitos pudiendo intervenir con mayor eficacia por su mejor conocimiento de la realidad social. En términos generales se considera acertado precisar la obligación de financiación de las competencias delegadas, aunque es difícil que la medida vaya a resultar efectiva³⁷⁹. Se duda de que la asunción de servicios municipales por parte de la Diputación vaya a suponer una reducción relevante de gastos – hay que tener en cuenta la dispersión geográfica, la densidad de población y las comunicaciones por carretera, incluso en mayor medida que el volumen de población³⁸⁰-.

2.3. Otros objetivos de la Ley 27/2013

En nuestro país la planta municipal se caracteriza por la existencia de un excesivo número de Ayuntamientos, que habitualmente, además, se sirven de múltiples entidades instrumentales, como fórmula de organización para prestar los servicios públicos³⁸¹. Es por ello que un segundo gran objetivo que se plantea con la LRSAL, y que sin duda tiene repercusión sobre la situación de los empleados públicos que para ella prestan servicio, es la racionalización de la estructura y el redimensionamiento de la administración local. Redimensionamiento que se plantea como medio para alcanzar los objetivos de déficit establecidos, limitándose su crecimiento y el de sus organismos dependientes y estableciéndose un período para que se corrijan las situaciones de déficit de las entidades instrumentales que, en caso de no poder ser saneadas, deberán ser suprimidas.

Además, una amplísima mayoría de los municipios españoles tiene menos de dos mil habitantes³⁸². Este “*minifundismo local*”³⁸³ afecta a la eficiencia en la prestación de servicios³⁸⁴ por lo que se cree que las Administraciones locales podrían beneficiarse de

³⁷⁹ En opinión de MARTÍNEZ PALLARES, P.L.: “La planta local...op.cit., pág.78, “*las Diputaciones Provinciales debidamente reajustadas y actualizadas pueden ser buen instrumentos para su articulación, pero la supramunicipalidad debe ser una estructura de cobertura de una realidad municipal potente y capaz, no de suplantación de ésta*”.

³⁸⁰ BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de...op.cit.

³⁸¹ Como apunta QUINTANA LÓPEZ, T.: “Debate previo...op.cit.,pág. 30 y ss, el objeto de la reforma de la planta municipal es la reducción del número de municipios dado que muchos de ellos no pueden dar satisfacción a los servicios que se les atribuyen, pero no está del todo claro que su reducción suponga una mayor eficiencia y reducción del gasto.

³⁸² Geográficamente estos pequeños consistorios se concentran en las dos Castillas, Galicia y Aragón.

³⁸³ En expresión de SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte...op.cit.,.

³⁸⁴ Para SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte...op.cit, las fusiones municipales no deberían argumentarse principalmente en la reducción del gasto en la prestación de servicios públicos ya que, aun optimizando los recursos, la dispersión demográfica es el principal problema. Habría que tener en cuenta también la menor “*vulnerabilidad de los gobiernos locales a la acción de los grupos de interés*”. Para BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de la...op.cit., “*municipios de mayor tamaño permiten sistemas de financiación más adecuados, mejorar la profesionalización de la administración local, reducir*

economías de escala. También se piensa que el tamaño municipal repercute en “*la calidad de sus instituciones – se necesita más profesionalismo y menos dependencia política – y de la representación política*”³⁸⁵. Por ello, tras la LRSAL, la creación de nuevos municipios solo podrá realizarse sobre la base de núcleos de población territorialmente diferenciados, de al menos cinco mil habitantes y siempre que los municipios resultantes sean financieramente sostenibles, cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales y no suponga disminución en la calidad de los servicios que venían siendo prestados (art.13.2 LRBRL).

Y, por otra parte, se regula un mecanismo de fusión incentivada de municipios limítrofes de la misma provincia a través de medidas como una mayor financiación, la dispensa para no asumir los nuevos servicios que pudieran resultar obligatorios como consecuencia de su incremento poblacional y la preferencia temporal en planes de cooperación local de infraestructuras, subvenciones u otros instrumentos basados en la concurrencia competitiva (art.13.4 LRBRL). Una vez fusionados los municipios deben aprobarse medidas de redimensionamiento destinadas a la adecuación de las estructuras organizativas, inmobiliarias, de personal y de recursos resultantes de su nueva situación – y ello sin que pueda derivarse incremento alguno de la masa salarial en los municipios afectados. El nuevo municipio funcionará en todos los derechos y obligaciones de los anteriores municipios. De lo que se trata es de potenciar los municipios que se fusionan ya que contribuyen a racionalizar sus estructuras y superar la atomización del mapa municipal. Incentivos considerados como insuficientes para lograr la fusión voluntaria de municipios³⁸⁶. No en vano la tendencia en nuestro país es la segregación municipal frente a los excepcionales supuestos de fusión³⁸⁷.

Otras medidas racionalizadoras de la planta de la Administración Local que pueden mencionarse son, por ejemplo, el derecho de los municipios a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su

el clientelismo en la distribución de transferencias y la presión de los grupos de interés sobre la política local y facilitar el control financiero”.

³⁸⁵ LAPUENTE GINÉ, V.: “Reforma de la Administración Local en España” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013.

³⁸⁶ Para BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: “Reforma de...op.cit., “*las fusiones deberían ser obligatorias y plantearse el objetivo de alcanzar municipios con un tamaño mínimo de cinco mil habitantes y plantearse el objetivo de alcanzar los diez mil*”. CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria...op.cit.,

³⁸⁷ En 2013 tuvo lugar uno de estos supuestos excepcionales de anexión municipal entre los ayuntamientos de Oza dos Ríos y Cesuras (La Coruña). O en 2022 la de Don Benito y Villanueva de la Serena (Extremadura), aunque está por ver si finalmente se llevará a cabo. Más frecuentes son los casos de escisión, por ejemplo Usansolo y Galdakao en Vizcaya (El País, 22/11/2014).

competencia (art.44 LRBRL). Las competencias de las mancomunidades – que la LRSAL reduce- estarán orientadas exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los art.25 LRBRL – competencias propias- y art.26 LRBRL – servicios mínimos obligatorios-. O también, en cuanto a las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio – caseríos, aldeas, barrios, concejos, pedanías, parroquias rurales - pierden su personalidad jurídica, así como su condición de entidad local (DT 4ª LRSAL) y sólo podrán constituirse como organización desconcentrada sin personalidad jurídica. El art.24 bis LRBRL condiciona la creación de este tipo de entes a que resulte la opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados, conforme a la LOEPSF. Del mismo modo, se trata de impedir la participación, constitución o adquisición de entidades instrumentales – nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones demás entes - por las Entidades Locales y organismos autónomos de ellas dependientes cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste (DA 9ª LRBRL). En todo caso se prohíbe la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir, unidades controladas por otras, que, a su vez, lo estén por las Entidades Locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficiencia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas que ya existan a la entrada en vigor de la LRSAL en el plazo previsto³⁸⁸.

Otra medida, con la que se quiere conseguir el equilibrio presupuestario y la estabilidad financiera de las haciendas municipales, es a través de la limitación del número de cargos con dedicación exclusiva y del número de puestos de personal eventual en función de tramos de población del municipio (art. 75 ter y 104 bis LRBRL y DT 10ª LRSAL). Asimismo, pretende contenerse el gasto público estableciéndose un límite máximo total a las retribuciones percibidas por los miembros de las corporaciones locales (art.75 bis LRBRL) y por los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público (DA 12ª LRBRL), que no podrán exceder de los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

³⁸⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El personal laboral al servicio del sector público local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 580.

Por último, cabe recordar que para lograr un control económico-presupuestario más riguroso, se refuerza el papel de la función interventora en las Entidades Locales. De este modo, a partir de ahora el Gobierno fijará las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, así como derechos y deberes en el desarrollo de las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales³⁸⁹. Además, modifica el art.85.2 LRBRL que establece que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la manera más sostenible y eficiente de entre las que el mismo precepto enumera. La gestión directa incluirá las siguientes posibilidades: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, y también por una entidad pública empresarial y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, si bien, estos dos últimos supuestos se condicionan a que resulten más eficientes y sostenibles que los dos primeros. Como medios de gestión indirecta se produce una remisión a la normativa de contratos del sector público las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos³⁹⁰.

Puede concluirse que, mayoritariamente, la LRSAL decepciona. El eje sobre el que gira la reforma parece ser única y exclusivamente la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, dejando en segundo plano los problemas que vienen aquejando a las Entidades Locales desde hace tiempo³⁹¹. Se duda de la efectividad de las medidas propuestas para reducir los gastos locales³⁹² y se echa de menos un estudio previo del sistema de financiación de estas entidades³⁹³. En fin, pese a que puedan valorarse

³⁸⁹ Con ello, se viene a cubrir un vacío legal y se hace posible la aplicación generalizada de técnicas, como la auditoría en sus diversas vertientes, a las Entidades Locales en términos homogéneos a los desarrollados en otros ámbitos del sector público.

³⁹⁰ El Dictamen del Consejo de Estado 338/2014 sobre el planteamiento del conflicto interpuesto por las corporaciones locales en defensa de la autonomía local en relación a la LRSAL, en relación con las formas de gestión de los servicios públicos (nueva redacción del art.85.2 LRBRL), entiende que las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera justifican la primacía de unas formas de gestión sobre otras ya que *“la autonomía local no puede amparar la elección de modalidades de gestión directa de los servicios públicos locales menos eficientes o sostenibles que otras igualmente contempladas en el ordenamiento jurídico”*. Observa FERNÁNDEZ FIGUEROA, F. (Coord.): *Guía práctica...op.cit.pág.58*, que *“el art.85.2 LRBRL establece con carácter subsidiario la gestión directa de los servicios públicos por medio de una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil local... cuando...quede acreditado...que son más sostenibles y eficientes que la gestión por la propia entidad local o por medio de un organismo autónomo.”*

³⁹¹ Para PAREJO ALFONSO, L.: *“Crisis...op.cit.pág.59, “la crisis económica amenaza con transformarse de ocasión paradójicamente facilitadora de la solución de un grave problema estructural obstructivo del pleno y eficaz despliegue de la autonomía local, en factor legitimante de la distorsión de ésta.”*

³⁹² BOSCH, N. y SOLLÉ –OLLÉ, A.: *“Reforma de...op.cit.*

³⁹³ CAMPOS ACUA, C. y LAGO PEÑAS, S.: *“La necesaria...op.cit. SALVADOR CRESPO, M: “Las competencias...op.cit.,pág.128, se apartan “criterios como la cohesión territorial y social que cumplen los Gobiernos locales y su dimensión política como Gobierno más próximo a los ciudadanos, elegido democráticamente y dotado de autonomía”.*

positivamente aspectos como “*la imposibilidad legal de atribución de competencias a los municipios sin la financiación correspondiente*”³⁹⁴, la transparencia o la eficiencia o el control financiero de la Administración municipal, se duda de que una vez implantadas las medidas que propone la norma, éstas sirvan para conseguir un verdadero ahorro. La mayor parte de los expertos coinciden en que la verdadera reforma de la Administración Local en España debería pasar por la fusión de municipios, y en esta materia la LRSAL se muestra muy tímida. Probablemente el alto coste político de su adopción también ha condicionado a que no se haya recurrido a la disolución de entidades instrumentales o a la extinción de empresas públicas, siendo en la realidad prácticamente una anécdota.

3. La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público

La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa da continuidad al proceso de reforma iniciado con la LRSAL. Su objetivo es el de convertir a la Administración española en un factor de eficiencia y productividad, que posibilite el crecimiento económico y la prestación efectiva de los servicios públicos (Preámbulo Ley 15/2014).

Muy brevemente señalaremos como, además de introducir algunas modificaciones en el régimen jurídico de los empleados públicos³⁹⁵, se adoptan reformas normativas para permitir la reordenación de organismos públicos con el fin de mejorar su eficiencia y reducir el gasto público. En este sentido se procede a la integración de organismos e institutos en otros³⁹⁶, a la concentración en un mismo organismo de funciones complementarias o a la extinción de otros³⁹⁷; y del mismo modo se suscriben convenios de colaboración para evitar contrataciones externas ocasionales y así maximizar recursos³⁹⁸.

³⁹⁴Vid CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria...op.cit. También JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Las instituciones...op.cit.pág.73, cree imprescindible reordenar de manera simultánea institucional y financieramente el sistema local español.

³⁹⁵ Flexibilización de la dependencia funcional, ampliación a cinco días de asuntos particulares (*DA 9ª y 12ª Ley 15/2014*),...

³⁹⁶ Por ejemplo, se integran en el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial Esteban Terradas el Organismo Autónomo Canal de Experiencias Hidrodinámicas de El Pardo, el Instituto Tecnológico La Marañosa y el Laboratorio de Ingenieros del Ejército General Marvá.

³⁹⁷ En el ámbito educativo, por ejemplo, se concentran en un único organismo todas las funciones de evaluación y acreditación del profesorado universitario, que hasta ahora venían desarrollando la fundación Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) y la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora (CNEAI).

³⁹⁸ Así sucede, por ejemplo, entre el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y la Corporación RTVE. Estos convenios no alterarán no la relación jurídica entre el personal que participe en las actuaciones conjuntas y las entidades públicas de que dependen.

Otro de los objetivos de esta norma es la racionalización de estructuras públicas, especialmente en aquellos ámbitos donde existen competencias compartidas entre distintas Administraciones, de modo que cada Administración cuente con el tamaño y los medios adecuados para el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas. De este modo se trata de adecuar las estructuras de distintos Ministerios³⁹⁹ de forma que sus funciones, y en especial las de observación, análisis, evaluación, e impulso de la cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, se lleven a cabo en un menor número de entidades y órganos colegiados, con una visión más global e integradora y con un menor coste para los ciudadanos⁴⁰⁰.

O, entre otras, recoge modificaciones necesarias para la simplificación de procedimientos para ciudadanos y empresas, reduciendo trabas burocráticas e impulsando la Administración electrónica –por ejemplo, certificados electrónicos reconocidos en todas las Administraciones Públicas; Tablón Edictal Único a través del BOE...-. En esta línea de reformas cabe mencionar, por último, también dos normas a las que ya se ha hecho referencia al hablar de la Administración electrónica -la Ley 39/2015 y la Ley 40/2015 - con las que se pretende una reforma integral de la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la Ley 39/2015 que integraría las normas que rigen la relación ad extra de los ciudadanos y las empresas con las Administraciones; y la Ley 40/2015 que contendría la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas – leyes que constituirán los pilares sobre los que se asentará el Derecho Administrativo español, como reza la EM Ley 39/2015-.

La Ley 39/2015 parte del convencimiento de que una economía competitiva exige unas Administraciones Públicas eficientes, transparentes y ágiles y, para ello trata de dotar a nuestro sistema legal de un Derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado, en definitiva, persigue mejorar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y aumentar su productividad. Entendiendo que el procedimiento administrativo garantiza

³⁹⁹ En concreto, Ministerios de Educación, Cultura y Deporte; Empleo y Seguridad Social; y Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

⁴⁰⁰ Por ejemplo, se acuerda la integración de las competencias de la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades dentro del Instituto de la Mujer. O el Observatorio de Salud asume las competencias y funciones de los Observatorios del Sistema Nacional de Salud y para la Prevención del Tabaquismo, Observatorio de Salud de la Mujer y el Observatorio de Salud y Cambio Climático.

el adecuado equilibrio entre la eficacia de la actuación administrativa y la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y empresas, quiere sistematizar en un cuerpo legislativo único toda la regulación relativa al mismo, así como profundizar en la agilización de los procedimientos con un pleno funcionamiento electrónico. Todo ello revertirá en un mejor cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y seguridad jurídica que deben regir la actuación de las Administraciones.

En cuanto a la segunda de estas normas, la *Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público* pretende modernizar, simplificar racionalizar y dotar de mayor transparencia al sector público, con la intención de dar necesario cumplimiento al art.31.2 CE, que ordena que el gasto público realice una asignación equitativa de los recursos públicos y que su programación y ejecución respondan a los criterios de eficiencia y economía, y al art.135 CE que establece que todas las Administraciones adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. Pretende introducir dos tipos de medidas. Unas de racionalización del sector público estatal, fundacional y empresarial. Y así, en el ámbito de la Administración General del Estado, lleva a cabo nueva clasificación del sector público estatal quedando reducidos los organismos y entidades que se creen a partir de su entrada en vigor de a organismos autónomos y las entidades públicas empresariales; autoridades administrativas independientes, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público y fondos sin personalidad jurídica⁴⁰¹. Y otras de reforma del ordenamiento aplicable a los mismo, como la obligatoriedad de inscribir la creación, transformación o extinción de cualquier entidad integrante del sector público institucional en el nuevo *Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local*. Lo que permitirá contar con información completa, fiable y pública del número y los tipos de organismos públicos y entidades existentes en cada momento. Por otro lado, se obliga a todas las Administraciones a disponer de un sistema de

⁴⁰¹ Forman parte del sector público la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local y el sector público institucional (art.2.1 Ley 40/2015). Este último comprende organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas – organismos autónomos y entidades empresariales-, entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y las Universidades Públicas (art.2.2 Ley 40/2015). Clasifica los organismos públicos estatales en organismos autónomos estatales, entidades públicas empresariales de ámbito estatal, autoridades administrativas independientes de ámbito estatal, sociedades mercantiles estatales, consorcios, fundaciones del sector público estatal, fondos sin personalidad jurídica del sector público estatal. Las agencias estatales son eliminadas en la redacción original de esta norma – eliminación que se justifica en que no han cumplido los objetivos o las expectativas de su creación; y, además, porque las medidas de control de gasto público han neutralizado la pretensión de dotar a las agencias de mayor autonomía financiera- pero recobran vida con la *Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021*.

supervisión continua de la eficacia de sus entidades dependientes, que conlleve la formulación periódica de propuestas de transformación, mantenimiento o extinción.

Las Administraciones Públicas, lejos de constituir un obstáculo para la vida de los ciudadanos y las empresas, deben facilitar la libertad individual y el desenvolvimiento de la iniciativa personal y empresarial. Para ello es imprescindible establecer un marco normativo que impida la creación de órganos o entidades innecesarios o redundantes, y asegure la eficacia y eficiencia de los entes públicos, ejerciendo sobre ellos una supervisión continua que permita evaluar el cumplimiento de los objetivos que justificaron su creación, y cuestionar su mantenimiento cuando aquellos se hayan agotado o exista otra forma más eficiente de alcanzarlos⁴⁰².

4. Efectos sobre el empleo público de éstas y otras medidas de reforma.

Las medidas contenidas en esta normativa reformadora de las Administraciones Públicas necesariamente afectan a los empleados que prestan servicio para ellas. En el ámbito de la Administración General del Estado, la reordenación de organismos públicos, la racionalización de estructuras públicas o la simplificación de procedimientos administrativos se traducen en la integración, concentración, reducción o supresión de organismos y entes, además de la pérdida o, por el contrario, asunción de nuevas funciones. En el caso de la Administración Local, la reforma puede provocar fusiones municipales, desaparición de entidades locales menores, disolución de consorcios, cierto vaciado de competencias municipales y la consecutiva transferencia de competencias a Comunidades Autónomas y Diputaciones Provinciales. Tanto uno como otro caso conllevan una reorganización de las fórmulas de prestación de los servicios públicos y de los recursos humanos disponibles – junto a los medios económicos y materiales - por las Administraciones Públicas afectadas.

Centrándonos en los empleados públicos, el exceso de efectivos consecuencia de la implantación de estas medidas aboca a las Administraciones a la aplicación a sus recursos

⁴⁰²En 2010 comienza un proceso de reestructuración empresarial en el sector público, a raíz del *Acuerdo 1/2010, de 22 de marzo, del Consejo de Política Fiscal y Financiera sobre sostenibilidad de las finanzas públicas*. Estos procesos de reordenación se regían por el Derecho Mercantil. Hasta 2015 se habían suprimido más de dos mil entidades, según señala <https://elderecho.com/novedades-en-el-sector-publico-estatal-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-402015-de-1-de-octubre-de-regimen-juridico-del-sector-publico#:~:text=La%20Ley%2040%2F2015%20recoge%20la%20posibilidad%20de%20que%20los,otro%20organismo%20p%C3%BAblico%20ya%20existente> (visitado 13/3/2017).

humanos, ahora sobrantes, de distintas fórmulas de flexibilidad interna y externa⁴⁰³. En gran medida, las acciones que deban adoptarse dependerán del carácter laboral o funcional de sus empleados públicos o de la gestión directa o indirecta de las prestaciones de servicios públicos, entre otros. Simultáneamente puede producirse el movimiento opuesto: Administraciones Públicas que acrecen las competencias o funciones que desarrollaban o que asumen funciones que otros entes realizaban y que carecen de los medios personales, materiales y económicos necesarios para llevarlos a cabo. En estos supuestos habrá que dotarlas de los mismos para poder dar cumplimiento a sus nuevas responsabilidades. Para ello resultarán útiles diferentes medidas de flexibilidad interna y de entrada - bien a través de la gestión directa contratando nuevos empleados públicos en cualquiera de las modalidades de régimen jurídico o bien gestionándolo indirectamente a través de terceros-.

Por el peso que tiene el componente humano en el total de gasto de las Administraciones Públicas, sobre todo de las pequeñas, y porque las medidas de reducción de empleados públicos o empeoramiento de sus condiciones laborales realmente se ha convertido en una solución fácil e inmediata para producir ahorro en las cuentas públicas, sorprende que, salvo alguna referencia muy concreta⁴⁰⁴, esta oleada de reformas no contemple mecanismos para reorganizar la gestión de sus recursos humanos. Sirva como muestra de estos escasos ejemplos la DT 4ª LRSAL al disponer, en el caso de la disolución de entidades de ámbito inferior al municipio, que el personal que estuviera al servicio de la entidad disuelta queda incorporado en el Ayuntamiento en cuyo ámbito territorial esté integrada y éste queda subrogado en todos sus derechos y obligaciones.

Ante la ausencia de directrices expresas, las distintas Administraciones Públicas han de recurrir a las instituciones del ordenamiento laboral y/o administrativo para articular todas estas actuaciones, en particular, estos traspasos competenciales. En el

⁴⁰³ Para ALMEIDA CERREDA, M.: “La redelimitación...op.cit.pag160 y ss, no tendría sentido mantener en las RPT municipales profesionales cualificados especializados en la prestación de servicios para la cual ahora ya no se tienen competencias.

⁴⁰⁴La normativa apenas recoge previsiones sobre el tema, como estudia SERRANO PASCUAL, A.: “El empleo público en el Anteproyecto de la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, y corrupción”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 32, 2013, pág.59 y 60. O, como recuerda RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El personal laboral...op.cit.pág.577 y ss, en el caso de las fusiones municipales, el art.13 LRBRL dispone que “*el Pleno de cada Ayuntamiento aprobará las medidas de redimensionamiento para la adecuación de las estructuras organizativas, inmobiliarias, de personal y de recursos resultantes de su nueva situación. De la ejecución de tales medidas no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en los municipios afectados*”.

ámbito del Derecho del Trabajo, RODRÍGUEZ ESCANCIANO centra su atención en la aplicación del art.44 ET a los supuestos de fusiones municipales o supresión de entidades locales menores, pudiendo aplicarse también para la resolución de los contratos de servicios en el caso de gestión externalizada⁴⁰⁵. Si no es posible la subrogación y se produce la finalización de la relación laboral de los afectados – la inamovilidad en su condición protegería a los funcionarios (art.63 EBEP)-, de nuevo hay que recurrir al ET ya que las únicas referencias al despido en las normas administrativas son los art.96.1.b y 2 EBEP y art.127.1.h LRBRL.

En cualquiera de los casos serán imprescindibles las herramientas de flexibilidad interna, teniendo especial interés la movilidad funcional y la movilidad geográfica – habrá que considerar las resistencias permanentes entre las distintas Administraciones Públicas a la hora de aplicar medidas como la movilidad interadministrativa-, u otras modificaciones de las condiciones del contrato de trabajo convencionales (por vía de los art.41.6 y 82.3 ET, 32.2 y 3 EBEP o art. 38.10 EBEP) no convencionales (art.41 ET) – reducciones salariales, modificaciones de horarios,...- planteándose el interrogante de si la aplicación de todas estas fórmulas puede extrapolarse del ámbito de la empresa privada al empresario laboral Administración Pública. En ningún caso cabe recurrir a la suspensión del contrato de trabajo o a reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (DA 17ª ET).

En el caso de la pérdida de competencias municipales que son asumidas por comarcas – también por Diputaciones Provinciales -, parece posible que los empleados públicos de los Ayuntamientos terminen trabajando para ellas, debiéndose aplicar reglas de movilidad. Hacer desaparecer las comarcas y los muchos trabajadores que para ellas trabajan tendría un alto coste político que parece imposible nadie piense asumir.

Ante el silencio de la norma, sería interesante plantear la necesidad o no de elaborar un Plan de Empleo o un Plan de Ordenación de Recursos Humanos (en adelante, PORH) (art.69 EBEP), entre otros. O analizar la aplicación de otros instrumentos propios del Derecho de la Función Pública en virtud de la remisión que efectúa el art.83 EBEP, movilidad funcional ordinaria del art.73.2 EBEP o la atribución temporal de funciones

⁴⁰⁵ Para RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El personal laboral...op.cit.pág.580, ello procederá “*si se dan los requisitos, lo establece el convenio colectivo o se determina así en las previsiones adoptadas para la reestructuración y, en caso contrario, se podrá recurrir al despido económico (51 ó 52 c ET); por extinción personalidad jurídica empresario art.49.1.g ET; o al despido por fuerza mayor (factum principis: supresión de una competencia administrativa o actividad pública por decisión del legislador)*”.

del art.66 RD 364/1995; movilidad a otros centros de trabajo (art.81.2 EBEP y redistribución de efectivos del art.59 RD 364/1995; movilidad geográfica del art.81.2 EBEP; movilidad provisional en caso de urgente e inaplazable necesidad del art.81.3 EBEP (comisión de servicios de carácter forzoso del art.64.1 RD 364/1995); reasignación de efectivos art. 60 RD 364/1994;...

No quiere terminarse este apartado, sin atender a algunas de las principales medidas de racionalización aplicadas a las condiciones de trabajo de los empleados públicos en cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y de contención del déficit público a través de una drástica reducción del gasto público. Siguiendo un orden cronológico, y salvo omisión, hay que comenzar con el *Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que introduce medidas de ajuste para acelerar la senda de consolidación fiscal.*, que, además de suspender la revalorización de las pensiones que no sean contributivas o mínimas para 2011, reduce, con criterios de progresividad, la masa salarial del sector público en un 5% en términos anuales, quedando en papel mojado lo acordado en el *Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012*⁴⁰⁶.

La política de recortes en gastos de personal continua con el *Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público* que congela, salvo algunas excepciones, la OEP y los salarios de las Administraciones. También, salvo casos excepcionales, prohíbe la contratación temporal y obliga a amortizar igual número de plazas al de jubilaciones que se produzcan, salvo en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten a servicios públicos esenciales; o impone la jornada laboral semanal de treinta y siete horas y media⁴⁰⁷.

El *Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales* y la orden que lo

⁴⁰⁶ Como recuerda DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, Lex Nova Thomson Reuters, 2013, pág.75 y ss.

⁴⁰⁷ Además de estas medidas de reducción de gastos, aumenta el tipo del IRPF, IBI y el porcentaje de pago a cuenta en el Impuesto de Sociedades. Se dice que el incremento de los impuestos tendrá una vigencia limitada a dos años y se sostiene que el ahorro producido se destinará a garantizar los servicios públicos, como señala AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: “Alternancia...op.cit.pág.194.

desarrolla – *Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueba el modelo de certificado individual y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto Ley 4/2012* – proponen una serie de medidas a incluir en los planes de ajuste de las entidades locales y que pueden afectar al empleo público - reducción de sueldos o efectivos, regulación el régimen laboral y retributivo de las empresas públicas; limitación de salarios en contratos mercantiles o de alta dirección; reducción del número de consejeros de las empresas del sector público; regulación de las cláusulas indemnizatorias; reducción del número de personal de confianza y adecuación al tamaño de la entidad local; reinternalización contratos externalizados; disolución de las empresas que presenten elevadas pérdidas; modificación de la organización de la corporación local; reducción de la prestación de servicios de tipo no obligatorio,...-.

En cumplimiento del compromiso con la máxima austeridad y eficacia en el sector público, en particular el empresarial, se publica el *Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades*. Poco después, el *RD Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo*, propone, básicamente, incrementar la carga docente de los profesores. Tales medidas se justifican en que, la coyuntura económica que se atraviesa hace imprescindible proporcionar a las Administraciones educativas un conjunto de instrumentos que permitan conjugar la mejora de la calidad y eficiencia del sistema educativo con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y su ineludible reflejo en la contención del gasto público y en la OEP.

Otros hitos normativos, en este contexto de estabilidad presupuestaria y de medidas económicas de emergencia, son las normas que materializan la reforma laboral. Primero por *Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral* y con posterioridad la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, además de facilitar la flexibilidad interna y de abaratar el despido, reconoce a la Administración la aplicación del art.51 art.52. c ET en la gestión de sus recursos humanos, despido que anuda a los principios estabilidad presupuestaria y

sostenibilidad financiera⁴⁰⁸. Principios que se conectan, con la reducción del gasto público⁴⁰⁹.

El proceso de consolidación fiscal y de sostenibilidad de las cuentas públicas exige de las Administraciones Públicas continuar adoptando con urgencia medidas extraordinarias, dirigidas a racionalizar y reducir el gasto de personal y a incrementar la eficiencia de su gestión. Y así, con la publicación de la *Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012* siguen introduciéndose recortes en las condiciones de trabajo de los empleados públicos⁴¹⁰. Así, las retribuciones del personal del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a la de diciembre de 2011 y se prohíbe la incorporación de nuevo personal, excepcionalmente se permite un 10% de tasa de reposición en ciertos sectores y se limita la contratación de personal laboral temporal (art.22 Uno y 2 3 LPGE 2012). Proceso que continua con el *RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* que explica como la aplicación de alguna de estas medidas - que consisten en una flexibilización unilateral de la prestación de servicios de los empleados públicos- es temporal, quedando supeditada su vigencia a la subsistencia de la difícil coyuntura económica actual que afecta a la sostenibilidad de las cuentas públicas o a que razones de interés público hagan necesaria su aplicación en el futuro. En el paquete de medidas que esta norma recoge, pueden señalarse, entre otras, las más “populares” como la supresión de la paga extraordinaria del mes de diciembre y la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de diciembre de 2012⁴¹¹; la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, con carácter excepcional, sólo cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas; la limitación del número de días de asuntos particulares y de días adicionales a los de libre disposición que puedan haber establecido las Administraciones Públicas y

⁴⁰⁸ Por otros, TRILLO PÁRRAGA, F.: “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *RDS*, nº 57, 2012, pág.165

⁴⁰⁹ Como DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas...op.cit.*pág. 7, observa “la reforma de 2012 persigue el redimensionamiento en el empleo público y atribuye a la organización administrativa los instrumentos y resortes normativos necesarios en detrimento del poder de las organizaciones sindicales”-

⁴¹⁰El art.22 Tres Ley 2/2012 impide la realización de aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

⁴¹¹Aunque se intenta suavizar disponiendo que las cantidades derivadas de esa supresión podrán destinarse en ejercicios futuros a realizar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguro colectivo que incluyan la contingencia de jubilación, siempre que se prevea el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria establecidos en la LOEPSF y en los términos y con el alcance que se determine en las correspondientes LPGE.

se adoptan medidas con la misma finalidad en relación con el personal laboral, así como respecto de las vacaciones; la reducción de los días de libre disposición y los días adicionales por antigüedad, suspendiéndose los pactos y acuerdos que contradigan estas disposiciones; se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas; se limita el tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, dispensas de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales actualmente existentes a los estrictamente previstos por la normativa laboral, favoreciendo el incremento de los tiempos de trabajo destinados directamente al servicio público; se modifican las cuantías a percibir durante las situaciones de incapacidad temporal;...

Esa misma norma, y dentro de un PORH, habilita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la adopción de medidas y actuaciones para garantizar la asignación eficiente y la optimización de sus recursos humanos ámbito de la Administración del Estado y los organismos y entes de derecho público dependientes o vinculados de la misma. Para ello analizará la distribución del personal en los distintos ámbitos de la Administración del Estado y se adoptarán criterios vinculantes de movilidad y asignación de puestos en dicho ámbito, teniendo la competencia para acordar, en su caso, los cambios de adscripción de puestos o redistribución de efectivos, que sean necesarios para una asignación más eficiente y adecuada de los recursos humanos (art.15 RD Ley 20/2012).

En la *Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013*, se mantienen las restricciones y la congelación de la OEP, salvo excepciones. Las retribuciones de los empleados públicos no se incrementan respecto a las de 2012, pero los empleados públicos recuperan la paga extra de diciembre. Siguen sin poderse realizar aportaciones a planes de empleo ni contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación.

Para la doctrina mayoritaria, todas estas medidas de reforma se han limitado a introducir a la fuerza⁴¹² políticas de ajuste en el empleo público, concentradas en reducir

⁴¹² Muchas de estas medidas, en lugar de por legislación de urgencia, podrían haber sido fruto de la negociación para DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas...op.cit.* pág. 26, aunque quizás la premura de la situación no lo hacía posible.

el gasto y lamentan que se haya desperdiciado la ocasión de mejorar y modernizar la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública⁴¹³.

Poco a poco la situación económica y presupuestaria en España mejora y se minoran⁴¹⁴ déficit público y deuda pública, comenzando a bajar la prima de riesgo, lo que permite que las condiciones laborales de los empleados públicos mejoren. Así, en 2017 se firma el *Acuerdo para la mejora del empleo público*, en el que se reconoce la contribución de los empleados públicos a la recuperación económica y al cumplimiento de los compromisos en materia de consolidación de gasto. En este Acuerdo se recoge el compromiso de recuperación paulatina de las tasas de reposición – de un 100% en sectores prioritarios y del 50% en el resto de sectores –. Dentro de los límites y reglas de gasto, contiene medidas para reducir la temporalidad y reforzar la estabilidad de las plantillas, para mantener las tasas de temporalidad por debajo del 8%; las retribuciones de los empleados públicos se incrementan en un 1%;...medidas que se recogen en la *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017*.

Un año más tarde, se firma el *II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo*⁴¹⁵ cuyas medidas redundarán de manera directa en un incremento de la calidad de la prestación de los servicios públicos. Entre otras medidas- que se incluyen en la *Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales de Estado para 2018*- se aprueba un incremento retributivo para los años 2018-2020, que contempla una parte fija y otra variable ligada al crecimiento de la economía – y al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria previstos en la LOEPSF-. Se acuerda, asimismo, incrementar la tasa de reposición con el fin de incorporar nuevos efectivos y poner en marcha de un proceso de estabilización del empleo temporal, para

⁴¹³ Por otros, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L.: *Manual básico de Derecho del Empleo Público*, Tecnos, 2013, pág.49. Las medidas que se proponen para salir de la crisis y retornar al crecimiento, de momento, quieren reducir el gasto público, liberalizar la economía, introducir flexibilidad en la actividad empresarial,.. se piensa que la reducción del gasto público genera más crisis porque supone el recorte del Estado Social y se proponen una amplia gama de soluciones, desde una sociedad menos individualista, cambio de modelo económico más productivo, equitativo, racional y sostenible, una mayor supervisión de las entidades financieras, la separación de la banca comercial de la banca financiera, reducción de los fraudes y paraísos fiscales, impuestos progresivos y más justos, incremento del gasto público para una mejor redistribución de la renta,... vid NAVARRO, V.; TORRES LÓPEZ, J. Y GARZÓN ESPINOSA, A.: *Hay alternativas...op.cit.*,pág.104.

⁴¹⁴Se va minorando el déficit público estructural que desciende hasta un 2.59 % PIB en 2018 y la deuda pública es de un 98.2% PIB en 2019, vid <https://datosmacro.expansion.com/ipc-paises/espana?anio=2013#:~:text=La%20variación%20mensual%20del%20IPC,es%20de%20%2C3%25>.

⁴¹⁵ *Resolución de 22 de marzo de 2018 de la Secretaría de Estado de Función Pública*.

mejorar la ordenación de los efectivos de las Administraciones Públicas y sobre todo dotar de estabilidad profesional a quienes participan en la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, irrumpen en escena actores inesperados. La pandemia de la COVID-19 en 2020 y el estallido de la invasión de Ucrania en 2022 dibujan un confuso horizonte económico, -una de cuyas consecuencias es el aumento muy significativo de la inflación- en el que vuelven a crecer déficit y deuda pública⁴¹⁶. En este caso, y como se ha dicho líneas arriba, la solución que plantea la UE para remontar la crisis pasa por ayudar a los Estados miembros a través de herramientas de estímulo económico. Para recibir estos fondos⁴¹⁷, España presenta el *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*⁴¹⁸ (en adelante, PRTR) planteando reformas estructurales en torno a cuatro hitos: transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género. Se confía en que estas reformas permitan un cambio de modelo productivo para la recuperación de la economía tras la pandemia causada y una transformación hacia una estructura más resiliente que permita enfrentar con éxito otras posibles crisis o desafíos en el futuro. No se ignora que la gestión y ejecución de los proyectos ligados al PRTR supone multiplicar la carga de trabajo de las Administraciones Públicas que tendrán que afrontar este desafío con recursos limitados y la falta de relevo en las plantillas. Por ello, se impone una reflexión estratégica sobre la organización, los procesos, la gestión del personal y la digitalización⁴¹⁹.

⁴¹⁶ El déficit público estructural comienza a subir de nuevo y se coloca en el 10.13 % PIB en 2020 y volviendo al 4.8 % PIB en 2022. Y la deuda pública se dispara en 2020 al 120.4% PIB para situarse en el 113% PIB en 2022. El PIB decrece un 11.3% en 2020 y vuelve a crecer un 5.5 % en 2021 y 2022. <https://datosmacro.expansion.com/ipc-paises/espana?anio=2013#:~:text=La%20variación%20mensual%20del%20IPC,es%20del%20%2C3%25>.

⁴¹⁷ El Instrumento Europeo de Recuperación (NextGenerationUE) supone para España unos 140.000 millones de euros en forma de transferencias y préstamos para el periodo 2021-2026. Como se indica en la EM RD Ley 36/2020, la movilización de un volumen tan importante de recursos es comparable a los procesos de transformación económica producidos a raíz de la incorporación a las Comunidades Europeas en los años 80 ó la creación del Fondo de Cohesión europeo en mitad de los 90.

⁴¹⁸ Evaluado favorablemente por la Comisión Europea el 22/6/2021.

⁴¹⁹ EM RD Ley 36/2020: Las Administraciones deben jugar un papel clave, ágil, eficaz y eficiente para la ejecución, control salvaguarda necesarios que permitan justificar fehacientemente la solicitud de reembolsos y la absorción de los fondos. Hay que revisar la normativa y los procedimientos e instrumentos de gestión pública y acometer reformas que permitan contar con una Administración moderna y ágil capaz de responder al desafío que la ejecución de proyectos vinculados a los fondos del Instrumento Europeo de Recuperación plantean, sin disminuir sus obligaciones de control, salvaguardando el interés general. Es preciso un proceso de modernización que le proporcione las herramientas necesarias la ejecución del Plan y la mejor gestión de fondos, contando con el sector público y privado.

Si atendemos a las reformas que afectan al empleo público, su *Componente 11*, relativo a la *Modernización de las Administraciones Públicas*, pretende la reducción de la temporalidad en el empleo público. Se trata de introducir reformas estructurales para la mejora de la eficiencia de los recursos humanos reduciendo los altos niveles de temporalidad por debajo del 8% en el conjunto de las Administraciones Públicas y flexibilizando la gestión de los recursos humanos: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro –en línea con la doctrina del TJUE- y potenciación de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos. Medidas que, como después se dirá, se materializan en la Ley 20/2021.

El *Componente 23*, relativo a las *Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo, dinámico, resiliente e inclusivo*, incluye reformas para modernizar y mejorar la eficiencia abordando las deficiencias estructurales del mercado de trabajo, en el marco del diálogo social, que también afectan al empleo público. Se trata de simplificar los contratos, generalizando el contrato indefinido, reforzando la causalidad en la contratación temporal y la adecuada regulación del contrato de formación; de establecer un mecanismo permanente de flexibilidad interna y recualificación de trabajadores en transición; modernizar la negociación colectiva y la contratación y subcontratación de actividades empresariales. Medidas que se incluyen en el RD Ley 32/2021.

Quiere terminar recordándose la Resolución de 14 de noviembre de 2022, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el “*Acuerdo Marco para una Administración del siglo XXI*” – acuerdo firmado por el Gobierno, CCOO y UGT-. En el mismo se acomete la recuperación de los derechos de los empleados públicos recortados en 2012. Así, en materia de jornada laboral, se apuesta por la implantación o recuperación de las 35 horas semanales –para fomentar el empleo, modernizar las plantillas y rejuvenecerlas-, eliminándose las limitaciones existentes en la DA 144ª LPGE 2018. Además, se procede a la reversión o derogación de algunas de las medidas que introdujo el RD Ley 12/2020 y que todavía se mantienen en vigor y que limitan derechos - suspensión acuerdos, pactos y convenios para el personal funcionario y laboral en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza; regulación de la prestación económica de la situación de incapacidad temporal, y de sus límites; supresión de las medidas de reducción de

derechos sindicales; suspensión de pactos, acuerdos y convenios para el personal del sector público que contengan cláusulas que se opongan al RD Ley 20/2012; suspensión de convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal público por alteración sustancial de las circunstancias económica; reconocimiento de complementos en determinados supuestos de incapacidad temporal; derogación de la supresión de la jubilación parcial como una de las modalidades de jubilación del personal funcionario del art.67 EBEP-.

El Acuerdo también incluye el incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas y de su sector público institucional. Dicho incremento se articula a través de una parte fija y una parte variable ligada, a lo largo de los tres ejercicios de referencia 2022, 2023 y 2024, al crecimiento de la economía española tomando como variables de referencia el incremento del IPC y del PIB⁴²⁰.

⁴²⁰ Para 2022 se incrementa un 2% en la LPGE al que se añade un 1.5% para compensar la inflación; para 2023 se recoge un 2.5% de subida en la LPGE que se podrá incrementar en función de variables vinculadas al IPC y al PIB; y para 2024 el incremento será del 2% pudiendo subir hasta el 2.5% en función del IPC.

**PARTE II : ACCESO Y PERMANENCIA
EN EL EMPLEO PÚBLICO**

CAPÍTULO 4: El acceso al empleo público del personal funcionario y laboral.

1. Los principios constitucionales de acceso al empleo público.

El sistema de acceso al empleo público es un elemento esencial para la existencia y adecuado funcionamiento del Estado Social de Derecho, de ahí las demandas de igualdad, mérito y capacidad que el propio texto constitucional requiere a los procesos selectivos. Un Estado de Derecho que en buena parte lo es porque todos los ciudadanos pueden acceder en condiciones de igualdad al empleo público, en un contexto en el que, además, el trabajo es un bien codiciado y escaso (art.35 CE). Un Estado Social al servicio del interés general, preocupado por dispensar a sus ciudadanos las mejores prestaciones y servicios, que ha de actuar con objetividad, neutralidad y eficacia. Es por ello que ha de seleccionar a sus empleados por su mérito y capacidad, esto es, por su mayor idoneidad para las tareas o funciones que en el futuro vayan a realizar, a través de procesos imparciales y con la máxima objetividad⁴²¹.

La CE apuesta por el modelo de carrera en la función pública española y por el sistema de mérito en el acceso a la misma⁴²² y en su promoción, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad. La opción por el sistema de mérito y capacidad, como método de selección de los empleados públicos, además de sortear los escollos del *spoils system*⁴²³, persigue seleccionar, de entre los mejores, a los más cualificados para que el servicio al interés general sea el más eficaz posible⁴²⁴.

⁴²¹Para el *Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (25/4/2005) es necesario objetivar los procedimientos de selección de sus empleados, con el fin de que se respeten con rigor los principios de publicidad, mérito y capacidad, y para vincular eficazmente dicha selección a las necesidades de personal cualificado de cada organización pública. Por otros vid, DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pág.54.

⁴²²Vid CASTILLO BLANCO, F.A.: “Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas” en AA.VV.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, 2003, pág. 163.

⁴²³Recuerda SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2022, 15ª ed., pág.130, que el sistema de mérito evita la arbitrariedad y favorece a la igualdad y al interés general. Apunta LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Thomson Aranzadi, 2º ed., 2009, pág.99, que pese a la opción constitucional por el sistema de méritos aún pueden encontrarse ejemplos de este sistema en la normativa administrativa, por ejemplo, la existencia de personal de confianza. Para TREVIÑO PASCUAL, M.: *Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional*, Bomarzo, 2016, pág.12, “el principio de objetividad pretende garantizar la efectiva neutralidad política de la Administración al servicio de los intereses generales por encima de la sucesión en el tiempo de las distintas opciones políticas en el Gobierno. Neutralidad del aparato administrativo fundamental en los sistemas democráticos y pluralistas donde se concibe la Administración Pública como un instrumento políticamente neutro”.

⁴²⁴ Para VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*,pág. 40, esta forma de seleccionar a los empleados públicos es una “exigencia ineludible” de nuestro sistema democrático, imprescindible para que la sociedad

En este sentido, la CE es rotunda cuando del acceso a puestos de trabajo de personal funcionario se trata. Tras reconocer entre los derechos fundamentales, el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art.23.2 CE), remite a la ley la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art.103.3 CE). En efecto, en los puestos de trabajo destinados a ser ocupados por funcionarios, sometidos al Derecho Administrativo debe regir el principio constitucional de igualdad en el acceso⁴²⁵.

El principio de igualdad en el acceso ha de conjugarse necesariamente con los principios de mérito y capacidad⁴²⁶ (art.103.3 CE), lo que implica la no exigencia en el acceso al empleo público de requisito alguno que no tenga relación con los mismos⁴²⁷. La

confie en “*lo público y en la política*”. Vid también BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Laborum ediciones, 2022, pág.236, cree que deben respetarse estos principios porque lo contrario pondría en riesgo la eficacia y objetividad en el funcionamiento de las Administraciones. De no seleccionarse a los mejores candidatos posibles se produce “*una desprofesionalización de las Administraciones Públicas y un daño al funcionamiento de nuestras instituciones que se ha de regir por la objetividad e imparcialidad*”.

⁴²⁵El derecho de todo ciudadano a participar en procesos selectivos objetivos de acceso al empleo público (art.23.2 CE) es un derecho subjetivo de carácter fundamental, por otros vid LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso...op.cit.*,pág.62, y, como tal, goza de las garantías del art.53.2 CE. Se trata de un derecho que ha de diferenciarse del derecho de acceso a los cargos públicos, vid, por otros, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006, pág.26. Vid STC 50/1986 de 23 de abril “... el art. 23.2 CE garantiza a todos los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. No nace de este precepto... derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinados, y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y a fortiori el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto...”; en el mismo sentido STC 293/1993 de 18 de octubre.

⁴²⁶A juicio de DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso...op.cit., pág.56, mérito y capacidad permiten hacer realidad el principio de igualdad en el acceso al empleo público. TREVIÑO PASCUAL, M.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.22, distingue entre méritos – “*que englobaría aquellos aspectos que hacen referencia a las cualidades habilidades adquiridas por los aspirantes durante su trayectoria profesional, cuya acreditación se lleva a cabo mediante el concurso*”- y capacidades – “*aspectos que se acreditan en pruebas teóricas o prácticas para constatar conocimientos y aptitudes de los aspirantes*”-.

⁴²⁷ Vid STC 50/1986 de 23 de abril, “...el art. 23.2 CE impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad, de manera que pudieran considerarse también violatorios del principio de igualdad todos aquellos que, sin esa referencia, establezcan una diferencia entre españoles”. Posteriormente, en la STC 67/1989, de 18 de abril, se afirma “*que del art. 23.2 CE deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas...que se exija que los requisitos o méritos se establezcan con carácter general, siendo constitucionalmente inaceptable que se produzcan acepciones o pretericiones ad personam en el acceso a las funciones públicas...lo que el art. 23.2 CE prohíbe es que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de las funciones públicas se establezcan no mediante términos generales y abstractos sino mediante referencias individuales y concretas*”. Vid SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de...op.cit.* pág.142. También FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un...op.cit.*, pág.26. MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ,

exigencia de estos principios “evitan la politización y amiguismo en una Administración Pública que se articula como institución básica del Estado Social y democrático de Derecho”⁴²⁸.

La exigencia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público queda meridianamente clara con el personal en régimen funcional, sin embargo planteaba dudas cuando de empleados públicos laborales se trataba⁴²⁹. Literalmente, en el texto constitucional -art.23.2 CE y en el 103.3 CE- se habla de “*función pública*” y nada se recoge expresamente para el personal laboral, por lo que podría discutirse la aplicación de procedimientos objetivos de selección a este colectivo. No obstante, y conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no existirían motivos para dejar de aplicar estas garantías de igualdad y objetividad al personal laboral. En nada beneficiaría a la consecución de objetividad, imparcialidad y eficacia en la actuación administrativa del Estado Social y de Derecho rebajar el nivel de exigencia de los principios de acceso al empleo público cuando de empleados públicos laborales se tratase, creando, por el contrario, en relación con el personal funcionario, una diferencia de trato difícilmente justificable, puesto que en la práctica desempeñan funciones, en su mayoría, similares.

Se razona que, en el caso del personal laboral, el fundamento constitucional, no expreso, de la exigencia de igualdad en el acceso al empleo público cabría deducirlo del derecho genérico a la igualdad recogido en el art. 14 CE del que el art.23.2 CE sería una de sus concreciones o especificaciones⁴³⁰. En relación a la presencia de los principios de

M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág 47, recuerdan la necesidad de “*la razonabilidad -eliminación de toda arbitrariedad, relación de congruencia entre las condiciones y el sistema de acceso y la función o cargo a desempeñar-*” y *la proporcionalidad -ponderación de cada requisito en relación con la valoración del conjunto de ellos tomando siempre como referencia la función o cargo a desempeñar-...Irracional es ponderar desproporcionadamente un mérito si comporta el favorecimiento de unas personas concretas y la postergación de otras* “.

⁴²⁸ LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso...op.cit.*,pág101

⁴²⁹ Para el Tribunal Constitucional, que sigue un criterio restrictivo de la expresión “*función pública*”, el art.23.2 CE no resultaría aplicable a la selección de personal laboral, por otras, SSTC 281/1993 de 27 de septiembre; 86/2004 de 10 de mayo; 132/2005 de 23 de mayo; 38/2007 de 15 de febrero,...

⁴³⁰Por muchas otras, pueden consultarse la STC 50/1986, de 23 de abril -“*el art. 23.2 CE, concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el art.14 CE, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley...*”-; STC 27/1991, de 14 de febrero -“*el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas del art. 23.2 CE. es una especificación del principio de igualdad ante la Ley, formulado por el art. 14 CE...*”- ó STC 281/1993 - *el art.23.2 CE no puede ser fundamento para el acceso de los laborales, sólo sirve de fundamento para los funcionarios... el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones, de manera que el trato discriminatorio denunciado sólo podría conculcar el principio general de igualdad establecido en el art. 14 CE, del que el art. 23.2 C.E. no es sino, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Tribunal, una concreción específica en relación con el ámbito de los cargos y funciones públicos...;... Tanto el art.14 como el 23.2 CE son “derechos fundamentales con la*

mérito y capacidad en el acceso al empleo público, ya se ha visto que el art.23.2 CE enlaza con el 103.3 CE en cuanto a su exigencia para el personal funcionario – “*el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*”-, pero de la misma manera no hay un reconocimiento expreso para el colectivo laboral. Como el propio Tribunal Constitucional reconoce, aquí son las leyes administrativas las que han extendido al acceso al empleo público del personal laboral las exigencias de estos requisitos constitucionales⁴³¹. Para el Tribunal Supremo, en el mismo sentido, el art. 103 CE solamente vincula el mérito y la capacidad con el acceso a la función pública pero ello no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la DA 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades⁴³².

En fin, la doctrina laboralista lo tiene claro. Pese a que el art.103.3 CE utiliza literalmente las expresiones “*funcionario*” y “*función pública*”, no ha de haber ninguna duda: el mérito y la capacidad son exigibles también a los trabajadores de la Administración Pública en régimen laboral. Si el art. 23.2 CE está vinculado al art.103.3 CE y el art.23.2 CE no es sino una “*especificación*” del genérico art.14 CE, este último y el art.103.3 CE también están conectados. De ello cabe deducir que las exigencias de los principios de mérito y capacidad lo son también para los empleados laborales⁴³³. La aplicación del art.103.3 CE al personal laboral parte de una lectura extensiva del concepto

máxima protección constitucional, derechos per relationem, de carácter defensivo o reaccional de la configuración legal y con diferentes niveles de actuación en la ley y en la aplicación administrativa o judicial de la ley” como indica TREVIÑO PASCUAL, M.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.14; vid también VIVERO SERRANO, J.B.: “El acceso al empleo público en régimen laboral tras el estatuto básico del empleado público: algunas luces y demasiadas sombras”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 143, 2009. pág. 148. Para MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág 47, “*el art.23.2 CE es una concreción de la prohibición de discriminación del art.14 CE en relación a los ciudadanos en cuanto aspirantes a titulares de empleos públicos por lo que resultan aplicables las prohibiciones y discriminaciones recogidas en el art.14 CE cuando se refieren al empleo público*”. Tesis mayoritaria, aunque no del todo pacífica como reconoce LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.99.

⁴³¹Vid STC 99/1987 de 11 de junio. Así, por ejemplo, art.19 LMRFP ó art.55 y DA 1ª EBEP, como recoge FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo sobre la contratación temporal en las Administraciones públicas: un intento de análisis casuístico (y una defensa del derecho del trabajo) tras las recientes reformas legales”, *Revista de Derecho Social*, nº 98, 2022, pág.88.

⁴³²Vid STS 19/10/2021 rec.u.d. 2940/2020. En el mismo sentido, por otras, vid STSJ Madrid 17/2/2021 rec.845/2020, recuerda que el principio de igualdad e interdicción de la arbitrariedad que en virtud de los art.9.3 y 14 CE, debe ser aplicados por la Administración en cualquier ámbito.

⁴³³ VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*,pág.44 y 45-47.

“*función pública*”, equivalente a la expresión “*empleo público*” del art.55.1 EBEP⁴³⁴. Y si el art.14 y 103.3 CE están vinculados también hay que considerar aplicable al acceso al empleo público del personal laboral, con las debidas particularidades, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el art.103.3 CE – aunque expresamente se refiera a los funcionarios del art.23.2 CE-.

Puede concluirse que la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a ambos colectivos de empleados públicos en el acceso al empleo público, que ahora recoge claramente el EBEP, no es una opción del legislador, sino que tiene fundamento constitucional en los art.23.2, 14 y 103.3 CE. De otro modo, el legislador tendría libertad para no aplicarlos en los procedimientos de selección de empleados públicos con lo que se “*quebraría la prohibición constitucional de arbitrariedad de los poderes públicos del art.9.3 CE*”. Si la aplicación de todos estos principios persigue eliminar el “*nepotismo familiar o político*” del acceso al empleo público, dejar de aplicarlos en función del régimen jurídico del empleado público “*implicaría abrir nuevas vías para la quiebra de la imparcialidad administrativa, contraviniendo el espíritu de la CE*”⁴³⁵.

Conforme al mandato constitucional, corresponde al legislador precisar las condiciones de acceso a la función pública (empleo público) de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ese testigo lo recoge el EBEP, en sus art.55 y ss, resultando aplicable tanto a funcionarios como laborales incluidos en su ámbito de aplicación y, asimismo, a las entidades y organismos enumerados en la DA 1ª EBEP⁴³⁶. Así, el art.55.1 EBEP reconoce a todos los ciudadanos el derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, según lo previsto en el EBEP y en el resto del ordenamiento jurídico. La publicación de esta norma corrobora, lo que ya venía siendo asumido, pero carecía un reconocimiento legal, al menos generalizado y tan claro, la exigencia de que en el acceso al empleo

⁴³⁴La expresión “*función pública*”, en sentido estricto, únicamente incluiría las tareas prestadas por funcionarios. En sentido amplio, englobaría a todos aquellos empleados que prestan servicios a la Administración. Vid por otros, LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación...op.cit.*pág.99. En opinión de VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*pág. 45, hubiera facilitado las cosas que el Tribunal Constitucional hubiese llevado a cabo interpretaciones extensivas de dicho concepto, como hacía el art.19.1 LMRFP.

⁴³⁵ Para RAMOS MORAGUES, F. *El personal laboral...op.cit.*pág. 122, la extensión de la aplicación de los art.23.2 y 103.3 CE al personal laboral encuentra fundamento en el art.9.3 CE –“*interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”. Resultaría poco coherente fundamentar la exigencia de igualdad en el acceso en los puestos de funcionario en preceptos constitucionales y, sin embargo, justificar mediante la legalidad ordinaria la presencia del mismo principio en el caso de los laborales.

⁴³⁶ Por otros, vid PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pág.66.

público se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad para todos los empleados públicos.

2. El acceso al empleo público: un sistema manifiestamente mejorable.

Aun estableciendo la normativa que lo regula un marco generoso, al imponer, en realidad, pocos límites⁴³⁷, lo cierto es que, bien sea por tradición, dejadez o inercia, los procesos selectivos se han convertido en un mecanismo que introduce rigidez en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas – que repercute en la calidad de la prestación del servicio público- y que favorece, sin pretenderlo, el crecimiento de la temporalidad. Además, si en aras a la eficiencia y la eficacia en el servicio público, el propósito de la Administración Pública es la captación de los mejores activos, el anquilosado sistema de acceso puede desalentar a muchos potenciales y valiosos empleados públicos.

Mejorar el sistema de acceso al empleo público pasa por tomarse muy en serio la implantación de una verdadera función directiva profesional, así como una verdadera cultura de planificación estratégica de los recursos humanos en la Administración Pública. Función directiva profesional y planificación pueden ser consideradas como asignaturas pendientes de nuestro empleo público. Y no es que la normativa se olvide de las mismas. La figura del personal directivo profesional (art.13 EBEP) se vislumbra como una de las grandes innovaciones del EBEP 2007, como fórmula para mejorar y modernizar la Administración Pública. Y, del mismo modo, el EBEP dedica todo un capítulo a la planificación de los recursos humanos (art.69 y ss EBEP).

Es imprescindible materializar lo dispuesto en esos preceptos del EBEP e incorporar a las plantillas de las Administraciones Públicas, sin demora, profesionales especializados en la gestión y selección del personal. Es inaplazable, como paso previo al acceso de nuevos empleados públicos, una planificación rigurosa tras el estudio minucioso de las necesidades, a medio y largo plazo, de las Administraciones porque se plantea un grave problema en el futuro cercano del empleo público español. Por ejemplo,

⁴³⁷ Sin embargo, como analiza BOIX PALOP, A. en su ponencia en el *Congreso de empleo público y sistemas de selección. Especial referencia a los interinos*, Universitat de Valencia, 13-14 de diciembre de 2021.

<https://adriantodoli.com/2022/01/11/video-ponencias-del-congreso-empleo-publico-y-sistemas-de-seleccion-y-consolidacion-de-personal-especial-referencia-a-los-interinos/> (visitada 3/2/2022), aunque se achaca al sistema su rigidez y su falta de adaptación, la normativa vigente no es un obstáculo a la mejora de los procesos selectivos. Por ejemplo, el art.61.5 EBEP pone pocos límites a la admisión de cualquier tipo de prueba y únicamente exige que se garantice la objetividad y racionalidad del proceso selectivo.

habrá que tener en cuenta que la introducción de las TIC y de la IA revolucionará, en muchos casos, cuánto y cómo se trabaja. Esto dará lugar a que, probablemente, haya puestos de trabajo obsoletos que ya no serán necesarios. Y, por otra parte, la reducción de los tiempos para realizar muchos de los trabajos que se llevan a cabo en las Administraciones Públicas supondrá que haya puestos de trabajo innecesarios. Al mismo tiempo, se necesitará incorporar a personal altamente cualificado -en reñida competencia con el sector privado- a puestos de trabajo que quizás hoy ni siquiera existen. Hay que pensar, asimismo, en el envejecimiento de buena parte de las plantillas de empleados públicos y de cómo esto va a afectar a la prestación de los servicios públicos cuando cesen en su trabajo por jubilación, porque el relevo no se vislumbra sencillo. Empleados públicos, muchos de los cuales, a día de hoy, se encuentran saturados por la falta de cobertura de muchas de las plazas vacantes y por el incremento de trabajo que están experimentando, básicamente, como consecuencia de las mencionadas jubilaciones, a raíz de la pandemia o por la tramitación de los fondos NextgenerationUE, entre otros motivos. Esta falta de medios materiales pero, sobre todo, humanos está llevando a muchas Administraciones al colapso con el consiguiente detrimento de la calidad del servicio público. Ello supone, como ya se ha dicho, el incumplimiento del mandato constitucional de eficacia y eficiencia en el servicio al interés general.

Pues bien, sólo así, tras esta reflexión o estudio previo de la realidad de nuestro empleo público, los gestores públicos podrán estar al tanto de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos. De este modo, podrán adoptar las decisiones más certeras sobre la necesidad de suprimir puestos de trabajo o de crearlos. O, en su caso, de adoptar medidas de flexibilidad interna como la movilidad voluntaria o forzosa. Como destaca la doctrina, hay que poner en valor la RPT para detectar las necesidades del servicio público – valorando y describiendo los puestos de trabajo para aflorar necesidades, disponibilidades y dimensión de efectivos⁴³⁸-.

⁴³⁸ Vid, por ejemplo, NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativa y jurisprudencial de las medidas contra la temporalidad en el sector público: realidad jurídica de una falsa novedad”, *Trabajo y Derecho*, nº 96, 2022, pág.4. Como reconoce GÓMEZ ASENSIO, J.A.: “Las relaciones de puestos de trabajo. Un enfoque práctico en Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes, Diario La Ley, nº 9914, Sección Tribuna, 16/9/2021, Wolters Kluwer”, la RPT se concibió como un elemento estratégico que iba a permitir detectar las necesidades de la Administración, sin embargo, muchas veces, en la práctica, se ha limitado al tema salarial. Bien utilizada es un instrumento al servicio de los empleados públicos dado que permite exponer las competencias y funciones del personal de una Administración Pública.

En el caso de que la medida que se entienda más acorde con las necesidades detectadas, tras esta fase de análisis, sea la incorporación de nuevos empleados públicos hay que comenzar repensando la figura de las OEP. Su programación ha de ser regular y adecuarse a las necesidades funcionales de los puestos de trabajo⁴³⁹. En cuanto a los procesos selectivos es frecuente al falta de regularidad de las convocatorias y su funcionamiento deja mucho que desear y carecen, entre otras cualidades, de agilidad. La Administración Pública tiene reducida capacidad de mudanza frente al cambio de circunstancias, a diferencia del sector privado que está acostumbrado a reaccionar de manera más ágil. Queda fuera de duda que la Administración actúa a través del procedimiento administrativo y que por encima de todo ha de respetar la legalidad, la igualdad, la transparencia, la publicidad, la seguridad jurídica,... criterios de actuación incontestables por los que se rigen los actuales sistemas de selección de personal. Sin embargo, eso nos ha conducido a una realidad en la que los procesos selectivos, con trámites interminables, se dilatan muchísimo en el tiempo - desde la publicación de la OEP o de la convocatoria hasta la toma de posesión del aspirante finalmente seleccionado, fácilmente transcurren años⁴⁴⁰-. Procesos selectivos en cuyas pruebas de selección tienen mucho peso las memorísticas - en cuya preparación el aspirante invierte un tiempo muy preciado de su vida- y en las que suele descuidarse la adecuación a las funciones reales del puesto de trabajo objeto de la convocatoria⁴⁴¹.

⁴³⁹En NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo y...op.cit.,pág.4.

⁴⁴⁰Para NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización...op.cit., pág. 5, el modelo está consolidado pero es rígido. Es necesaria una simplificación en las convocatorias y en los largos proceso selectivos, por ejemplo, a través de bases generales normalizadas.

⁴⁴¹ A mayor abundamiento puede consultarse BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* Muy crítico expone DOMENECH PASCUAL,D. en su ponencia en el *Congreso de empleo público y sistemas de selección. Especial referencia a los interinos*, Universitat de Valencia, 13-14 de diciembre de 2021

<https://adriantodoli.com/2022/01/11/video-ponencias-del-congreso-empleo-publico-y-sistemas-de-seleccion-y-consolidacion-de-personal-especial-referencia-a-los-interinos/> (visitada 3/2/2022), que del actual sistema se dice que ofrece objetividad porque evita el clientelismo o el enchufismo y proporciona buena preparación a las personas que superan las pruebas porque acreditan tener grandes conocimientos. No obstante, advierte como en los procesos selectivos que mayoritariamente se utilizan en nuestro empleo público predominan las pruebas de índole fundamentalmente memorística, con temarios extensísimos cuyo estudio exige de largos años de preparación –lo que puede llegar a introducir un sesgo socio económico-, y cuya realización se prolongan durante muchos meses –e incluso años-, existe una dura competencia por el bajo ratio entre aspirantes y plazas convocadas,.. en definitiva esto supone un enorme coste para los aspirantes en tiempo, dinero, salud mental,... y para la sociedad. Debería poder elegirse a los mejores al menor coste. Propone echar la vista a otro tipo de pruebas como podría ser el examen MIR estatal en España o el examen de estado para el ejercicio de profesiones jurídicas en Alemania, donde predominan las pruebas no memorísticas y los tiempos de preparación y de celebración se reducen. En su ponencia al mismo Congreso, MATEU CERDÁ, A. añade que se produce un desajuste entre el sistema educativo actual (Espacio Europeo de Educación Superior) y el sistema de pruebas de selección; que habría que rediseñar el proceso selectivo agilizando el proceso y reduciendo ejercicios, implantando pruebas para valorar las

En cuanto a los órganos o tribunales de selección que los presiden, con demasiada frecuencia, encuentran dificultades incluso para su constitución y, en ocasiones, ni son todo lo especializados ni todo lo imparciales que cabría esperar, sobre todo en las pequeñas entidades locales⁴⁴². A lo anterior cabe añadir que los responsables de gestión de recursos humanos, que normalmente no cuentan con especialización en materia de selección, se encuentran desbordados y siguen sintiendo la ausencia en nuestra Administración, a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación del EBEP, de una auténtica dirección pública profesional⁴⁴³.

No obstante, parece que algo empieza a moverse. Conscientes de las disfunciones que pueden producir este tipo de procesos selectivos por su repercusión en el funcionamiento de los servicios públicos y en la percepción que tienen los ciudadanos de la competencia y profesionalidad de los empleados públicos, comienzan a surgir iniciativas muy interesantes. Por ejemplo, ya la DA 4ª Ley 20/2021 se refiere a la adopción de medidas tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras

En algunas Administraciones Públicas se ensayan sistemas de selección más innovadores en los que, por ejemplo, la utilización de las tecnologías de la información y comunicación permita recortar plazos o facilite y agilice la tramitación y publicación de documentación o la misma realización y/o corrección de la pruebas; o se analiza la inclusión en el sistema de selección de más pruebas prácticas o de valoración de competencias para acercar lo máximo posible la prueba selectiva a la realidad del puesto

competencias de las personas, adaptar los procesos selectivos a la diversidad de las funciones desempeñadas en los puestos de trabajo, reforzar las pruebas prácticas – examen del caso y de simulación-, sustituir las pruebas de idiomas por la certificación del nivel correspondiente;...y, en cualquier caso, habría que potenciar la promoción interna para satisfacer las expectativas del empleado público.

⁴⁴²Se les achaca la dilación de sus nombramientos, la falta de personal cualificado y especializado porque quien selecciona es un especialista en una materia pero no en procesos selectivos. El problema es la ausencia de profesionalización en las funciones de recursos humanos, la insuficiencia de una estructura técnica destinada a la concreta función de selección,... Se reclama la profesionalización de los mismos –a través de Escuelas de Administración Pública- y una mejor formación de los órganos de selección para dotarles de las competencias necesarias, vid DAPENA GÓMEZ, M. en su ponencia en el en su ponencia en el *Congreso de empleo público y sistemas de selección. Especial referencia a los interinos*, Universitat de Valencia, 13-14 de diciembre de 2021 <https://adriantodoli.com/2022/01/11/video-ponencias-del-congreso-empleo-publico-y-sistemas-de-seleccion-y-consolidacion-de-personal-especial-referencia-a-los-interinos/> (visitada 3/2/2022).

⁴⁴³Para NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización...op.cit.pág.5, el sistema de gestión de los recursos humanos en el empleo público ha carecido de elementos de garantía o control, lo que ha favorecido la proliferación de la temporalidad y su abuso.

de trabajo a desempeñar⁴⁴⁴. Con dudoso resultado, incluso se experimenta con la externalización de algunos servicios complementarios o de apoyo en las pruebas selectivas de la fase de oposición de las ofertas de empleo público⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ En un intento de mejora e innovación de los sistemas selectivos, se han puesto en marcha pruebas piloto, como, por ejemplo, la del Ayuntamiento de El Campello (Alicante). Desde intentar facilitar los trámites al aspirante - hacerlos más cómodos y sencillos, por ejemplo, la inscripción o la presentación de documentación, todo puede hacerse telemáticamente – a tratar de acercar más la selección al verdadero desempeño del puesto de trabajo. Se diseñan las pruebas selectivas pensando en las diferentes competencias o funciones de los puestos a cubrir. En este caso, se reducen las pruebas memorísticas, se incrementan las teóricas prácticas con todas las herramientas del puesto de trabajo, se incluye una prueba de ofimática, (manejo imprescindible del ordenador, bases de datos de legislación y Jurisprudencia, redes, internet,...) intentando ser lo más fieles a las funciones del puesto. Se introducen pruebas de inteligencia y valoran competencias transversales – como el trabajo en equipo a través de dinámica de grupos, comunicación, creatividad e innovación, capacidad de decisión, organización y planificación, pensamiento analítico, influencia persuasiva... - ; se incluye entrevista personal, prueba de idioma,...Se podría mejorar todo el procedimiento de selección generalizando las comunicaciones electrónicas (solicitudes, acreditación de méritos,...), reducir los plazos del procedimiento en los casos en los que la normativa lo permita (por ejemplo, el plazo para presentar la documentación); reducir los plazos de duración de los procesos selectivos; mejorar la gestión de la documentación (evitando tener que presentar documentación que obra en poder de la Administración, agilizando la emisión de certificados,...) vid las intervenciones de MARTÍNEZ SANZ, T. y MATEU CERDÁ, A. en el *Congreso de empleo público y sistemas de selección. Especial referencia a los interinos*, Universitat de Valencia, 13-14 de diciembre de 2021 <https://adriantodoli.com/2022/01/11/video-ponencias-del-congreso-empleo-publico-y-sistemas-de-seleccion-y-consolidacion-de-personal-especial-referencia-a-los-interinos/> (visitada 3/2/2022).

⁴⁴⁵ Como puede comprobarse en la Plataforma de contratación del sector público, por ejemplo, https://contrataciondelestado.es/wps/portal/!ut/p/b0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfljU1JTC3Iy87KtUIJLEnNyUuNzMpMzSxKTgOr0w_Wj9KMyU1zLcvOj3Xwzk8qSQy09tF1L00wSnfy1ywJzAm1t9Qtycx0Bz9IIRA!!! (visitada 30/4/2023). Recientemente, en la Generalitat de Cataluña se decide la repetición de las pruebas en un proceso de oposición para pasar de funcionario a interino gestionado por una empresa privada, al que se presentan 9.000 candidatos y durante la celebración del cual se observan graves errores logísticos – retrasos en la realización de las pruebas, cancelación de exámenes, masificación, falta de información y de materia, falta de espacio,...- vid <https://www.elmundo.es/cataluna/2023/04/30/644e9f11e4d4d820798b45b6.html> (visitada 30/4/2023).

CAPÍTULO 5: La inamovilidad del funcionario.

3. El EBEP y el acceso al empleo público

3.1. Igualdad, mérito y capacidad

En materia de acceso al empleo público, el EBEP - que 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-, se ha preocupado especialmente por garantizar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a todos los empleados públicos⁴⁴⁶. Así, en su art.55.1 EBEP, expone 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”*⁴⁴⁷. Luego estos principios fundamentales para el Estado de Derecho deben ser estrictamente garantizados en todas las Administraciones⁴⁴⁸.

Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad no sólo han de estar presentes en el momento de acceso al empleo público, sino que han de manifestarse a lo largo de todo el desarrollo de la relación funcional o laboral y permanecer hasta el momento de la finalización de la prestación de servicios⁴⁴⁹. Flaco favor se haría al Estado social de Derecho si desapareciesen una vez ingresados los empleados públicos en la Administración Pública. La igualdad, el mérito y la capacidad son necesarios para garantizar la objetividad y la imparcialidad y procurar la mayor eficiencia al servicio del interés general. Parece obvio que haya de exigirse su presencia en los procesos de promoción profesional o de ascenso en la carrera profesional⁴⁵⁰ y así se recoge como

⁴⁴⁶ Vid EM EBEP 2007.

⁴⁴⁷ RIVERO LAMAS, J.: “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, nº 124, 2004, pág. 615, recuerda como el art.19.1 LMRFP exige ya a las Administraciones Públicas que la selección de su personal, tanto funcionario como laboral, garantizando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante convocatoria pública a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre.

⁴⁴⁸ Informe de Comisión para estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (25/4/2005).

⁴⁴⁹ “El derecho a la igualdad tiene así un carácter general que comprende a los servidores públicos y actúa, en el acceso a la función pública, y a lo largo de la duración de la relación funcional, de modo que los ciudadanos no deben ser discriminados para el empleo público o una vez incorporados a la función pública” (STC 75/1983, de 3 de agosto). Por otros vid, TREVIÑO PASCUAL, M.: *Estabilidad...op.cit.*, pag 15. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un...op.cit.*, pág.27.

⁴⁵⁰ Como reza la EM EBEP 2007, “criterios semejantes, esenciales para mantener el mayor grado de profesionalidad de nuestro empleo público, se han de aplicar también a la carrera de los funcionarios y a la provisión de los puestos de trabajo”. Si bien la exigencia de estos principios puede ser menor por la posible presencia de otros bienes constitucionales en juego, también merecedores de protección.

derecho individual de todos los empleados públicos en el art.14.c EBEP. Asimismo, la provisión de los puestos de trabajo ha de llevarse a cabo mediante procedimientos basados en los meritados principios (art.78.1 EBEP)⁴⁵¹. Pero también, y siempre que se puedan conciliar las necesidades de organización de recursos humanos de la Administración Pública empleadora, en el momento de activar herramientas de flexibilidad o reorganización interna, como la movilidad geográfica y funcional, entre otras⁴⁵². En el caso del personal laboral, además deberían estar presentes en el momento extintivo⁴⁵³.

Volviendo al momento del acceso al empleo público, quiere recordarse que estos principios constitucionales puede verse modulados o flexibilizados por el cumplimiento de fines que normalmente tienen que ver con objetivos de política social⁴⁵⁴. Sin pretender extendernos en el tema, es el caso de aplicación de medidas de discriminación positiva (art.61.1 EBEP). En efecto, en nuestra sociedad hay colectivos de ciudadanos que por sus circunstancias personales o sociales se encuentran a diario con obstáculos para hacer real su derecho a la igualdad efectiva (art.14 CE). Así que, en un Estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos deben remover cuantos obstáculos sean precisos, a través de la introducción de medidas de discriminación positiva para que el derecho a la igualdad no se quede en un plano formal y puedan disfrutar de una igualdad real. De este modo, por ejemplo, el art.59 EBEP reconoce a las personas con discapacidad cupos de reserva en las ofertas de empleo público no inferior al siete por ciento de las vacantes,

⁴⁵¹El art.78.1 EBEP se refiere expresamente al personal funcionario de carrera, pero por lógica debe exigirse también en los puestos de personal laboral. Vid STC 293/1993 de 18 de octubre: “*el precepto actúa no sólo en el momento del acceso a la función pública, sino también durante la vigencia de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a los actos relativos a la provisión de puestos de trabajo, aunque es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del inicial ingreso en la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta otros criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos*”. En el mismo sentido STC 200/1991 de 28 de agosto. En relación al personal laboral, por ejemplo, la STSJ Asturias 18/5/2021 rec.12/2021, recuerda que la regulación de la provisión de puestos de trabajo de los art.78 a 84 EBEP - algo completamente distinto al acceso al empleo público- establece como principios aplicables los de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, análogos por tanto a los aplicables en el caso de los procedimientos selectivos de ingreso al empleo público por mandato constitucional... cuando el art.14 EBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la progresión en la carrera profesional y promoción interna lo subordina a la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.

⁴⁵²Para LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso...op.cit.*,pág. 79 y 81, la igualdad ha de estar presente también en la concesión de permisos o licencias, formación, remoción o cese,....

⁴⁵³ VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.* pág. 49. En la medida de lo posible, mérito y capacidad deberían tenerse en cuenta a la hora de decidir a qué empleados públicos puede afectar un despido.

⁴⁵⁴ Como estudia RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*pág.139 y ss.

así como adaptaciones de los tiempos y medios del proceso selectivo. O también, con la intención de evitar la precariedad y reducir la temporalidad en el empleo público, se celebran procesos de consolidación y estabilización que pueden colocar en situación ventajosa a ciudadanos que ya prestan servicios para la Administración Pública. Procesos como los introducidos por leyes como la Ley 20/2021, actualmente en pleno desarrollo, como se dirá infra.

En la selección del personal funcionario y laboral, a los anteriores hay que añadir otros principios derivados del resto de la normativa aplicable a la actuación de la Administración Pública y de sus órganos. Así, junto a los antecitados principios constitucionales (art.9, 14, 23 y 103.3 CE), los procedimientos de selección garantizarán la publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección (art.55.2 EBEP).

La publicidad en la convocatoria y la transparencia en el proceso selectivo no dejan de ser formas de materializar el principio de igualdad. La imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, su independencia y discrecionalidad técnica, la adecuación entre el contenido de la prueba de selección y las funciones a desarrollar, pueden estar, además, al servicio de los principios de mérito y capacidad. La imparcialidad o la independencia del órgano de selección recalca la intención de introducir objetividad en el proceso selectivo.

Recordados los principios rectores que guían el acceso al empleo público, cabe añadir que la Administración Pública en sus relaciones con su personal laboral se somete, en principio, como cualquier otro empresario laboral (art.1.2 ET), a la legislación laboral. Si bien esta afirmación, aunque con matizaciones, es cierta una vez celebrado el contrato de trabajo, en el estadio previo de selección de los trabajadores por cuenta ajena no puede sostenerse, dado que no puede actuar discrecionalmente sino que debe sujetarse a las normas administrativas de acceso al empleo público y ésta es una de las principales especialidades de la “*relación laboral de empleo público*”⁴⁵⁵. Esto es, a pesar de que la

⁴⁵⁵ Sorprende a VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.* pág.25, que pese a ello “*ni en ET ni el resto de la normativa laboral contemplan de el peculiar acceso al contrato de trabajo en el sector público*”.

Administración Pública actué como empresario laboral, en este aspecto de la relación laboral, ni se rige por el Derecho del Trabajo ni puede actuar movido por el derecho constitucional a la libertad de empresa ni por la autonomía de la voluntad (art.38 CE)⁴⁵⁶.

Éstas han de planificar sus recursos humanos con el objetivo de contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad (art.69.1 EBEP). Para ello pueden aprobar PORH que incluyan, entre otras medidas, el análisis de las disponibilidades y necesidades de personal (art.69.2 EBEP).

Como cualquier otro empleador, la Administración Pública persigue reclutar a los empleados más cualificados y capaces. En el caso del empresario privado, la decisión de contratar un nuevo trabajador tendrá un fundamento, normalmente, económico⁴⁵⁷. Buscará contratar al trabajador más eficiente y cualificado porque, probablemente, resulte el más rentable para la supervivencia y la competitividad de la empresa en un mercado globalizado. En el caso del empleo público, la Administración Pública viene obligada a seleccionar al mejor empleado público posible por exigencias constitucionales y legales⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ STC 161/1991, de 18 julio “... el empleador o empresario es la Administración Pública, que en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho con una interdicción expresa de arbitrariedad”

⁴⁵⁷En ejercicio del derecho a la libertad de empresa, y normalmente por motivos preferentemente económicos, libremente decide la creación o no de una empresa, de qué tipo y tamaño y su organización: si contrata o no a trabajadores, a cuántos y querrá contar con los mejor preparados y más eficientes, por lo que quizás le interese dar la máxima publicidad a su oferta de empleo y establecer procesos objetivos de selección. Podrá libremente recurrir a “*parámetros objetivos de selección para captar a los más idóneos, pero esa objetividad en la selección no se impone jurídicamente, si acaso económicamente*”, como reconoce VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*, en ocasiones, seleccionará movido por otras razones más personales, ajenas a cuestiones económicas – familiares, amistades, compromisos,....-

Aun siendo amplísima esa libertad de contratación, el empresario privado que decide contratar a trabajadores por cuenta ajena encuentra limitaciones el art.14 CE y en los art.4.2.c y 17 ET. Durante el desarrollo de la relación laboral, pero incluso antes de su celebración, en el momento previo de seleccionar a sus trabajadores, se encuentra limitado por las prohibiciones de discriminación que recogen los citados preceptos. Otras limitaciones a la libertad de contratación del empresario laboral privado, en este caso legales, pueden ser la obligatoriedad de reservar puestos de trabajo a personas con discapacidad (art.17.2 ET) o de contratar a determinado tipo de trabajadores si van a utilizarse contratos subvencionados o de alguna manera bonificados dentro de una política pública de fomento del empleo. A veces es la propia negociación colectiva contiene límites: s sistemas selectivos y los requisitos para que éstos sean lo más objetivo posibles, o la limitación del recurso a ciertas modalidades contractuales (temporales), o la de hacer indefinidos a los temporales,...También los planes de igualdad pueden condicionar las decisiones empresariales de contratación. Vid por otros, DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso al...op.cit.pág.53.

⁴⁵⁸ Se trata, como apunta VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*pág.38 y 39, de que, seleccionando al candidato más idóneo “*pueda cumplir satisfactoriamente su función constitucional de servir con eficacia y objetividad los intereses generales*”. Recuerda FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 2003, pág.173, que “*las*

Una vez detectada la necesidad de mano de obra en términos cualitativos y cuantitativos, a través de los instrumentos de planificación de recursos humanos de los que dispone, han de cumplirse los siguientes requisitos previos a la selección de dicho personal, a los que brevemente vamos a referirnos a continuación tratando de identificar las principales diferencias entre el personal laboral y el funcionario.

El puesto de trabajo que va a convocarse ha de estar incluido en la *relación de puestos de trabajo* (en adelante, RPT) o instrumento de ordenación similar. En dicha RPT habrán de figurar, entre otros datos, si el puesto de trabajo a convocar corresponde al de un funcionario y se somete, por tanto, al EBEP y al resto de la normativa de función pública; o, por el contrario, y siguiendo lo dispuesto en el art.11.2 y 9.2 EBEP puede ser ocupado por personal laboral, sometiéndose al EBEP y a la normativa laboral. Luego, hay casos en los que nos encontramos con otra limitación para la Administración ya que ésta no es completamente libre para decidir bajo qué régimen jurídico va a regirse la prestación de servicios del empleado público que va a incorporarse a esa vacante⁴⁵⁹.

Necesariamente el puesto de trabajo a cubrir ha de estar *dotado presupuestariamente* porque la Administración empleadora se encuentra limitada por el principio de legalidad presupuestaria. Asimismo, las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deben proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso han de ser objeto de la *OEP*⁴⁶⁰, u instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal -que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones públicas y se publicará en el diario oficial correspondiente- (art.70.1 y 2 EBEP). Y la *convocatoria*, y las bases de la misma, del puesto de trabajo a cubrir ha de ser pública⁴⁶¹.

Administraciones están obligadas a ser eficaces, pero respetando la ley y el Derecho...no pueden utilizarse técnicas de empresas privadas porque podrían distorsionar principio como el de igualdad, imparcialidad y legalidad, muy distintos al de eficacia y lucro,...

⁴⁵⁹ Salvo en los supuestos de funciones a desarrollar obligatoriamente por un funcionario, MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del empleo público y crisis económica: el incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva figura del “funcionario interino temporalmente indefinido””, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 11, 2019, pág.11, señala que puede elegir el vínculo jurídico de los que prestan servicios para ella - “la ley determina los criterios generales para que un puesto de trabajo o unas determinadas funciones se desarrollen por uno u otro tipo de personal, pero la concreción de los mismos y la decisión final corresponde a las Administraciones conforme a sus necesidades organizativas...”

⁴⁶⁰ El objeto de las OEP es el de cubrir las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que deban proveerse mediante la incorporación de efectivos de nuevo ingreso. Exigencia de que la convocatoria para la provisión de plazas –incluidas las de promoción interna- debe ir precedida de la OEP, conforme lo disponen los art.1.3 y 18 LMRFP (vid STS C-Advo 3/3/2022 rec.7731/2019).

⁴⁶¹ Art.16 *RGIPP*.

Llegados a este punto hemos de aludir a cómo, exigencias de contención presupuestaria y de reducción de la deuda pública, llevan, a través de la publicación de las leyes de presupuestos generales del Estado anuales, a la imposición de tasas de reposición a todas las Administraciones Públicas. Como la aplicación de estas tasas de reposición implica que las Administraciones Públicas, que deben seguir proporcionando de manera ininterrumpida, como poco, el mismo nivel de servicios públicos, ofertan menos plazas que las bajas efectivas que se han producido y se ven obligadas a recurrir sistemáticamente al empleo público temporal⁴⁶². Siendo esto así, lo que parece ser un socorrido remiendo ante el problema del mantenimiento de la prestación de servicios públicos, genera otro no menor al dar lugar a grandes bolsas de empleados públicos temporales en condiciones de precariedad y/o abuso.

En cuanto a los sistemas selectivos de ambos colectivos de empleados públicos, tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo dispuesto para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en el EBEP⁴⁶³ (art.61.1 EBEP). Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos⁴⁶⁴ (art.61.1 EBEP).

Los sistemas selectivos para los funcionarios de carrera son los de *oposición* -el que mejor garantiza la objetividad- y *concurso oposición*⁴⁶⁵. De manera excepcional y sólo en

⁴⁶² Vid, por ejemplo, FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo sobre la contratación temporal en las Administraciones públicas: un intento de análisis casuístico (y una defensa del derecho del trabajo) tras las recientes reformas legales”, *Revista Derecho Social*, nº 98, 2022, pág.96, quien recuerda que ya se recurre a esta práctica en los Gobiernos de González y Aznar.

⁴⁶³ Se hace necesario adoptar medidas positivas para promover el acceso de personas con discapacidad. En cumplimiento de la *RD Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, TR Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (art.42, entre otros)*, el art.59 EBEP dispone que en las OEP se reservará un cupo no inferior al 7% de las vacantes para ser cubiertas entre 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 2% de los efectivos totales en cada Administración Pública, que adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo a las personas con discapacidad.

⁴⁶⁴ Conforme a la DA 7ª EBEP, las Administraciones están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Además, las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar por la negociación colectiva que puede incluir medidas en materia de acceso al empleo público. A este respecto, consultar art.5.1 y 45 y ss y 55 y ss *Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Recuerda VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.*, pág.35 y 36, que también “podrían contener acciones positivas de reserva de puestos de trabajo para las mujeres” y, en este caso, ello no obedecería al principio de objetividad en el acceso, sino a la no discriminación de las empleadas femeninas.

⁴⁶⁵ En este sistema de selección, y recordando la STC 67/1989 de 1 de abril, BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* pág.267, señala que la normativa debería haber priorizado la capacidad sobre el mérito, por tratarse de un sistema más justo por ser más respetuoso con el principio de igualdad, de tal manera que para poder tener en cuenta los méritos alegados haya que demostrarse un mínimo de capacidad.

virtud de ley podrá aplicarse el *sistema de concurso*, que consistirá únicamente en la valoración de méritos (art.61.6 EBEP). En el caso de personal laboral fijo, la Administración Pública convocante podrá elegir entre el sistema de *oposición, concurso oposición o concurso de valoración de méritos* (art.61.7 EBEP), lo cual plantea una diferencia de trato entre los empleados funcionarios y laborales de difícil justificación⁴⁶⁶ cuando, salvedad hecha de lo contemplado en el art.9.2 y art.11.2 EBEP⁴⁶⁷, en la práctica, van a desempeñar funciones similares.

Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos (art.61.5 EBEP). Asimismo, 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 oficiales (art.56.2 EBEP). Y se podrá requerir 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 (art.56.3 EBEP)⁴⁶⁸.

En materia de órganos de selección tampoco se plantean diferencias en el EBEP entre personal laboral y funcionario. En su art.60 EBEP se hace hincapié en las garantías de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, para asegurar su independencia⁴⁶⁹ en el ejercicio de las potestades que les corresponden y de ahí, que, como es regla en otros ordenamientos, se establezcan determinados límites a su

⁴⁶⁶ Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (25/4/2005) recomendaba que no existiesen diferencias entre los sistemas de selección de ambos colectivos. Dada la pretensión armonizadora del EBEP de las condiciones de empleo de ambos colectivos, a juicio de DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso...op.cit.pág.70 y 74, debería haberse limitado el acceso a través del concurso para el personal laboral igual que se hace para el acceso como funcionario.

⁴⁶⁷ Observa VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.* pág. 95, que esta libertad de actuación, sobre todo en las Administraciones locales, propicia un abuso del concurso de méritos y concurso oposición en la selección de empleados laborales. Tampoco favorece mucho el respeto a los principios constitucionales señalados el hecho comprobado de que los sindicatos antepongan estos sistemas al de oposición.

⁴⁶⁸ Muy problemática, para BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* pág.265, la exigencia de otro tipo de requisitos porque, en ocasiones, llevan a la desnaturalización de los principios constitucionales y no sólo en el acceso, sino también en la promoción.

⁴⁶⁹ BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* pág.263, alerta del riesgo de favoritismo, amiguismo, enchufismo o politización de estos órganos lo que supone un ataque a los principios de igualdad, mérito y capacidad. La parcialidad y subjetividad de alguno de estos órganos, sobre todo en las entidades locales, perjudica la necesaria objetividad que se les exige.

composición. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie. Y, se excluye de los mismos al personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección⁴⁷⁰. A ello se añade el criterio favorable a la paridad de género, en coherencia con la mayor preocupación actual de nuestro ordenamiento por garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres.

El art.61.4 EBEP dispone 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 Pública⁴⁷¹, lo que, sin duda, resulta muy interesante en la Administración Local.

2.2. Acceso al empleo temporal: algunas singularidades.

Revisado brevemente el régimen de acceso al empleo público, quieren relatarse las principales particularidades cuando se trata de acceso al empleo temporal. En la fase previa a la selección, en el caso de este personal no existe la obligación de su inclusión ni en la RPT⁴⁷² ni en la OEP –que solo contiene puestos permanentes-. Además, la necesaria dotación presupuestaria no figura normalmente con cargo al capítulo de personal, pudiendo incluirse, por ejemplo, en el capítulo de inversiones⁴⁷³.

En cuanto a las exigencias de cumplimiento de los mandatos constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, plasmados a través de procesos y órganos selectivos que los materialicen y garanticen, se aplican en la selección tanto del personal funcionario como laboral temporal. Expresamente así lo indica el EBEP en su art.10.2 EBEP que, en coherencia con la exigencia de necesidad y urgencia en su nombramiento, exige a los procedimientos de selección del personal funcionario interino que sean públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito,

⁴⁷⁰ Indica VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.* pág.100, que esta composición y funcionamiento de los órganos de selección se encuentra al servicio del derecho a la igualdad en el acceso al empleo público.

⁴⁷¹ BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* pág.263, apunta que en la práctica se recurre muy poco a esta posibilidad que, por otra parte, permitiría un mayor respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

⁴⁷² Como se recoge en la STSJ Asturias 18/5/2021 rec.12/2021, el personal temporal es contratado para atenciones especiales cuya duración es limitada y a las que no puede atenderse por el personal fijo, de manera que son esas atenciones las que condicionan la relación laboral; en este caso, la propia causalidad del contrato, que justifica su temporalidad, implica usualmente la vinculación del propio contrato a un puesto de trabajo. Ese puesto de trabajo puede estar formalizado como tal en una RPT o instrumento análogo del art. 74 EBEP (por ejemplo, en el caso de los trabajadores interinos por vacante) o puede ser un puesto de naturaleza temporal, ajeno a dichas RPT (por ejemplo, en el caso de trabajadores contratados con el derogado contrato por para obra o servicio).

⁴⁷³ VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.* pág.149.

capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. Y, en cuanto al personal laboral temporal, el art.11.3 EBEP dispone que, además de por los principios de igualdad, mérito y capacidad, se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia.

Como sostiene la Jurisprudencia⁴⁷⁴, hay diferencias entre la convocatoria de un proceso de selección para la cobertura de una plaza fija y de una plaza temporal, cuya duración prevista puede ser mínima. Ese elemento de temporalidad o de fijeza de la convocatoria puede resultar decisivo a la hora de determinar si el ciudadano participa en el proceso de selección, en orden al ejercicio de su derecho a la libre concurrencia en el acceso al empleo público. Específicamente, en la selección del personal laboral temporal, el art.11.3 EBEP menciona el principio de celeridad por razones de necesidad y urgencia. Esa norma revela la existencia de diferencias esenciales entre el acceso al empleo público fijo y el acceso al empleo temporal. La celeridad, necesidad y urgencia que caracterizan la cobertura temporal del empleo público, condicionan los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes. Y es que las exigencias de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad no pueden proyectarse con el mismo nivel de intensidad sobre el personal temporal, exigiéndose menos rigor en la selección porque con la misma se trata de cubrir necesidades sobrevenidas y perentorias, no susceptibles de una cobertura previamente planificada⁴⁷⁵.

Desde algún sector doctrinal, se reclama una “reformulación o reinterpretación” de los mismos para que la selección de este colectivo de empleados públicos, sin prescindir del necesario respeto a esos principios basales de acceso al empleo público, se adapte a las exigencias de inmediata cobertura del puesto de trabajo para no dejar desatendida la prestación del servicio público⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ STS 25/11/2021 rec.u.d. 2337/2020.

⁴⁷⁵ STS C-Advo 23/9/2002 rec.2738/1998. Resulta interesante la apreciación de ROQUETA BUJ, R.: “Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal” en GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, RMTYES, 2021, pág.49, al recordar que la normativa no exige expresamente la publicidad de los procesos de selección del personal laboral temporal, como también parece ratificarse en resoluciones como la STSJ Madrid C-Advo 22/10/2008 rec.647/2006. La urgencia en la contratación y la exigencia de agilidad en el proceso selectivo no deberían ser pretexto para eludir el cumplimiento del principio de publicidad, inadmisibles para esta laborista por la facilidad que proporciona, en este sentido, las nuevas tecnologías de la información y comunicación y, en segundo lugar, por la situación de desempleo en nuestro mercado de trabajo.

⁴⁷⁶PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de...op.cit.*pág.66. BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.* pág.282, sostiene que es en la Administración local y es con el acceso del

En relación con los sistemas selectivos – oposición, concurso oposición y concurso de méritos para los laborales fijos– nada se dice expresamente para el personal laboral temporal en el art.61.7 EBEP. Aunque el EBEP manifiesta su preocupación por garantizar en la mayor medida posible la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como la transparencia de los procesos selectivos y su celeridad, sin que esto último menoscabe la objetividad de la selección⁴⁷⁷. Luego podrá recurrirse, además de a éstos, a otros sistemas que procuren agilidad al proceso selectivo, sin perjuicio de la objetividad⁴⁷⁸. Habitualmente en las Administraciones Públicas la selección de personal laboral temporal se lleva a cabo por el sistema de concurso; y a través de bolsas de empleo o listas de espera⁴⁷⁹. Ante la ausencia de regulación, estos sistemas de selección de empleo temporal suelen preverse en la negociación colectiva⁴⁸⁰.

1. Introducción

Junto a la exclusividad en 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, que corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, el mayor o menor grado de permanencia en el empleo constituye la principal diferencia entre los distintos tipos de

personal temporal, donde mayor “desnaturalización” se produce de los principios constitucionales de acceso al empleo público y donde mayores dosis de clientelismo y enchufismo se advierten.

⁴⁷⁷ EM EBEP 2007.

⁴⁷⁸En opinión de VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.pág.148-150*, “la imprevisibilidad y urgencia de estas contrataciones compagina mal con los sistemas selectivos clásicos, lentos por garantistas y configurados normativamente para cubrir necesidades de personal ya detectadas”. Se trataría de conseguir conciliar los principios constitucionales de acceso al empleo público a través de pruebas objetivas con procesos selectivos eficaces y rápidos. Lo cual es bastante difícil resultando en la práctica procesos menos rigurosos o descafeinados. La exigencia de garantías - igualdad, mérito y capacidad junto al resto de principios rectores de acceso al empleo público– para DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso...op.cit., pág. 70, prevalecen sobre la “rapidez y urgencia”.

⁴⁷⁹ Como estudia VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso...op.cit.pág. 152 y ss*, también se recurre al sistema de bolsas de trabajo para contratar a personal estatutario (ej. profesionales de la sanidad pública) y funcionarios interinos (ej. docentes no universitarios). Aunque en la confección de estas listas de candidatos ha de atenderse a los principios constitucionales, en la práctica, la necesidad de eficacia en la actuación administrativa justifica una relajación en su exigencia. Critica como, en supuestos excepcionales y para contratos temporales de escasa duración, la negociación colectiva o incluso alguna norma reglamentaria pueden prever la selección directa por la Administración empleadora o a través de una lista de candidatos remitida por el servicio público de empleo competente, quebrando en estos casos la necesaria observación de objetividad, y de los principios de mérito y la capacidad. Propone en estos casos, de ser posible, recurrir a los servicios de una ETT para evitar que la irregularidad en el proceso selectivo acabe convirtiendo al trabajador temporal en indefinido no fijo. BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización...op.cit.pág.262*, advierte del riesgo de desnaturalización de los principios constitucionales en la contratación y/o nombramiento del personal temporal y del uso torticero de las bolsas.

⁴⁸⁰RIVERO LAMAS, J.: “Selección y...op.cit.pág.622. Alerta DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso...op.cit.,pág.70, de los efectos perniciosos de la “excesiva de regulación convencional de acceso al empleo público”.

empleados que prestan servicios en nuestras Administraciones Públicas: funcionarios de carrera e interinos, laborales fijos y temporales, personal estatutario y personal eventual.

Los funcionarios de carrera, considerados privilegiados por gran parte de la opinión pública⁴⁸¹, disfrutaban del derecho a la inamovilidad en el empleo, que no en el puesto de trabajo. Este derecho ha sido fruto de una evolución histórica muy convulsa y no puede entenderse si no es acompañando a la idea de que el funcionario sirve a los intereses generales y ejerce funciones públicas y de autoridad, con imparcialidad. Siendo así, el reconocimiento de este derecho cumple una doble función protectora tanto del empleo del propio funcionario como de los intereses generales. La inamovilidad o derecho al cargo al que nos referimos, no es en ningún caso un derecho absoluto, dado que sólo comprende la inamovilidad relacional, no así la funcional y la geográfica. Cabe pensar que es el elemento más importante del régimen de función pública⁴⁸², puesto que en torno a él giran tanto la concepción del sistema de función pública – de carrera o de empleo – como buena parte de las instituciones de la relación estatutaria -ingreso, promoción, situaciones administrativas, salida, movilidad,...-

Como al empleador laboral Administración Pública debe aplicársele la normativa laboral, prácticamente en su integridad, sus trabajadores por cuenta ajena disfrutaban del derecho a la estabilidad, a semejanza de los empleados de la empresa privada, por lo que tienen mucho menor grado de protección de su empleo que los funcionarios, que tendrían reconocido el derecho a la inamovilidad. Sin embargo, la experiencia ha puesto de manifiesto como estos trabajadores han venido gozando de una estabilidad muy próxima al derecho de permanencia de los funcionarios de carrera ya que se han encontrado, en muchos casos, prácticamente blindados ante el despido. Esta situación cambia drásticamente con la reforma laboral de 2012. La imperiosa necesidad de reducir el déficit público, tras la crisis económico financiera de 2008, lleva al reconocimiento expreso por el legislador de la aplicación del despido por causas económicas, técnicas y organizativas – objetivo y colectivo – al personal laboral de todo el sector público. Sin embargo,

⁴⁸¹Erróneamente se identifica “*empleado público*” con “*funcionario*”, entendiendo que quienes prestan servicios para el sector público no pueden ser despedidos. Sobre la utilización del vocablo “*empleado público*” resulta interesante la lectura de HERNÁNDEZ DE LA TORRE, J.M.: “Sobre el uso y abuso del término empleados públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 25, 2004, pág.233 y ss.

⁴⁸² Recuerda MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “El nacimiento de nuestra moderna función pública: el Estatuto de Bravo Murillo y la inamovilidad de los funcionarios”, *Anuario Jurídico Escorialense*, nº 21, 1989, pág.92, que no estamos ante un “*derecho estanco separable de los distintos derechos y de las obligaciones y deberes que configuran esta relación jurídica*”.

derogada la DA 16ª ET que recogía dicha posibilidad, la doctrina duda sobre si siguen siendo aplicables estas causas de extinción de la relación laboral en las Administraciones Públicas.

Eventuales y funcionarios interinos, laborales temporales, indefinidos e indefinidos no fijos no tienen garantizada ni la inamovilidad ni a la estabilidad, dado que sus puestos de trabajo o bien dependen de la persona que los nombró, o bien se caracterizan por su temporalidad.

2. Nacimiento y evolución de derecho al cargo: breve resumen histórico.

Aunque ya se recoge en diversos textos normativos desde principios del siglo XIX, el derecho al cargo es un derecho de los funcionarios de carrera cuyo reconocimiento efectivo se produce en un pasado relativamente cercano. La historia del proceso de reconocimiento del derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario público no ha sido un proceso sosegado ya que, cuando históricamente ha existido en España este derecho, no ha sido ni pleno ni generalizado⁴⁸³ y ha experimentado constantes idas y venidas⁴⁸⁴.

El derecho al cargo, hilo conductor de la relación estatutaria del funcionario público⁴⁸⁵ en nuestro país y en Derecho Comparado, ha de conectarse con un determinado sistema de función pública y de acceso a la misma. En concreto hay que vincularlo al establecimiento del sistema de carrera en la función pública y al sistema de méritos como medio de acceso⁴⁸⁶.

Aunque hablamos más bien de elaboraciones teóricas dado que, en estado puro, no vamos a encontrarlos en ningún país, los sistemas de acceso al empleo público son el *sistema de botín* – también denominado *de despojos o patronazgo* o *spoils system*⁴⁸⁷ - y

⁴⁸³Recuerda MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Tirant lo Blanch, 2006, pág.220 que “la garantía de la inamovilidad ha sido una conquista paulatina de los cuerpos especiales que se ha ido extendiendo progresivamente a los cuerpos generales”.

⁴⁸⁴ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad de los funcionarios públicos”, *Revista Administración Pública*, nº 51, 1966, pág. 11.

⁴⁸⁵Así lo destaca MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, CES, 2001, pág.90, para quien “la función pública española no es comprensible sin contar con la nota de la inamovilidad o estabilidad del funcionario, al constituir esa permanencia indefinida en el servicio público uno de los elementos sustanciales, que le singulariza como un trabajador por cuenta ajena sometido a régimen jurídico especial y diferenciado del resto de trabajadores asalariados”.

⁴⁸⁶ A mayor abundamiento puede consultarse ARROYO YANES, L.M.: *La ordenación de la función pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, 1996.

⁴⁸⁷Como recuerda MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª ed, Tecnos, 2001, pág.45, ésta es la denominación que se da en Estados Unidos al tradicional método de acceso al empleo

el sistema de méritos o *merits system*. El primero de ellos tiene su mayor predicamento en los países anglosajones, quienes, fieles a la defensa a ultranza de sus libertades ciudadanas, prefieren el contrato, a cualquier otro medio, como cauce para regular derechos y obligaciones de empleados públicos y Administración empleadora. Entienden que es el mecanismo que proporciona mayor libertad a la Administración Pública en la organización de sus recursos – por ejemplo, lejos de amarrar de por vida a la Administración con sus empleados, le facilita “*la rescisión de las relaciones*” -. Consideran que es el medio más democrático puesto que evita la “*apropiación del poder por el funcionario inamovible*”. En este sistema un puesto de trabajo en el empleo público sirve para “*recompensar a los que apoyan a los ganadores de las elecciones*” y “*los funcionarios son nombrados y despedidos por la simple voluntad de quien ostenta la competencia para ello*”⁴⁸⁸.

Por el contrario, en los países continentales⁴⁸⁹, en los que ha predominado el sistema de méritos, se entiende que es necesario garantizar la estabilidad de los servidores públicos puesto que es la vía principal para contar con una Administración Pública independiente del poder político y, al mismo tiempo, con personal de “*permanente dedicación al servicio, el necesario grado de especialización y los hábitos de especialidad, objetividad, neutralidad frente a todo lo que no sea la protección del interés público*”.⁴⁹⁰ Los servidores públicos, que deben ser neutrales políticamente hablando, son reclutados a través de pruebas objetivas públicas en las que deben demostrar su mérito y capacidad.

En España, la doctrina mayoritaria distingue diferentes etapas que se resumen a continuación⁴⁹¹. La del *spoils system* caracterizada por la movilidad plena y las cesantías;

público consistente, básicamente, en que el partido político vencedor en las elecciones recompensa a sus electores y partidarios nombrándolos servidores públicos durante el período de su mandato. Como también analiza PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, 2007, pág.20 y 22, la continua rotación de empleados públicos, además de generalizar la corrupción, produce grandes dificultades en la prestación de los servicios públicos. Con el paso del tiempo, la politización de la Administración Pública disminuye y, junto a la selección discrecional política de parte de los funcionarios, otra parte de los mismos va a ser reclutada a través de pruebas objetivas, para asegurar la neutralidad de los mismos y la continuidad de los servicios públicos (ej. Desde la Pendleton Act en 1883, hasta la *Civil Service Reform Act* de 1978).

⁴⁸⁸ PARADA, R.: *Derecho del...op.cit.*, pág.12 y 13.

⁴⁸⁹ Como indica MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.* pág.46, es el sistema predominante en los países de la UE y su origen habría que situarlo en el reconocimiento del derecho a la igualdad de acceso al empleo público de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

⁴⁹⁰ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad de los funcionarios públicos”, *RAP*, nº 51, 1966, pág.17.

⁴⁹¹ Vid PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho del...op.cit.* Como resume MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*, pág.47 y 48, aunque desde la *Constitución de 1837* se reconoce el principio de igualdad

la iniciada con la *Ley de Funcionarios Civiles del Estado* de 1964, con influencia de los sistemas anglosajones; la etapa de laboralización de la función pública y, por último, la iniciada con el EBEP.

Dado que no es el objetivo de este trabajo estudiar al detalle la evolución histórica del derecho al cargo de los empleados públicos, situaremos nuestro punto de partida de esta escueta evolución histórica en la caída del Absolutismo. Simplificando mucho las cosas, puede decirse que, hasta este momento, el funcionario es un servidor del Rey, vinculado a éste por “*mandato, representación o delegación real*”. El Rey nombra y cesa discrecionalmente a los servidores públicos, si bien suelen exigirse los requisitos de idoneidad – “*aptitud específica para desempeñar un oficio, aunque de apreciación discrecional por el Monarca*”⁴⁹² - y se recomienda que sea gente muy preparada y que sea seleccionada por sus méritos y capacidad. Generalmente este tipo de nombramientos lo son por tiempo determinado, pues se entiende que no deben otorgarse a perpetuidad; no obstante, por necesidades de la Hacienda Pública, hay momentos en que cargos y empleos públicos son objeto de compraventa y herencia⁴⁹³.

En el siglo XIX, pese a que los textos constitucionales⁴⁹⁴, como la Constitución de 1837, comienzan a reconocer que “*todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad*” (art.5), predomina el denominado *spoils system* o *sistema de botín* como método de acceso a los empleos públicos, aunque en España se manifiesta acompañado del sistema de cesantías. Cuando el político que ha nombrado o promocionado al servidor público deja su cargo⁴⁹⁵, es cesado también el

y mérito para el acceso al empleo público, en la práctica vence el *spoils system*, esto es, la politización y la ausencia de neutralidad en la Administración Pública.

⁴⁹² MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.92.

⁴⁹³ Así lo recuerda MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.92. MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.pág.10, se refiere a la “*comercialización de los cargos públicos*”. Vid también MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*,pág.44.

⁴⁹⁴La *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, como derivación del derecho de igualdad, reconoce el derecho de los ciudadanos al acceso a los cargos y funciones públicas. Nuestro ordenamiento recibe claramente la influencia francesa en este sentido, vid. ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1994, pág.190 y 191. Pero el reconocimiento no pasa de ser una mera declaración de intenciones pues durante los períodos en que tales textos constitucionales están vigentes no se respeta tal principio (art.5 Constitución de 1837, art.5 Constitución de 1845, art.27 de la Constitución de 1869 y art.15 de la Constitución de 1876, también la Constitución republicana de 1931 y las Leyes fundamentales del período franquista). MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*, pág.94, recuerda que la Constitución de Cádiz de 1812 defiende que es prerrogativa exclusiva del monarca proveer todos los empleos civiles y militares (art.171.5), aunque se preserva la inamovilidad de jueces y magistrados ya que exige causa legalmente probada y sentenciada para que puedan ser depuestos de sus destinos (art.252). Vid también PARADA, R.: *Derecho del...op.cit.*,pág.42.

⁴⁹⁵ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.220, enumera cesantías por motivos políticos y disciplinarios, por voluntad de la Administración Pública, por reforma de plantilla o supresión de plazos.

servidor por éste designado. Como el sistema de botín es un recurso de acceso al empleo público que no está dispuesto a suprimir ningún partido político, se elaboran normas que palién los efectos que produce en el cesante la pérdida de su empleo⁴⁹⁶. De esta manera, es normal - siempre que la situación financiera de las arcas públicas lo permita - que el cesante, cuando no lo haya sido por causa disciplinaria, mantenga el derecho a percibir el denominado sueldo de cesantía y a reingresar al empleo público conforme a un determinado sistema de turnos⁴⁹⁷.

Aunque la opinión no es unánime, el primer intento de modernización de nuestra función pública, tendría lugar con el ministro de Fernando VII, LÓPEZ BALLESTEROS, quien, bajo influencia francesa, advierte de la necesidad de que la Administración cuente con *“personal estable y especializado, por lo que se hace preciso establecer reglas de ingreso que tengan en cuenta mérito y capacidad”*⁴⁹⁸. Con la *Real Orden de 19 de agosto de 1825* intenta conseguir personal técnico cualificado y dotarle de cierta estabilidad, si bien su alcance es reducido puesto que se limita *“a los empleados de la Secretaría de Estado de Hacienda”*⁴⁹⁹. Poco más tarde, el *Real Decreto de 7 de febrero de 1827* pretende *“institucionalizar el sistema de función pública cerrada o de carrera”*. Sin embargo, estas normas son sistemáticamente incumplidas.

La situación de los empleados públicos sigue caracterizándose por su inestabilidad al depender del poder político gobernante en cada momento histórico. Poder político que nombra y separa discrecionalmente a los servidores públicos, de manera que el apoyo al partido se paga en especie con codiciados empleos en la Administración Pública. De esta manera se consigue plena lealtad y confianza de los empleados públicos así designados. El cambio de signo político conlleva el cese de los nombrados – que pasan a considerarse en situación de cesantía – y su correspondiente relevo por partidarios adeptos al nuevo gobierno⁵⁰⁰. Además de las cesantías, y relacionado con las mismas, el mayor problema de la Administración es la carencia de verdaderos profesionales.

⁴⁹⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “El nacimiento...op.cit.,pág.93.

⁴⁹⁷ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.220, de manera oscilante las sucesivas leyes de presupuestos (por ejemplo la de 1845, entre otras) lo van suprimiendo y reconociendo derechos económicos a los cesantes. DE VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública*, Tirant lo Blanch, 1997, pág.21.

⁴⁹⁸ MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen...op.cit.*pág.21.

⁴⁹⁹ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.39.

⁵⁰⁰ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.42.

El siguiente jalón en esta concisa evolución histórica hay que situarlo en la época de BRAVO MURILLO, con la publicación del *Real Decreto de 18 de junio de 1852*. Esta norma de influencia francesa⁵⁰¹ persigue modernizar toda la Administración Pública. Aún sin llegar a reconocer la inamovilidad de los servidores públicos, quiere conseguir su estabilidad a través del sistema de acceso al empleo público⁵⁰². Citando a MIÑAMBRES⁵⁰³, “*el objetivo de la estabilidad parecía que podía alcanzarse, no precisamente a través de una declaración legal expresa de inamovilidad de los funcionarios, sino mediante una férrea política de selección objetiva de los candidatos a funcionario*”, dado que el alto nivel de cualificación exigido en las pruebas de selección complicaba considerablemente la sustitución de éstos si, con posterioridad, resultaban cesados. Así quiere terminar con la discrecionalidad en la selección de empleados públicos y conseguir la profesionalidad de este colectivo, y para ello pretende exigir “*una serie de condiciones previamente determinadas*”⁵⁰⁴ a los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo en el empleo público⁵⁰⁵.

Este segundo intento de modernizar la función pública tampoco triunfa⁵⁰⁶. Poco después, O’DONNELL, con su *Real Decreto de 4 de marzo de 1866*, quiere introducir “*criterios de idoneidad para el desempeño de las funciones públicas*” y exigir la “*previa acreditación de titulaciones académicas suficientes o tras la superación de exámenes*”⁵⁰⁷, para el acceso al empleo público. Esta norma va a reconocer, pero no de manera generalizada, la inamovilidad, de la que ya disfrutaban algunos cuerpos especiales, a los

⁵⁰¹ PARADA, R.: *Derecho...op.cit.*, 424 y ss.

⁵⁰² Recogiendo parte de los principios de la Revolución francesa, puede considerarse el primer texto normativo que contiene el estatuto de la función pública y reconoce el derecho al cargo como derecho de los funcionarios, aun cuando no hay mucho acuerdo entre la doctrina, y hay quien defiende que el primer germen de nuestro sistema funcionarial hay que buscarlo en el *Estatuto de López Ballesteros*, entre otros MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “El nacimiento...op.cit.,pág.67, quien analiza detenidamente que no entraba en los planes de Bravo Murillo reconocer la inamovilidad del funcionario.

⁵⁰³ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.97.

⁵⁰⁴ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*, pág.44.

⁵⁰⁵ La exigencia rigurosa de los principios de mérito, capacidad y publicidad tanto para los ingresos como para los ascensos pudo haber servido para ir generalizando la estabilidad en los empleos, pero faltaron “*políticos responsables y conscientes de la necesidad de un eficaz aparato administrativo*” como indica APARICIO, I.: “El nacimiento...op.cit.,pág.89.

⁵⁰⁶ Asimismo se encontraba “*muy arraigada la idea de que los empleos han de otorgarse a personas de confianza ministerial...los componentes de la clase política dependían de este operativo para mantenerse en el poder e incluso para alcanzarlo, de manera que exigir méritos exclusivamente administrativos a los amigos políticos era tanto como renunciar a apoyos imprescindibles para la supervivencia en la vida pública*”, vid ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.45; MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*pág.97; MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*pág.21 y ss.

⁵⁰⁷ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.47.

Cuerpos Generales⁵⁰⁸. Tras una breve vigencia de cuatro meses, el retorno al *spoils system* se produce, poco después, cuando se publica la *Ley de Presupuestos de 3 de agosto de 1866* que permite, de nuevo, nombrar y cesar libremente a los servidores públicos⁵⁰⁹. Y con el *Decreto de 26 de octubre de 1866* quedan derogados los principios de mérito y capacidad como rectores del sistema de ingreso y promoción en el empleo público⁵¹⁰. Tras el *Real Decreto de 10 de enero de 1875* y la *Ley de 21 de julio de 1876* la regla general vuelve la “*movilidad absoluta para los funcionarios no organizados en cuerpos especiales*”⁵¹¹.

El siglo XX es el momento en el que las cosas comienzan a cambiar. Entre otras, con la *Ley de 19 de julio de 1904* se reconoce la inamovilidad de manera más generalizada; aunque ha de hablarse de una “estabilidad relativa” dado que podía declararse “*la cesantía por reforma de plantilla o supresión de destino, por conveniencia de servicio y por falta grave en el desempeño de la función conferida previo expediente gubernativo con audiencia del interesado, o incluso traslados por conveniencia de servicio a otros destinos,...*”⁵¹²

El Estatuto de Maura - *Ley de Bases de Funcionarios del Estado de 22 de julio de 1918*– intenta de nuevo dotar de fijeza a la función pública⁵¹³. Básicamente, piensa en un sistema de carrera⁵¹⁴, generaliza “*la oposición como forma de ingreso en la función pública y ascenso por antigüedad, oposición y libre designación,...* y se refuerza la *inamovilidad funcional*”⁵¹⁵, regulando las cesantías – que exigen “*expediente*

⁵⁰⁸Entre otros MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “La inamovilidad de los funcionarios en medio siglo de producción normativa: Régimen General de los funcionarios entre 1852 y 1900”, *Anuario Jurídico Escripturalense*, nº 22, 1990, pág.85-86, enumera los supuestos en los que puede disfrutarse de inamovilidad. Por otros, ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.47 y ss.

⁵⁰⁹ Para reducir el déficit público, autoriza a llevar a cabo las bajas necesarias, produciéndose las consecuentes cesantías, en MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “La inamovilidad...op.cit.,pág.94-95.

⁵¹⁰MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.97, señala que “*la segunda mitad del siglo XIX viene caracterizada en materia de estabilidad por el sucesivo reconocimiento y desconocimiento de la inamovilidad del funcionario que se consagra formalmente con la Ley de bases de 1918*”. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “La inamovilidad...op.cit.,pág.96 y 97, 103 y ss, recuerda que el reconocimiento de este derecho es una historia de idas y venidas. De esta inamovilidad no se beneficiaban las categorías más superiores que deben ser desempeñadas por personas próximas al poder político. Con los *Decretos de 10 y 30 de mayo de 1873* se vuelve al *spoils system*.

⁵¹¹ Señala ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,, pág.48 y 49, que los funcionarios de los cuerpos especiales, y otros regulados por normativa especial, accedían mediante pruebas de idoneidad y se les garantizaba la inamovilidad.

⁵¹² ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,, pág.51.

⁵¹³ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.,pág.11.

⁵¹⁴ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L. Y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYNS, M.L.: *Manual básico...op.cit.*,pág. 33.

⁵¹⁵ MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*,, pág.22 y 23. Vid también DE VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de...op.cit.*,pág.24.

*gubernativo con audiencia del interesado por faltas graves de moralidad, desobediencia o reiterada negligencia de los deberes del cargo, aunque deja abierta la puerta a que el Consejo de Ministros pueda discrecionalmente acordar la separación de cualquier funcionario por conveniencia del servicio*⁵¹⁶-, aunque formalmente se suprime la cesantía por motivos políticos⁵¹⁷.

La *Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931* garantiza la inamovilidad de los funcionarios públicos. Aunque existían normas que, excepcionalmente, permitían la separación de determinados funcionarios, la regla general es que sólo por causas justificadas previstas en la Ley podía el funcionario ser separado del servicio, suspendido o trasladado⁵¹⁸.

Durante la Dictadura franquista, nuevamente los servidores públicos vuelven a ser aquellos afines al régimen; sintonizar con el favor político es fundamental para acceder o ascender en la Administración⁵¹⁹.

El *Decreto 365/1964, Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado* (en adelante, LFCE), bajo la influencia del modelo inglés, distingue en el empleo público a los funcionarios de carrera, a los funcionarios de empleo – eventuales e interinos-, a los contratados administrativos y a los contratados laborales⁵²⁰. Define al funcionario de carrera como aquel “*que, en virtud de nombramiento legal, se incorpora a las plantillas de la Administración Pública, mediante una relación de servicios profesionales, permanente, retribuida con cargo a los Presupuestos y regida por el Derecho Administrativo*” (art.1 y 4). Y dispone en su art.63.2 que “*el Estado asegura a los funcionarios de carrera el derecho al cargo y, siempre que el servicio lo consienta, la inamovilidad en la residencia,...*”, en lo parece reconocer, además de la inamovilidad en la condición de funcionario, “*un auténtico derecho al puesto de trabajo*”⁵²¹. Este precepto “*consagra la inamovilidad relacional o relativa, el reconocimiento de un*

⁵¹⁶ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.,pág. 22 . PARADA, R.: *Derecho del...op.cit.*,pág.46.

⁵¹⁷ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.220. MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.101.

⁵¹⁸ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.,pág. 22.

⁵¹⁹ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.55.

⁵²⁰ PARADA, R.: *Derecho del...op.cit.*, pág.50; MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.106. Hasta 1964 nuestro sistema de función pública es de carrera, vid DE VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de...op.cit.*,pág.17.

⁵²¹En opinión de MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.220, citando a ARROYO YANES, y recordando que, no obstante, de precisar el interés general las facultades de la Administración Pública podrán incidir directamente sobre el contenido funcional del puesto de trabajo asignado.

vínculo jurídico que liga al funcionario de carrera con la Administración Pública y que no puede ser roto sino por medio de severos procedimientos disciplinarios”⁵²². Esta norma se propone establecer el sistema de empleo⁵²³ en nuestra Administración Pública, eliminando desajustes en el funcionamiento de la misma -“excesiva proliferación y dispersión de cuerpos especiales, desconexión entre categoría profesional y puesto de trabajo, ausencia de un cuerpo general interministerial, politización de la función pública superior, desigualitario régimen retributivo, ...”⁵²⁴ - .

Sucintamente, los rasgos que principalmente caracterizan al *sistema de carrera* o *sistema cerrado de función pública*⁵²⁵ son que el sistema pivota sobre los cuerpos o escalas de funcionarios⁵²⁶, jerárquicamente organizados – a semejanza del modelo francés- y en los que se ingresa, previa convocatoria pública, tras haber superado un proceso selectivo – oposición o concurso oposición – en el que el funcionario demuestra su mérito y capacidad y a los que se pertenece y en los que puede ir promocionando, salvo incurrir en causa de extinción de la relación de servicio, durante toda la vida profesional del funcionario⁵²⁷. Este sistema se rige por principios como el de objetividad, igualdad, servicio, profesionalidad,... como recuerda ROMERO⁵²⁸, “permite el

⁵²² ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.68.

⁵²³ Sin prescindir del generalizado sistema de carrera, se persigue ahora ir introduciendo el sistema de empleo, vid GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ,L. Y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS,M.L.: *Manual básico...op.cit.* pág.33. Aunque PARADA, R.: *Derecho Administrativo...op.cit.*,pág. 428 habla de “abandono del sistema de función pública cerrada”.

⁵²⁴ MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen...op.cit.*,pág. 23.

⁵²⁵Vid por otros muchos, ALEGRE ÁVILA, J.M.: “El sistema de carrera administrativa” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.272; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ,L. Y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS,M.L.: *Manual básico...op.cit.*pág.34.

⁵²⁶ La existencia de las situaciones administrativas es lógica consecuencia de este sistema cerrado. Si el funcionario ingresa en la Administración, tras el correspondiente proceso selectivo, y va a permanecer en la función pública – en un determinado Cuerpo – hasta la finalización de su vida profesional esta herramienta jurídica permite la suspensión de las prestaciones propias de su relación de servicio, manteniendo en vigor dicha relación, bien para atender a necesidades de la propia Administración empleadora, bien para responder a intereses individuales del funcionario, en MORILLO VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.429.

⁵²⁷Como sintetiza PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G. (Dir.): *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 18, se caracteriza por la “permanencia o la progresión en la situación administrativa y pecuniaria del agente público...cuando el individuo que presta servicios a la Administración lo realiza al inicio de su vida de trabajo con la nota de continuidad y con la esperanza de adquirir mejores funciones, siempre que sus servicios se consideren satisfactorios”.

⁵²⁸ ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem ediciones, 1998, pág.25. Para PALOMAR OLMEDA, A.: *El sistema de carrera y su aplicación a los cuerpos superiores de la Administración*, Dykinson, 2002, pág. 35, escalafón y antigüedad son referencias esenciales en este sistema. PARADA, R.: *Derecho Administrativo...op.cit.*,pág. 395, habla de estatuto, cuerpo y carrera.

desarrollo de la idea corporativista entre los funcionarios y ello puede dar lugar a un sistema burocrático muy fuerte”.

Frente a este modelo tan rígido de organización de la función pública, el sistema abierto o de empleo establece como eje central el puesto de trabajo⁵²⁹. Este modelo inspirado en el modelo de organización propio de la empresa privada⁵³⁰ proporciona mayor flexibilidad y agilidad en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas. El empleado público no tiene por qué tener la condición de funcionario público, luego puede ser personal laboral que no gozará de la condición de inamovible, que se seleccionará preferentemente por méritos y por su experiencia, en función de las necesidades coyunturales de mano de obra de la Administración Pública. Su principal objetivo es la consecución de la eficacia en la actuación administrativa. A diferencia del sistema anterior, se puede producir una mayor politización del empleo público puesto que el corporativismo es menos intenso⁵³¹.

En la actualidad, como va a decirse, el modelo español de función pública es fruto del resultado de la combinación del sistema de carrera y del sistema de puesto de trabajo⁵³², aunque aún es muy intensa la presencia del sistema de carrera⁵³³.

Con la llegada de la Democracia, la *Constitución de 1978* reconoce, entre los derechos fundamentales, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (art.23.2 CE). Apuesta por el modelo de carrera en la función pública española y por el sistema de mérito en el acceso

⁵²⁹ Este sistema, como recoge DE VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de...op.cit.*pág.13, se centra, además de en los Cuerpos y Escalas de Funcionarios, en las RPT que establecerán los Cuerpos y escalas de funcionarios que pueden desempeñar las correspondientes funciones. Como explican PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G. (Dir.): *Derecho del...op.cit.*,pág. 19, se piensa en el puesto de trabajo como “una unidad aislada e individualizada...con su propio perfil de forma que el candidato reclutado sabe exactamente cuáles son las tareas y responsabilidades que asume, por lo que su formación previa se limita al ejercicio concreto de dicha actividad...el hecho de ingresar en un concreto puesto de trabajo no garantiza el ascenso a otros distintos... ni garantiza su continuidad...” por lo que estamos ante un modelo que proporciona mucha mayor flexibilidad al empleador.

⁵³⁰Por otros, PARADA, R.: *Derecho Administrativo...op.cit.*,pág. 393 y ss, indica que es básica la elaboración de un preciso inventario de los puestos de trabajo, la selección de candidatos se efectúa para un puesto de trabajo en concreto y la persona que finalmente lo ocupa ni pertenece a un cuerpo ni tiene reconocido el derecho a la carrera o a puestos superiores.

⁵³¹ ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales...op.cit.*,pág.26.

⁵³² ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales...op.cit.*.24. MORILLO VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las situaciones...op.cit.,pág.429, ubica el paso del sistema de carrera a un sistema mixto en la LFCE.

⁵³³ Vid PALOMAR OLMEDA, A.: “La planificación de recursos humanos: marco general y normativo” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.121.

a la misma⁵³⁴ y en su promoción, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad - derivados del art. 9.2 y 14 CE -. Y, en claro paralelismo con el art.35.2 CE que remite a la Ley la regulación de un estatuto de los trabajadores, reserva a la Ley el establecimiento del estatuto del funcionario (art.103.3 CE). Pero consiente la coexistencia del funcionario con un cada vez más numeroso empleado público laboral, por lo que nos encontramos ante un sistema de empleo mixto⁵³⁵.

La *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública* (en adelante, LMRFP) – que modifica pero no llega a derogar la LFCE – recoge los mandatos constitucionales y establece un régimen de empleo público en el que van a coexistir funcionarios públicos y personal laboral, intensificando la presencia de éstos últimos en el empleo público, de tal manera que comienza a hablarse de “*laboralización de la función pública española*”⁵³⁶. Poco después, la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, concluye que debe ser el funcionarial el régimen preponderante en el empleo público español, sin embargo mantiene la existencia del empleo público laboral⁵³⁷. Tras dicha sentencia, la *Ley 23/1988, de 28 de julio* reforma la Ley 30/1984.

Ya en la década de los 90, ante una difícil coyuntura económica, la *Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo*, dota a las Administraciones Públicas de herramientas para que éstas puedan reducir costes de personal a través de una adecuada reordenación de los recursos humanos a su servicio. Se hace necesaria la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, para lograr la mejora del rendimiento de los recursos humanos de la Administración sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia. A dicha finalidad responden los Planes de Empleo - instrumentos esenciales para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas organizaciones administrativas y que tratan de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia

⁵³⁴Vid CASTILLO BLANCO, F.A.: “Los sistemas de...op.cit.,pág. 163.

⁵³⁵ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ,L. Y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS,M.L.: *Manual básico...op.cit.,pág.36.*

⁵³⁶ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.,pág.105.* Se produce así una intensificación del sistema de empleo en nuestro empleo público, vid PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G. (Dir.): *Derecho del...op.cit.pág. 20.*

⁵³⁷STC 99/1987 de 11 de junio: “...todos los puestos de la Administración deben ser desempeñados por funcionarios, constituyendo una excepción su provisión por quienes no tengan tal condición...”

Administración, con el fin de incrementar la eficacia de la misma-, junto a nuevas figuras como la reasignación de efectivos y la situación administrativa de la expectativa de destino, o una nueva modalidad de excedencia forzosa. Ello permite combinar las medidas encaminadas a situar los efectivos de personal disponibles en las áreas o sectores necesitados de ellos, con una serie de medidas en materia de retribuciones y de provisión de puestos de trabajo a los funcionarios afectados por la reasignación de efectivos, acordes con el tradicional principio de estabilidad en el empleo de la función pública⁵³⁸.

Salvedad hecha de las normas que van desarrollando el régimen de empleo público a nivel autonómico, el EBEP ha de ser la última etapa de nuestro repaso histórico. Entre los fundamentos de actuación enumera la objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera (art.1.3 e EBEP). Sin ambages, este texto normativo que contiene un régimen común de derechos y deberes básicos para todos los empleados públicos⁵³⁹, reconoce el derecho al cargo únicamente a los funcionarios de carrera, en su art.14 EBEP. A pesar de que el art. 55.1EBEP apuesta por el sistema de méritos, no es difícil localizar pervivencias del *spoils system* en su articulado. Por ejemplo, la criticada DT 4ª EBEP permite la consolidación del empleo temporal; aunque con cautelas, admite la existencia de personal eventual – que accede al empleo público en virtud de nombramiento y con carácter no permanente⁵⁴⁰-; posibilita la promoción y provisión de puestos de trabajo a través de la libre designación y las comisiones de servicios; se admiten “*pruebas de funcionarización del personal interino o laboral, ...*”⁵⁴¹.

⁵³⁸ Vid E.M. Ley 22/1993. A través de los planes de empleo se instrumentan decisiones de “*modificación de estructuras administrativas, supresión de puestos de trabajo y reasignación forzosa de funcionarios a puestos de trabajo de similares características, funciones y retribuciones*”, como recuerda DEL SAZ, S.: *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, 1995, pág. 91.

⁵³⁹ Indica QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 93, 2011, pág.107, que es lógico someterlos a idénticos derechos y deberes puesto que ambos colectivos realizan tareas públicas, en muchos casos idénticas. El reconocimiento de estos derechos no resulta novedoso puesto que, en general, ya se reconocían antes del EBEP por la norma laboral o funcionarial.

⁵⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. Y MOLINA NAVARRETE, C. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (dir. Y coord.): *El Estatuto...op.cit.*, pág.31 y 32.

⁵⁴¹ Para MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*, pág.52 y ss, este tipo de prácticas resultan ser “*pervivencias de la politización o patrimonialización del acceso a la función pública no sólo obstaculizan o impiden el acceso a los mejores, sino que la llenan de incompetentes y adictos al gobierno de turno que les colocó o facilitó la colocación para siempre en la Administración*”.

3. El funcionario público: trabajador a efectos del principio comunitario de libre de circulación.

Quiere cerrarse este acercamiento a la inamovilidad del funcionario y el sistema de acceso a la función pública, recordando que la confección del concepto de funcionario pertenece al ordenamiento interno y, como tal, su régimen jurídico mantiene este sentido mientras estemos ante empleados públicos que se encuentren en territorio español. A efectos de Derecho comunitario, sin embargo, y en concreto a efectos del ejercicio del derecho a la libre circulación de trabajadores, un funcionario puede ser considerado como un trabajador.

Tradicionalmente, los Estados han exigido el requisito de nacionalidad a quienes prestaban servicios en sus Administraciones Públicas. Este requisito se fundamentaba en la entendida necesidad de proteger la soberanía nacional y los intereses generales del Estado que podían quedar expuestos a injerencias externas si las personas que, a través de su trabajo, los personificaban y garantizaban, carecían de ese vínculo especial con el país. Esto podía responder a la creencia, no siempre cierta, de que la nacionalidad genera un vínculo -un sentimiento de protección, defensa y compromiso- en los ciudadanos nacionales que, quizás, no está tan presente en los ciudadanos extranjeros. Sin embargo, esta legítima exigencia de los Estados debe ceder ante uno de los fundamentos de la existencia de la UE. Los Estados integrados en la misma, como países de acogida, deben generalizar el acceso a los empleos públicos a los ciudadanos de los otros Estados miembros que ejerzan su derecho a la libre circulación de trabajadores. Antes de abordar en qué consiste este principio, quiere repararse en qué se entiende por “trabajador” a los efectos del disfrute de este derecho.

3.1. El concepto de trabajador para el ordenamiento comunitario

El ordenamiento comunitario no proporciona una definición del concepto de trabajador⁵⁴²; pero hay que indicar que, so pena de poner en riesgo o de dificultar el derecho a la libre circulación de trabajadores, no puede dejarse la concreción de su alcance en manos de los Estados miembros. Si se remitiese su definición a las

⁵⁴² Para MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 440, 2019, pág.8, la inexistencia de una definición de trabajador en el Derecho de la UE responde a que, lo interesante es abordar los aspectos de las relaciones de trabajo “que resulten estratégicos para alcanzar los objetivos de crecimiento económico en la estricta medida en que sea necesario, preservando la soberanía de los Estados miembros”.

legislaciones de los Estado miembros⁵⁴³, quedaría a disposición de los mismos, lo que sería tanto como darles permiso para alterar el ámbito de aplicación de las Directivas, pudiendo privarles de su plena eficacia⁵⁴⁴. Más bien al contrario, debe interpretarse de manera autónoma y uniforme⁵⁴⁵ en el ordenamiento jurídico de la UE, y no pudiendo recibir una interpretación a conveniencia de los Derechos nacionales.

Además, como la doctrina ha manifestado, no estamos ante un concepto unívoco puesto que ha de concretarse en función del ámbito de aplicación de la normativa específica a aplicar⁵⁴⁶. Esto es, no hay un concepto de trabajador válidamente aplicable en todo el ordenamiento de la UE sino que se va definiendo según el ámbito de aplicación de una norma comunitaria concreta⁵⁴⁷ -Seguridad Social, traspaso de empresas,...-

Por otra parte, no cabe efectuar una interpretación restrictiva del concepto comunitario de trabajador del art.45.1 TFUE porque, en otro caso, se reduciría la libertad de circulación a un simple instrumento de la integración económica, se iría en contra de su objetivo más amplio de creación de un libre espacio de circulación para los nacionales comunitarios y se privaría de todo sentido la excepción del art.45.4 TFUE⁵⁴⁸. En cuanto define el ámbito de aplicación de esta libertad fundamental, el concepto comunitario de trabajador debe interpretarse de forma extensiva⁵⁴⁹.

El concepto de trabajador de este art.45 TFUE - que como se ha dicho no se rige por el Derecho interno, sino por el Derecho comunitario- y la noción aclarada del mismo que efectúa el TJUE, sólo tiene alcance dentro del marco del principio de libertad de circulación de trabajadores⁵⁵⁰. Así, y según reiterada jurisprudencia del TJUE, la

⁵⁴³El concepto de trabajador tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la UE, vid SSTJUE 26/3/2015 C-316/13 Asunto Fenoll;... Como sostiene SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”, *REDT*, nº 232, 2020, pág.22, puede distinguirse el concepto de trabajador de cada uno de los Derechos internos de los Estados miembros del concepto comunitario, que será el que habrá que emplear en el caso concreto de que el concepto nacional limite “*excesiva e injustificadamente el ámbito de aplicación de las Directivas, excluyendo a determinadas categorías de personas de la protección que persiguen esas normas*”.

⁵⁴⁴Vid SSTJUE 9/7/2015 C-229/14 Asunto Balkaya; 12/10/2004 C-55/02 Asunto Comisión vs Portugal...

⁵⁴⁵ STJUE 23/3/1982 C-53/81 Asunto Levin.

⁵⁴⁶ ALONSO OLEA GARCÍA, B.: “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia”, *Revista Española Derecho Europeo*, nº 62, 2017, pág.6.

⁵⁴⁷ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto de...op.cit.,pág.45

⁵⁴⁸ STJUE 3/7/1986 C-66/85 Asunto Lawrie Blum.

⁵⁴⁹STJUE 12/2/1974 C-152/73 Asunto Sotgiu. Como reconoce MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “Abordando...op.cit.,pág.8, corresponde al TJUE definir el ámbito subjetivo de aplicación del principio de libertad de circulación de trabajadores y además hacerlo en sentido extensivo dado que es un principio basal para la ciudadanía, por lo que ha de intentarse favorecer su ejercicio.

⁵⁵⁰ STJUE 19/3/1964 C-75/63 Asunto Unger.

característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor o beneficio de otra y bajo la dirección o dependencia de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración o retribución, y, ni la calificación jurídica en Derecho nacional y la forma de dicha relación, ni la naturaleza del vínculo jurídico existente entre esas dos personas, resultan determinantes a este respecto⁵⁵¹. En otras palabras, debe considerarse trabajador a cualquier persona en quien concurran las siguientes circunstancias: que el trabajo se realice, durante toda su duración, bajo la dirección y la supervisión del empleador, que impone las tareas que deben desarrollarse y los horarios de trabajo, y cuyas instrucciones debe ejecutar, así como observar su normativa; que el trabajo se realiza en beneficio del empleador, luego se trata de servicios que tienen un valor económico cierto; y que por el mismo se perciben cantidades como remuneración en contrapartida de los servicios prestados y de las obligaciones que le impone la realización del citado servicio⁵⁵². La inexistencia de un contrato formal no representaría un obstáculo a la existencia de una relación laboral en el sentido de la normativa comunitaria⁵⁵³. Caso de existir, será indiferente el tipo de contrato, indefinido o temporal, a tiempo parcial o completo.

El TJUE analiza, caso por caso, sirviéndose del sistema de indicios, si una concreta prestación de servicios está comprendida en el concepto de trabajador, a efectos de disfrutar del principio de libertad de circulación. Para ello tiene en cuenta si se trata de una actividad real y efectiva –no considerando tales, por ejemplo, las que constituyan un mero medio de reeducación o reinserción de las personas que la ejercen⁵⁵⁴, pero sí las prácticas profesionales- que forme parte normal del mercado de empleo⁵⁵⁵, que tenga finalidad lucrativa y productiva. La necesidad de que se realicen actividades reales y efectivas lleva a excluir a aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio⁵⁵⁶.

En este sentido, el mayor o menor tiempo que se dedica a prestar la actividad puede ser un indicio determinante de la existencia o no de un trabajador. Para el TJUE, en esta interpretación extensiva del concepto en el sentido del art.45 TFUE, ni la corta duración

⁵⁵¹ SSTJUE 11/11/2010 C-232/09 Asunto Danosa; 13/2/2014 C-596/12 Asunto Comisión vs Italia.

⁵⁵² Por otras, vid, STJUE 3/7/1986 C-66/85 Asunto Lawrie Blum.

⁵⁵³ SSTJUE 11/4/2019 C-603/17 Asunto Bosworth y Hurley.

⁵⁵⁴ SSTJUE 7/9/2004 C-456/02 Asunto Trojani; 8/3/1989 C-344/87 Asunto Bettray.

⁵⁵⁵ STJUE 7/9/2004 C-456/02 Asunto Trojani.

⁵⁵⁶ SATJUE 26/3/2015 C-316/13 Asunto Fenoll; 12/5/1998 C-85/96 Asunto Martínez Sala;...

de la prestación⁵⁵⁷; ni que la productividad sea escasa por el escaso número de horas a la semana en las que se trabaja⁵⁵⁸, son un obstáculo para apreciar la existencia de un trabajador. Si bien el escaso número de horas –o el carácter irregular y la duración limitada de las prestaciones efectivamente realizadas en el marco de un contrato de trabajo ocasional -invitaría a pensar que se está ante una actividad marginal y accesorio, el Juez nacional ha de valorar otras circunstancias como que la persona deba estar disponible para trabajar si su empleador lo solicita⁵⁵⁹. Esto es, independientemente del nivel limitado de la retribución y de la corta duración de la actividad profesional, no cabe excluir que, tras una apreciación global de la relación laboral de que se trate, pueda considerarse real y efectiva, encontrándonos ante un trabajador a efectos del art.45 TFUE⁵⁶⁰. Compete al órgano jurisdiccional nacional analizar las consecuencias del conjunto de los elementos que caracterizan una relación laboral, en particular respecto a la apreciación del carácter real y efectivo de la actividad por cuenta ajena realizada.

Una segunda característica esencial de la existencia de una “trabajador”, a efectos de esta normativa comunitaria, es la dependencia o subordinación⁵⁶¹. Una relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación entre el trabajador y su empleador y la existencia de tal nexo debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes⁵⁶². Esto es, ha de existir un vínculo de dependencia frente al empresario, abstracción hecha de la naturaleza de este vínculo y la realidad de las prestaciones suministradas⁵⁶³. Para el TJUE constituyen indicios de dependencia: que la persona para la que se presta el empleo disponga de poderes de dirección y de control, así como, en su caso, de sanción⁵⁶⁴; que se deba estar disponible para trabajar, si el empresario lo solicita⁵⁶⁵; que exista una relación jerárquica entre la empresa y el trabajador⁵⁶⁶;... la condición de trabajador no resultaría afectada por el hecho de que, sin dejar de encontrarse en una relación de

⁵⁵⁷ STJUE 4/6/2009 C-22/08 Asunto Vatsouras.

⁵⁵⁸ STJUE 26/2/1992 C-3/90 Asunto Bernini.

⁵⁵⁹ STJUE 26/2/1992 C-357/89 Asunto Raulin.

⁵⁶⁰ STJUE 4/6/2009 C-22/09 Asunto Vatsouras.

⁵⁶¹ STJUE 8/3/1989 C-344/87 Asunto Bettray.

⁵⁶² SSTJUE 11/4/2019 C-603/17 Asunto Bosworth y Hurley; 10/9/2015 C-47/14 Asunto Holterman Ferho Exploitatie y otros; 20/11/2018 C-147/17 Asunto Sindicatul Familia Constanța y otros.

⁵⁶³ STJUE 3/7/1986 C-66/85 asunto Lawrie Blum.

⁵⁶⁴ STJUE 10/9/2014 C-270/13 asunto Haralambidis.

⁵⁶⁵ STJUE 26/2/1992 C-357/89 asunto Raulin.

⁵⁶⁶ STJUE 22/4/2020 C-692/19 asunto B. v Yodel.

subordinación con respecto a la empresa, esté vinculado a los demás trabajadores de la misma por una relación de asociación⁵⁶⁷.

Por el contrario, serían indicios característicos de una prestación de servicios independiente que la persona pueda elegir las horas en la que presta trabajo⁵⁶⁸ y el tipo de trabajo y de las tareas que han de ejecutarse, del modo en que dicho trabajo o tareas deben ser acometidas⁵⁶⁹; o que participe en los riesgos comerciales de la empresa⁵⁷⁰; que tenga libertad para contratar a sus propios ayudantes⁵⁷¹; que esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de su contrato y disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de la sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones⁵⁷²; que tenga un derecho absoluto a no aceptar las tareas que le han sido encomendadas, incluso de establecer un límite obligatorio al número de tareas que está dispuesto a realizar⁵⁷³; o que goce de discrecionalidad para prestar servicios similares en beneficio de terceros, incluso de los competidores directos de su empleador, entendiéndose que esa discrecionalidad podrá ser ejercida en forma paralela y simultánea en beneficio de varios terceros⁵⁷⁴.

En tercer lugar, la actividad realizada ha de ser remunerada o retribuida para poder hablar de trabajador, en el sentido comunitario del término a efectos del art.45 TFUE. Si bien es cierto que la retribución de las prestaciones efectuadas constituye una característica esencial de la relación laboral, no es menos cierto que ni la productividad más o menos elevada del interesado, ni el origen de los recursos para la retribución, ni el nivel limitado de la retribución, pueden tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario⁵⁷⁵.

En su visión extensiva de este requisito, el TJUE considera que el hecho de que los ingresos del trabajador por la misma no cubran todas sus necesidades no puede privarle de la condición de persona activa. Una actividad cuyos ingresos sean inferiores al mínimo

⁵⁶⁷ STJUE 16/9/1999 C-22/98 Asunto Becu.

⁵⁶⁸ STJUE 13/1/2004 C-256/01 Asunto Allonby.

⁵⁶⁹ STJUE 10/9/2014 C-270/13 Asunto Haralambidis; 13/1/2001 C-256/01 Asunto Allonby.

⁵⁷⁰ SSTJUE 13/1/2004 C-256/01 asunto Allonby; 14/12/1989 C-3/87 Asunto Aegate.

⁵⁷¹ STJUE 14/12/1989 C-3/87 Asunto Aegate; 10/9/2014 C-270/13 Asunto Haralambidis.

⁵⁷² STJUE 11/4/2019 C-603/17 Asunto Bosworth y Hurley.

⁵⁷³ STJUE 22/4/2020 C-692/19 Asunto B. v Yodel.

⁵⁷⁴ STJUE 22/4/2020 C-692/19 Asunto B.Yodel. A mayor abundamiento, por otros, vid SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Concepto de...op.cit.,pág.40.

⁵⁷⁵ SSTJUE 23/3/1982 C-53/81 Asunto Levin; 26/3/2015 C-316/13 Asunto Fenoll; 8/3/1989 C-344/87 Asunto Betray; 7/9/2004 C-456/02 Asunto Trojani; 19/11/2002 C-188/00 Asunto Kurz.

vital no impide considerar a la persona como trabajadora⁵⁷⁶; ni aun cuando los ingresos estuvieran muy por debajo del salario mínimo garantizado⁵⁷⁷ o del mínimo de subsistencia, o solicite aun ayuda económica procedente de fondos públicos para completar dicha retribución⁵⁷⁸. No obsta tampoco a la consideración de trabajador que se trate de percepciones en especie y en dinero abonadas por el Ejército de Salvación que constituirían la contrapartida de las prestaciones realizadas por aquél en favor y bajo la dirección de dicho centro de acogida⁵⁷⁹.

Dicho todo lo anterior, como el propio TJUE señala, no tiene ninguna relevancia la naturaleza jurídica de la relación de prestación de servicios a la luz del Derecho nacional⁵⁸⁰. Hay que considerar trabajador incluso a la persona que realiza una actividad en prácticas en el marco de una formación profesional, siempre que se trate del ejercicio de actividades por cuenta ajena y efectivas⁵⁸¹. Esto es, no resulta significativo que en el Derecho interno la persona trabajadora se califique como funcionario público o que preste su actividad bajo un estatus de Derecho Público o incluso como trabajador autónomo⁵⁸². No es decisivo si el contrato se suscribe con la empresa o si la relación laboral se formaliza con las autoridades o Administraciones Públicas⁵⁸³. Incluye tanto a laborales, como funcionarios, estatutarios y eventuales que prestan servicios para las Administraciones Públicas españolas⁵⁸⁴. A efectos del derecho de la libertad de circulación de trabajadores, los funcionarios públicos españoles ostentan la consideración de trabajadores.

Por último, recordar que, con la guía de la jurisprudencia del TJUE, compete al órgano jurisdiccional nacional analizar las consecuencias del conjunto de los elementos que caracterizan una relación laboral, en particular respecto a la apreciación del carácter real y efectivo de la actividad por cuenta ajena realizada. En efecto, el Tribunal nacional es el único que tiene un conocimiento directo de los hechos del asunto principal y, por ello, es el que se halla en mejor situación para proceder a las comprobaciones

⁵⁷⁶ STJUE 14/12/1995 C-317/93 Asunto Nolte.

⁵⁷⁷ STJUE 26/3/2015 C-316/13 Asunto Fenoll.

⁵⁷⁸ STJUE 8/3/1989 C-344/87 Asunto Bettray.

⁵⁷⁹ STJUE 7/9/2004 C-456/02 Asunto Trojani.

⁵⁸⁰ SSTJUE 20/9/2007 C-116/06 Asunto Kiiski; 8/3/1989 C-344/87 Asunto Bettray.

⁵⁸¹ SSTJUE 26/2/1992 C-3/90 Asunto Bernini; 3/7/1986 C-66/85; 3/7/1986 C-66/85 asunto Lawrie Blum.

⁵⁸² La calificación en el Derecho nacional como trabajador por cuenta propia no excluye su consideración como trabajador a efectos de la normativa europea, vid STJUE 2/4/2003 C-256/01 Asunto Allonby.

⁵⁸³ SSTJUE 8/3/1989 C-344/87 Asunto Bettray; 4/7/2006 C-212/04 Asunto Adeneler; 13/9/2007 C-307/05 Asunto Del Cerro Alonso; 9/7/2015 C-177/14 Asunto Regojo Dans;...

⁵⁸⁴ Como recuerda CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018, pág.47-48.

necesarias⁵⁸⁵ y valorando todos los elementos determinar si nos encontramos ante un trabajador a efectos del principio de libre circulación de trabajadores⁵⁸⁶.

3.2. El principio de libre circulación de trabajadores: contenido y limitaciones.

El art.45.1 TFUE asegura la libre circulación de trabajadores dentro de la UE⁵⁸⁷. Junto con la libertad de circulación de mercancías, servicios y capitales, es considerado uno de los puntales o pilares de la UE. La amplitud del concepto de trabajador a efectos comunitarios, en la elaboración que del mismo realiza el TJUE⁵⁸⁸, obedece a la necesidad de garantizar el principio de igualdad (art.18 TFUE), el de libre circulación de trabajadores (art.45 TFUE) y el de libre prestación de servicios (art.56 TFUE)⁵⁸⁹.

La libre circulación ha de suponer la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros – en el sentido comunitario del concepto-, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art.45.2 TFUE). Los titulares de este derecho son los trabajadores nacionales de un Estado miembro que se desplazan a otro Estado miembro por motivos laborales⁵⁹⁰.

Aun cuando pueden establecerse limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, este principio implica el derecho a responder a ofertas efectivas de trabajo; a desplazarse libremente en el territorio de los Estados miembros para ejercer una actividad asalariada; a residir en uno de los Estados miembros con el objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con la normativa aplicable a los trabajadores nacionales; y a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo (art.45.3 TFUE)⁵⁹¹.

⁵⁸⁵ STJUE 4/2/2010 C-14/09 Asunto Genc.

⁵⁸⁶ ALONSO OLEA GARCÍA, B.: “Los conceptos...op.cit.,pág.5

⁵⁸⁷ Como señala SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto de...op.cit.,pág.3, “*el TJUE debe orientarse a la consecución de un equilibrio adecuado entre el mercado común europeo y sus cuatro libertades fundamentales, por un lado; y por otro, entre aquéllas y la política social propiamente dicha*”.

⁵⁸⁸ Señala MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “Abordando...op.cit.,pág.8, la importante acción del TJUE intentando concretarlo, puesto que del mismo depende la libertad de circulación de trabajadores.

⁵⁸⁹ ALONSO OLEA GARCÍA, B.: “Los conceptos...op.cit.,pág.7.

⁵⁹⁰ Y como apuntan BIURRUN ABAD, F.J, MELÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi Thomson Reuters, 2002, pág.77, son otros beneficiarios indirectos los familiares del trabajador y nacionales de Estados no miembros con los cuales la UE tenga acuerdos de cooperación.

⁵⁹¹ La libre circulación es un derecho fundamental para trabajadores y sus familias. La movilidad de la mano de obra de la UE debe ser un medio que garantice la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo y facilitar su promoción social, contribuyendo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Exige que la igualdad de trato en todo cuanto se relaciona con el ejercicio mismo de una actividad por cuenta ajena y con el acceso a la vivienda, quede garantizada de hecho y de derecho, y

Esto es, este principio posibilita que un ciudadano de cualquier Estado miembro pueda ejercer en cualquiera de los Estados miembros la profesión u oficio que libremente elija, en condiciones de igualdad de trato en el acceso y condiciones de trabajo y protección social con los nacionales de ese país⁵⁹². Este principio fundamental solo tiene una excepción: los Estados miembros podrán condicionar el acceso a los *empleos en la Administración Pública* a ciudadanos que ostenten la nacionalidad del país de acogida (art.45.4 TFUE). Esta excepción no tendría que ver con motivos económicos sino con la protección de la soberanía de los Estados miembros que, como se ha dicho, suelen exigir el requisito de la nacionalidad para la cobertura de puestos de trabajo en el empleo público⁵⁹³.

Hacer depender la aplicación de esta excepción de la naturaleza o de la calificación jurídica del vínculo que une al trabajador con la Administración que lo emplea, daría a los Estados miembros, la posibilidad de determinar, a su arbitrio, los empleos cubiertos por esta disposición de excepción. La excepción del art.45.4 TFUE debe interpretarse en el sentido de que es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración, esto es, carece de interés si el trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho Público o Privado⁵⁹⁴, dado que estas calificaciones jurídicas varían en función de las legislaciones nacionales y no pueden proporcionar, por lo tanto, un criterio de interpretación apropiado para el Derecho comunitario. El acceso a ciertos empleos no

que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores. El derecho de no discriminación entre trabajadores implica que todos los nacionales de los Estados miembros tengan la misma prioridad en el empleo que disfrutaban los trabajadores nacionales. El trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente a los trabajadores nacionales, en cuanto se refiere a las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo, si hubiera quedado en situación de desempleo, como recoge el art.7.1 *Reglamento UE n° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Unión Europea*- cuyo art.41 deroga, tras sufrir sucesivas modificaciones, el *Reglamento CEE n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad*-. Al respecto puede consultarse, MIRANDA BOTO, J.M.: “El Reglamento (UE) n° 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) n° 1612/68”, *Revista General Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 26, 2011.

⁵⁹² RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.176. Como explican BIURRUN ABAD, F.J, MELÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Cuestiones...op.cit.*pág.76, este supone que las medidas que obstaculicen este principio son contrarias al Derecho comunitario. Hay supuestos en los que se impide que nacionales de terceros países accedan a empleos en el país de acogida y países de acogida que entorpecen que sus nacionales busquen y accedan a empleos en terceros países.

⁵⁹³ GARCÍA REY, M.L.: “Los empleos en la Administración Pública y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *Alcalibe*, n° 4, 2004, pág.105

⁵⁹⁴ STJUE 12/2/1974 C-152/73 Asunto Sotgiu.

puede limitarse por el mero hecho de que, en un Estado miembro determinado, las personas que los asumen tengan el estatuto de funcionarios.

El problema de esta limitación al principio de libre circulación es que, como pasaba con el concepto de trabajador, el ordenamiento europeo tampoco define que entender por “*empleos en la Administración Pública*”. Sin embargo, como se ha dicho, parece evidente que por constituir una excepción o una derogación parcial de la norma fundamental de la libre circulación y de la no discriminación de los trabajadores comunitarios, debe darse al art.45.4 TFUE, una interpretación que limite su alcance a cuanto sea restrictiva y estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que esta disposición permite proteger a los Estados miembros⁵⁹⁵. E igual que se comentaba líneas arriba, no es posible dar carta blanca a los Estados miembros para su concreción porque sería tanto como dejar en sus manos la aplicación de este principio. Si bien, cada uno de los Estados miembros precisará qué considera “*empleos en la Administración Pública*”, siguiendo los criterios elaborados por la doctrina del TJUE⁵⁹⁶ para asegurar así una aplicación uniforme del art.45 TFUE⁵⁹⁷.

Es evidente que la mayor o menor extensión del concepto “*empleos*” – y, por tanto, del espacio de libre ejercicio de circulación de trabajadores- depende de qué entender por “*Administración Pública*”⁵⁹⁸, pudiendo optarse por una concepción orgánica o institucional o por una funcional⁵⁹⁹. La primera –*concepción orgánica o institucional*–, que ha sido la defendida por los Estados miembros debido a su amplitud, supone entender

⁵⁹⁵ STJUE 12/2/1974 C-152/73 Asunto Sotgiu.

⁵⁹⁶ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.178.

⁵⁹⁷ FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre circulación de los empleados públicos”, *Revista Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2003, pág.39.

⁵⁹⁸GARCÍA REY, M.L.: “Los empleos en la Administración...op.cit., pág.109, recuerda que aun siendo cierto que “*la Administración personifica el poder del Estado, asume el servicio objetivo de los intereses generales*” y para ello actúa a través del Derecho Público, también recurre al Derecho Privado. Hay servicios públicos que no son prestados por las Administraciones y hay actividades que desarrolla la Administración que no son ejercicio de funciones públicas. Los Estados gozan de libertad para elaborar su propia definición y organización de la Administración, de los empleados públicos y los requisitos que han de exigir a los mismos.

⁵⁹⁹ FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre...op.cit.,pág.38 y ss, resume como el TJUE inicialmente apostó por una interpretación estricta en la década de 1970; en la de 1980 por una definición funcional “*incluyendo exclusivamente actividades típicas de la Administración, caracterizadas por una participación directa o indirecta, bien en el ejercicio de potestades públicas, bien en funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas*”. Y en la de 1990 se centra en sectores de actividad. En los 2000, se adopta una definición funcional del concepto Administración – fijándose en la naturaleza de las funciones-, en un primer momento por sectores y posteriormente se entiende que la libre circulación de trabajadores no depende e ningún sector específico, solo está relacionada con el puesto; por tanto sólo se pueden distinguir dos categorías de puestos: los que implican el ejercicio del poder público y la responsabilidad de proteger el interés del Estado y todos los demás.

que la Administración Pública es una institución y que son empleos públicos todos los que se prestan para la misma, siendo lo determinante la naturaleza del empleador⁶⁰⁰. Así se incluirían los empleos para la Administración de Estado, las Administraciones regionales o cualesquiera entidades que presentan una intervención estatal, incluyendo las empresas públicas regidas por el Derecho Privado⁶⁰¹. Luego el número de empleos excepcionados del principio de libertad de circulación sería más o menos amplio dependiendo de qué considerasen incluido los diferentes Estados miembros en el concepto “*Administración Pública*”⁶⁰².

En cambio, la *concepción funcional*, la favorita de las instituciones comunitarias, se fija en la naturaleza de las funciones realizadas por la Administración Pública. En este sentido, el TJUE, subrayando el carácter fundamental de este precepto y reconociendo su aplicabilidad directa, en una interpretación restrictiva de dicha excepción, ha señalado que los empleos a los que se refiere esa excepción son aquellos relacionados con actividades específicas de la Administración Pública, es decir, en los casos en los que esta última aparece investida del ejercicio del poder público y de la responsabilidad de salvaguardar los intereses generales del Estado. Sólo las actividades específicas de las Administraciones Públicas pueden reservarse a los nacionales de ese Estado miembro – consecución intereses generales y ejercicio autoridad -.

De esta suerte el TJUE⁶⁰³ entiende por empleo en la Administración Pública un conjunto de empleos en los que se produzca una *participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público*⁶⁰⁴ y en las *funciones que tienen por objeto la salvaguardia de*

⁶⁰⁰ Para esta concepción, como resume GARCÍA REY, M.L.: “Los empleos...op.cit.,pág.106, “*la Administración Pública de cada Estado, junto con su personal, forman una unidad indisoluble*”.

Vid por ejemplo, el caso de enfermeros y enfermeras de hospitales públicos, en la SSTJUE 3/6/1986 C-374/04 Asunto Comisión vs Francia y 2/7/1996 C-473/93 Asunto Comisión vs. Luxemburgo.

⁶⁰¹ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.* pág.181

⁶⁰² FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre...op.cit.,pág.40. Vid STJUE 2/7/1996 C-473/93 Asunto Comisión vs Luxemburgo: El concepto de Administración pública, a los efectos de la excepción del principio de libre circulación, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la Comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discreción de los Estados miembros.

⁶⁰³Vid STJUE 12/2/1974 C-152/73 Asunto Sotgiu. O También en la ya mencionada STJUE 3/6/1986 C-374/04 Asunto Comisión vs Francia en la que la excepción sólo se aplica a los empleos que tienen una relación directa con las actividades específicas de la Administración y en la medida en que ésta tiene conferido el ejercicio de la potestad pública y la responsabilidad de la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

⁶⁰⁴ Para el TJUE “*implica el ejercicio de facultades decisorias que exceden del ámbito del Derecho común y que se traducen en la capacidad de actuar con independencia de la voluntad de otros sujetos o incluso contra la voluntad de los mismos*”, vid FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre...op.cit., pág.44, señala que consistiría en el “*poder de elaborar actos que se impongan unilateralmente al ciudadano o de ejecutarlos contra su voluntad, llegado el caso bajo pena de sanciones (ej.potestad reglamentaria, disciplinaria,...)* El TJUE asume el criterio del ejercicio de potestades públicas para distinguir entre

*los intereses generales del Estado y de las demás colectividades públicas*⁶⁰⁵ y que suponen la existencia de una relación particular de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad. Los empleos excluidos son únicamente aquellos que, habida cuenta de las tareas y responsabilidades que les son inherentes, pueden tener las características de las actividades específicas de la Administración en los ámbitos antes descritos. En cambio, no se aplica a los empleos que, a pesar de depender del Estado o de otros organismos públicos, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración Pública propiamente dicha⁶⁰⁶.

Por esta razón, el criterio de aplicabilidad debe ser funcional y tener en cuenta la naturaleza de las tareas y de las responsabilidades propias del puesto de trabajo, a fin de evitar que el efecto útil y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitadas por interpretaciones del concepto de Administración Pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional, que obstaculizarían la aplicación de la normativa comunitaria⁶⁰⁷.

Este criterio pese a ser más restrictivo que el orgánico o institucional, resulta ser excesivamente genérico lo que obliga al TJUE a efectuar una valoración caso por caso⁶⁰⁸ para comprobar si se produce una participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de intereses generales. Es por ello que, para tratar de orientar la aplicación de este precepto, y siempre desde una perspectiva restrictiva, la Comisión elabora la *Comunicación 88/C72/02, sobre la aplicación el art.39.4 TCE* –

funciones de autoridad- reservadas a los nacionales de los Estados miembros- y funciones de gestión". Además de atender al interés general, es preciso participar, directa y específicamente, en el ejercicio del poder público y además de forma habitual – no siendo bastante, la atribución de una prerrogativa de poder público, es necesario, que dicho titular ejerza efectivamente de forma habitual, directa y específica, tales prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades-. Vid STJUE 10/9/2014 C-270/2013 Asunto Haralambidis. MONTILLA PÉREZ, S.A: “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del empleado público” (12/11/2021) en <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512283> (visitado 12/2/2023).

⁶⁰⁵ Hay que interpretarlas de forma restrictiva debiendo limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales– Fuerzas Armadas, Policía, Magistratura, Diplomacia, Bancos centrales,...,vid STJUE 10/9/2014 C-270/2013 Asunto Haralambidis. Lo directamente relacionado con la soberanía nacional, como apunta MONTILLA PÉREZ, S.A: “La reserva funcional...op.cit.

⁶⁰⁶ STJUE 2/7/1996 C-473/93 Asunto Comisión v. Luxemburgo.

⁶⁰⁷ STJUE 3/6/1986 C-307/84 asunto Comisión vs Francia.

⁶⁰⁸ El TJUE no ha establecido un listado de esos empleos sino que los determina casuísticamente.

actual art.45.4 TFUE- *sobre la libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública de los Estados miembros*⁶⁰⁹.

Estarían incluidas en la excepción del actual art.45.4 TFUE las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia. Así como los empleos en los ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate del personal que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona moral de Derecho Público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes.

Pese a la luz arrojada por la Comunicación en relación con la aplicación uniforme y restrictiva de la expresión de la excepción – *“empleos de la Administración Pública”*-, siguen existiendo zonas de claroscuros. Conviene aclarar que la obligatoriedad del requisito de nacionalidad no puede imponerse de manera generalizada en estos sectores, sino por puestos de trabajo específicos – *“no todos los puestos de dichos ámbitos implican el ejercicio de la autoridad pública y la responsabilidad de proteger los intereses generales, como es el caso de las tareas administrativas, el asesoramiento técnico o el mantenimiento”*⁶¹⁰-. Y es que, como admite la doctrina, hay que analizar caso por caso, porque aún en estos sectores o ámbitos de actividad incluidos en la excepción habrá que diferenciar si las funciones que se llevan a cabo implican el ejercicio de potestades públicas y la responsabilidad de salvaguardar el interés general del Estado de otras funciones, de otras funciones específicas, que aún dentro de estos sectores o ámbitos, no

⁶⁰⁹ Como parte del esfuerzo destinado a fomentar la libre circulación de trabajadores, pretende garantizar dicha libertad a los ciudadanos de la UE para los empleos que forman parte de la Administración de los Estados miembros, que no pueden beneficiarse de la excepción a la libre circulación de los trabajadores. Por ello, decide emprender una acción sistemática para eliminar las restricciones por razón de nacionalidad que impiden en los Estados miembros que los trabajadores de los otros Estados miembros tengan acceso a los empleos en algunos sectores públicos concretos. La falta de definición del concepto *“empleos en la Administración Pública”* por el Derecho europeo supone una remisión a los Estados miembros para que integren tal concepto, sin embargo, ello podría llevar a interpretaciones amplísimas que limitarían muchísimo este principio basal del Derecho Social comunitario. Por ello la Comisión elabora la Comunicación 88/72/02 que recoge la doctrina del TJUE en relación con esta excepción del art.45.4 TFUE, vid PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 13ª ed, 202, pág.287.

⁶¹⁰ FUENTETAJA PASTOR, J.A.: *“La libre...op.cit.,pág.43.*

impliquen ejercicio de autoridad pública o protección de los intereses generales. Estas últimas no podrán quedar limitadas a los nacionales del Estado miembro⁶¹¹.

Por el contrario, la Comisión considera que las tareas y responsabilidades características de los empleos que forman parte de algunas estructuras nacionales parecen estar en general suficientemente alejadas de las actividades específicas de la Administración Pública, tal como han sido definidas por el TJUE, de manera que solo muy excepcionalmente pueden quedar incluidas en la excepción. En este sentido, la Comisión piensa en los siguientes sectores: organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de gas o electricidad, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, organismos de radiotelevisión) –servicios públicos de carácter comercial en los que debe potenciarse la libre circulación-; servicios operativos de salud pública; enseñanza en los centros de enseñanza públicos; investigación civil en los establecimientos públicos⁶¹². Efectivamente, para cada una de estas actividades se comprueba que o existe también en el sector privado, en cuyo caso no se aplica la excepción, o puede ser ejercida en el sector público fuera de los requisitos de nacionalidad.

En cualquier caso, los Estados miembros podrán demostrar que para un empleo concreto, y en contra de las previsiones normales, existe una relación con las actividades específicas de la Administración Pública y, en este caso, mantener el requisito de la nacionalidad para el acceso al mismo, con el control del TJUE. Sin embargo, no deja de resultar difícil concretar qué entender por actividad típica o específica de la Administración Pública, dado que la actividad de los poderes públicos está sometida a continua transformación. En los últimos tiempos asume responsabilidades de tipo económico y social, alejadas de las funciones clásicas - defensa, policía, justicia o finanzas-, caracterizadas por el ejercicio de autoridad pública⁶¹³.

⁶¹¹ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.184.

⁶¹² Recuerda SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho...op.cit.*,pág.134, que “no pueden justificarse discriminaciones por razones de nacionalidad en el acceso a los empleos subalternos de la Administración Pública”. En la STJUE 2/7/1996 C-473/93 Asunto Comisión vs Luxemburgo, se comprobó que en las actividades ejercidas en estos sectores o bien existen también en el sector privado o bien podrían ejercerse en el sector público sin estar sujetas al requisito de nacionalidad. Dichos puestos se hallan lejos de las actividades específicas de la Administración para que se les aplique la excepción del art.45.4 TFUE.

⁶¹³ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.181. La actividad propia o específica de los poderes públicos está sometida a constante transformación y “lo que hoy se entiende propio de los poderes públicos, mañana puede ser asumido por una empresa privada con ánimo de lucro”, como observa FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre...op.cit.”,pág.43.

Puede concluirse que la interpretación dada por la Unión Europea es restrictiva en relación con lo que haya de entenderse por empleos de la Administración Pública, en tanto en cuanto los limita: “*a aquellos puestos que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas*”. En definitiva, tan sólo aquellas *funciones* que implican la participación directa en el ejercicio de las potestades corresponden a funcionarios públicos o, mejor precisado, a funcionarios de autoridad. Fuera de ese núcleo duro de la Administración, señalado por la jurisprudencia comunitaria y nuestra legislación nacional de desarrollo, el resto de funciones, “*inclusive las meramente auxiliares de aquellas o las que consistan en prestación de servicios al público*” podrían ser desempeñadas, indistintamente, por personal laboral o funcionario. Esto es, todas las funciones que implican una participación indirecta en la potestad⁶¹⁴.

Nuestro EBEP recoge en su articulado tanto el contenido de la Comunicación como toda esta Jurisprudencia del TJUE⁶¹⁵, al limitar el requisito de la nacionalidad española a actividades muy concretas de ciertos puestos de funcionarios públicos; el resto podrán ser ocupados por aquellos ciudadanos de la Unión Europea, que habiendo ejercido el derecho a la libertad de circulación, hayan superado un proceso selectivo de acceso al empleo público en España. Así en su art.56.1 EBEP advierte que para poder participar en los procesos selectivos habrá que tener la nacionalidad española sin perjuicio de lo previsto en el art.57 EBEP. En este precepto se dispone que 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 salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas⁶¹⁶ (art.57.1 EBEP). Asimismo, podrán acceder, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados

⁶¹⁴ MONTILLA PÉREZ, S.A: “La reserva funcional...op.cit.

⁶¹⁵Entre sus precedentes, *Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre el acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Comunidad Europea* - que adapta la normativa española a la citada Comunicación de la Comisión- y cuyo desarrollo reglamentario se produjo por RD 808/1995 y después por el RD 547/2001, de 19 de mayo vid RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*pág.184. Sin olvidar el art. 37 *Ley 55/1999, de 29 de diciembre de 1999, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

⁶¹⁶Determinar los empleos públicos excluidos de la libertad de circulación corresponde a los órganos de Gobierno de las Administraciones, vid RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral ...op.cit.*,pág.186.

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 (art.57.2 EBEP). A las anteriores habrá que añadir 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 EBEP). 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 (art.57.5 EBEP).

En el caso del personal laboral, los extranjeros enumerados anteriormente y cuantos tengan residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles (art.57.4 EBEP)⁶¹⁷.

4. Clasificación de los empleados públicos en función de su mayor o menor grado de permanencia en el empleo

No todos los empleados públicos⁶¹⁸, entendiéndose por tales a aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales (art.8.1 EBEP), gozan del derecho a la inamovilidad. El art.14 EBEP, que relaciona una lista de derechos individuales de los que disfrutaban los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, sólo reconoce el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario al funcionario de carrera (art.14 a EBEP).

El derecho a la inamovilidad es condición indispensable para que los funcionarios puedan servir a los ciudadanos y al interés general con calidad (*EM EBEP 2007*). Este derecho, el más singular de los derechos de los funcionarios de carrera, no debe

⁶¹⁷ Lo que no deja de sorprender a PARADA, R. Y FUENTETAJA, J.: *Derecho de la Función Pública*, Thomson Reuters, 2ª ed., 2019, pág.169, ya que “*en manos del personal laboral está también el ejercicio directo o indirecto de funciones públicas*”.

⁶¹⁸ PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, Thomson Aranzadi, 2007, pág.23, señala como notas caracterizadoras de los empleados públicos “*el servicio a una Administración y que se realice en el marco de una relación de trabajo que podrá ser de Derecho Público o Privado, permanente o temporal según las diferentes clases de empleados*”. Por otros vid, DEL REY, S. (Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág.162 y ss; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L., ROCA FERNÁNDEZ CASTANY, M.L.: *Manual...op.cit.* pág. 90 y ss.

contemplarse como un privilegio corporativo, sino concebirse como la garantía más importante de su imparcialidad. En contrapartida, las normas que regulan la función pública establecen especiales obligaciones y responsabilidades para con los ciudadanos, la propia Administración Pública y las necesidades de servicio. Todo ello ha de ser entendido en el contexto de un servicio público que se asienta hoy sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica cultura de lo público, que debe ser compatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad.

El personal laboral y el estatutario disfrutan del derecho a la estabilidad que, como se dirá más adelante, supone una protección significativamente menor frente a la posible pérdida de empleo. Es semejante, en el caso de los empleados públicos laborales a la estabilidad de los trabajadores por cuenta ajena de la empresa privada. Si tuviese que señalarse alguna diferencia entre la estabilidad de unos y otros quizás ésta residiese en la peculiar naturaleza de la persona del empleador que imposibilita o dificulta, de hecho o en la práctica, el recurso a algunas de las causas extintivas que contempla la normativa laboral.

En cuanto al resto de empleados públicos, eventuales, interinos – funcionarios o laborales – o trabajadores indefinidos y temporales de las Administraciones Públicas se caracterizan, tal y como las propias denominaciones de sus contratos indican, por la temporalidad de su relación con su empleador. Por su parte, el personal directivo no constituye un grupo diferenciado del resto de empleados públicos enumerados porque o bien ostenta la condición de funcionario o bien la de laboral, luego le será aplicable lo indicado supra para alguno de estos dos colectivos de empleados públicos (art.13 EBEP).

Los *funcionarios de carrera* son empleados públicos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (art.9 EBEP). Corresponderá exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que las leyes de desarrollo de cada Administración Pública establezcan, el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, como reza el art.9.2 EBEP. Cuando el EBEP haga referencia al personal funcionario

habrá que entender comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud (art.2.4 EBEP).

Por su parte, los *funcionarios interinos* son los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; sustitución transitoria de los titulares; 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 del EBEP y por exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses dentro de un período de doce meses (art.10.1 EBEP). Les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (art.10.5 EBEP), pero no disfrutan de la permanencia y ello es deducible de las propias causas que justifican su empleo, puesto que todas hacen referencia a una necesidad de mano de obra no permanente, y porque su cese se produce, además de por las causas previstas en el art. 63 EBEP, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.3 EBEP).

La eventualidad o no permanencia, caracteriza al *personal eventual*⁶¹⁹ del art. 12 EBEP, al que será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, la normativa de los funcionarios de carrera (art.12.5 EBEP). Entre estas condiciones aplicables al personal eventual, obviamente no resulta de aplicación la inamovilidad en el empleo. Se define en el citado precepto a este colectivo - en situación de precariedad - como el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Se añade que su nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. En el supuesto de cese, no se prevé indemnización. En cierta manera estaríamos hablando de personal no estable, en régimen de privilegiada precariedad que une su destino al cargo que lo designa y a la voluble voluntad de éste -la confianza es costosa de ganar, pero fácil de perder- de mantenerlo en su empleo. La condición de personal eventual no podrá

⁶¹⁹ Para la RAE voz “eventual”, dicho de un trabajador: que no pertenece a la plantilla de una empresa y presta sus servicios de manera provisional. Puede consultarse, FERNANDEZ RAMOS, S.: “Los falsos empleados públicos: el personal eventual”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 34, 2013.

constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna (art.12.4 EBEP). Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP han de determinar los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que dispondrán de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno y su número y condiciones retributivas serán públicas.

En cuanto al *personal laboral*, el art.11 EBEP lo define como aquel 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. Las leyes de función pública que desarrollen el EBEP han de establecer los criterios para determinar los puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por este tipo de personal, respetando siempre lo establecido en el art.9.2 EBEP. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal (art11.1 EBEP)⁶²⁰. Luego el propio EBEP admite la existencia de relaciones laborales dotadas de la nota de estabilidad, de temporalidad y de “estabilidad media”, podría decirse, en el caso de los indefinidos e indefinidos no fijos. El personal laboral fijo goza de estabilidad, que no de inamovilidad, aunque aquélla, como se ha dicho, se encuentre de hecho más garantizada que en el caso del personal de la empresa privada al prestar servicios para un tipo muy particular de empleador.

La referencia en el art.8.2.c EBEP al *personal laboral indefinido* debe interpretarse como hecha a los profesores de religión en centros públicos. Otra interpretación de esta expresión supondría dar cobijo legal a la consecuencia jurídica a una potencial actuación fraudulenta de la Administración Pública como empleador laboral. Frente a la doctrina mayoritaria, se defiende que la Administración, como empresario laboral, “*no puede contratar trabajadores indefinidos, al margen de los procedimientos de selección, salvo en el caso de los profesores de religión*”. En este sentido la Jurisprudencia⁶²¹ se ha manifestado indicando que “*la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la Jurisprudencia, ni crear con carácter general un “tertium genus” entre fijos o temporales. La referencia, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno*

⁶²⁰ Vid por otros, MOLINA NAVARRETE, C.: “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 294, 2007.

⁶²¹ STS 22/7/2013 rec.1380/2012.

a las Cortes, ni en el que el Congreso remitió al Senado, se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que “también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo”. La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica, no son temporales, pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 EBEP...”

La situación del *personal laboral indefinido no fijo* puede considerarse a mitad camino entre la estabilidad y la inestabilidad. Este colectivo, calificado por muchos de “*engendro judicial*” por dar cobertura a lo que en realidad no puede sino considerarse, en numerosos supuestos, un fraude de ley⁶²², no es personal estable porque desconoce el momento en que su contrato finalizará, normalmente por amortización de la plaza que ocupa o por su cobertura regular tras la oportuna convocatoria pública de acceso a la misma.

Personal temporal laboral será aquel con quien la Administración Pública haya celebrado un contrato de trabajo de naturaleza determinada, en cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación laboral.

5. El derecho a la inamovilidad del funcionario como garantía de la objetividad e imparcialidad de la actuación de la Administración Pública.

Varios son los preceptos constitucionales que fundamentan el derecho a la inamovilidad del funcionario público. Preceptos constitucionales que contienen principios muy vinculados entre sí porque constituyen la esencia del quehacer de la Administración Pública como servidora del interés general - igualdad, mérito y capacidad, objetividad, imparcialidad,...- El derecho a la inamovilidad encuentra sostén

⁶²² Por otros muchos vid, CARRATALÁ TERUEL, J.L. Y LABADO SANTIAGO, J.M.: “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *Tribuna Social*, nº 13, 1992; BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social* núm 4/2002, BIB 2002\533; QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La contratación laboral temporal fraudulenta en las Administraciones Públicas y sus consecuencias jurídicas”, *Aranzadi Social*, BIB 2004\419; MOLERO MARAÑON, M.L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales*, nº 2, Tomo I, 2004; PINAZO HERNANDIS, J.: “Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 764/2008; MONTOYA MELGAR, A.: “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Revista Ministerio Trabajo y Economía Social*, nº 93, 2011.

constitucional en el art.23.2 CE, precepto que concreta el principio de igualdad en el ámbito de la función pública, que recoge el derecho fundamental al *acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos* con los requisitos que señalen las leyes. Obviamente no se está reconociendo el derecho de todos los ciudadanos a un cargo o un empleo público⁶²³ sino que cualquiera de ellos, gracias a la publicidad de las convocatorias, pueda concurrir a las pruebas de selección y, siempre que reúna los requisitos de acceso, tras demostrar mayor *mérito y capacidad* que el resto de candidatos, acceder al puesto de trabajo en la Administración Pública. Se garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio. La intención es que, de todos aquellos que deseen acceder al empleo público, sólo los mejores puedan finalmente conseguirlo. Esto es, al reconocer la igualdad como base en el sistema de acceso a la Administración Pública, no cabe tener en cuenta otros requisitos o condicionantes para acceder al mismo que no sean el mérito y la capacidad, tratando de conjurar así, de inicio, el riesgo de parcialidad en la actuación del futuro funcionario⁶²⁴.

El mérito y la capacidad, como ya se ha dicho, no sólo se exigen en el momento de acceso al empleo público sino que han de ser considerados en el momento en el que el funcionario quiera ejercer su derecho a la promoción y debería tenerse en cuenta asimismo cuando se plantee la introducción de medidas de reasignación de efectivos, movilidad forzosa,... Como así lo sostiene reiterada Jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad del art.23.2 CE no sólo se aplica en el momento del acceso a la función pública, sino que se proyecta “*también a todo lo largo de la duración de la relación funcional o asimilada...siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso...*”⁶²⁵.

Además, la Administración Pública encuentra su razón de ser en el servicio con objetividad a los intereses generales (art.103.3 CE). Citando a ARROYO⁶²⁶, “*la objetividad es una regla de comportamiento que debe informar la actuación de los órganos administrativos a la hora de dar satisfacción a los intereses colectivos de la*

⁶²³ En este sentido vid ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Relaciones laborales...op.cit.*,pág.31.

⁶²⁴ Vid SSTC 166/2001 de 16 de julio; 184/1986, de 25 de noviembre; 353/1993, de 29 de noviembre, por todas. ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*, pág.193. Vid también CASTILLO BLANCO, F.A.: “Los sistemas...op.cit.,pág. 165.

⁶²⁵ Vid SSTC 221/2004, de 29 de noviembre y 192/1991, de 14 de octubre.

⁶²⁶ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La prodigalidad...op.cit., pág.109.

colectividad. Ello implica que tales órganos deberán atenerse fielmente a los fines que el ordenamiento atribuye a la potestad concreta que se ejerce y a una exacta ponderación de los hechos y datos que dimanen de la realidad social sobre la que se actúa, los cuales, una vez comprobados y contrastados debidamente, habrán de ser tenidos en cuenta para adoptar las decisiones que en cada caso correspondan”. Para ello precisa que sus recursos humanos, aquellos que proporcionan corporeidad a esta persona jurídica y que le permiten relacionarse y prestar servicios a los ciudadanos, actúen al servicio del interés general con neutralidad e imparcialidad⁶²⁷, imprescindibles siempre y, máxime, cuando se trata de funciones del art.9.2 EBEP.

En realidad el texto constitucional está reiterando o insistiendo en lo que no es sino una misma idea: la Administración Pública ha de actuar con objetividad y ésta no resultará posible a menos que sus empleados actúen con imparcialidad y neutralidad. En otras palabras, la actuación objetiva de la Administración Pública no es otra cosa que la actuación imparcial y neutral de sus empleados. Neutralidad que implica servir al interés general “con independencia de cuál sea la opción política gobernante” y, junto a ella, imparcialidad por la que se ha “de evitar toda actuación que suponga favorecer ilegalmente a personas, organizaciones sociales o grupos privados”⁶²⁸. En definitiva, el empleado público ha de ser independiente en su actuación⁶²⁹. Neutralidad e imparcialidad que hay que vincular a la profesionalidad del empleado público y a unos servicios

⁶²⁷ Para ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág.149, para quien “...una actuación objetiva de los órganos administrativos presupone la existencia de una burocracia profesional que dé cumplimiento a este principio en el seno de la institución administrativa, pues sin ella sería imposible alcanzar el objetivo constitucional de que la actuación sea neutral, al encontrarse los encargados de adoptar las decisiones mediatizados por intereses ajenos a los que deberían informar estrictamente su actuación...” También FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en la función pública: Entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Ediciones Cinca, 2004, pág.28. Para CASTILLO BLANCO, F.A.: “Los sistemas de...op.cit.,pág. 164, “disponer de un buen sistema de selección es un requisito necesario para velar por la profesionalidad, neutralidad y la objetividad de los empleados públicos que constituye, sin lugar a dudas, el principal activo de nuestra Administración”. Para MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.,pág.16, “la inamovilidad no es una garantía subjetiva que grava la eficacia administrativa, sino una conquista de la imparcialidad de la burocracia profesional que queda a cubierto de la discrecionalidad y arbitrariedad del poder político de turno...”.

⁶²⁸ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*, pág.473. VAZQUEZ DE PRADA, V.R.: “El funcionario público: señas de identidad”, *Documentación Administrativa*, nº 189, 1991, pág.203. Para QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La prodigalidad...op.cit.,pág.109, es “garante de la objetividad de la actuación administrativa frente a posibles injerencias arbitrarias del poder político de sus superiores...”

⁶²⁹ Según ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...op.cit.*,pág. 151: “...la CE propone un mandato al legislador para que establezca una serie de garantías para impedir que el ejercicio de las funciones públicas responda a parámetros no neutrales desde el punto de vista administrativo. Se persigue con ello la independencia de los empleados públicos frente a intereses ajenos al propio ejercicio de las funciones públicas,...se intenta aislar al funcionario de todos aquellos intereses que puedan llegar a subvertir la escala de valores administrativos que debe presidir el desempeño del cargo público que ostenta, con la consiguiente pérdida de objetividad de la acción administrativa”

públicos de calidad – “*profesional que hace del servicio al público o de aquellas instituciones públicas que tienen por objeto servir a los intereses públicos, su legitimación existencial*”⁶³⁰-. Profesionalidad que, a su vez, como un pez que se muerde la cola, se garantiza con un sistema de selección objetivo⁶³¹.

El ordenamiento jurídico protege la independencia en la actuación de la Administración a través de herramientas como la responsabilidad penal o administrativa del funcionario, la normativa de incompatibilidades o la inamovilidad, salvo justa causa, en la condición de funcionario.

La inamovilidad en el empleo no puede ser considerada como un privilegio del funcionario público, sino como un instrumento protector y garante de la imparcialidad en la actuación del mismo. Sólo cuando el funcionario tiene garantizada la inamovilidad se encuentra realmente en condiciones para actuar con libertad, sin estar sometido a presiones, y para poder demostrar su competencia técnica y su valía, atendiendo en su actuación únicamente a criterios técnicos y legales, lejos de cualquier otro condicionante – principalmente, político-. Si los empleados públicos se encuentran en situación de precariedad laboral, difícilmente podrá hablarse de imparcialidad de la Administración Pública⁶³².

6. Contenido y límites del derecho a la inamovilidad reconocido al funcionario de carrera.

Como establece el art.62 EBEP, el funcionario de carrera adquiere la condición de tal, una vez que, tras superar el proceso selectivo pertinente, ser nombrado por el órgano o autoridad competente y publicado su nombramiento en el diario oficial correspondiente, acata, en su caso, del Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico, tomando, finalmente, posesión en el plazo que se establezca (art.62 EBEP). En virtud de ese nombramiento legal queda vinculado a una Administración Pública por una relación

⁶³⁰ VAZQUEZ DE PRADA, V.R.: “El funcionario...op.cit.,, pág.191.

⁶³¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. Y LUJÁN ALCARAZ, J. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coord.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, 2008, pág.102.

⁶³² ARROYO YANES, L.M.: *La carrera...*op.cit.,pág.153.

estatutaria regulada por el Derecho Público para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente⁶³³.

Brevemente, puede decirse que, a diferencia del contrato de trabajo, caracterizado por su bilateralismo, la relación estatutaria es unilateral⁶³⁴, esto es, no hay confluencia de voluntades - *“el acto de nombramiento es un acto jurídico unilateral de carácter acontractual, que no constituye la aceptación de un contrato de que derive una situación jurídica subjetiva para aquel – el funcionario se limita a prestar su adhesión a una situación jurídica predeterminada y objetivamente establecida -, sino un acto o condición que le coloca en una situación jurídica descrita en cada momento por las normas que integren su estatuto, es suficiente para perfeccionar la relación de empleo público debiendo además cumplir con el requisito de la toma de posesión del mismo para adquirir la condición de funcionario”*⁶³⁵-.

En la relación estatutaria, los derechos y obligaciones de las partes⁶³⁶ no se rigen por un contrato sino por una regla general o estatuto, que puede contenerse en una norma con rango de ley o reglamento⁶³⁷. La relación estatutaria está regulada por el Derecho

⁶³³ Como recuerda PALOMAR, *El nuevo...op.cit.*, pág.24, *“el nombramiento por la autoridad competente es la habilitación para el ejercicio de la función pública, así se establece una relación de empleo público caracterizada por su configuración estatutaria... y por establecer una relación estable de trabajo”*.

⁶³⁴ Parte de la doctrina, como recuerda MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico...op.cit.*,pág.69 y 70, ha defendido una teoría contractualista sobre la naturaleza de la relación del funcionario con la Administración para la que presta servicio. Opinan que se asemejaría al contrato de arrendamiento de servicios o al mandato. Tanto este autor como RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos*, Comares, 1997, pág.161 y ss, se inclinan por la teoría acontractualista. No es una relación contractual porque no se dan los elementos típicos propios de un contrato, son relaciones estatutarias. En el “régimen estatutario”, como sostiene la STC 99/1987, de 11 de junio, han de entenderse comprendidas la normativa de adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las situaciones en las que ésta puede darse, los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios, su régimen disciplinario,...

⁶³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto...op.cit.*,pág.161 y ss. Recuerda MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, 1995, pág.345, que el estatuto del funcionario establece *“las posiciones jurídicas activas (derechos e intereses) y pasivas (obligaciones y deberes) de los funcionarios en relación a los distintos aspectos y fases temporales de la relación funcional: todo el contenido del Estatuto es la definición de tales posiciones jurídicas desde la doble perspectiva de la relación orgánicas y de la relación de servicio...”*

⁶³⁶ En cuanto al contenido del status funcional vid, entre otros, S SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho...op.cit.*,pág. 683; PARADA, R.: *Derecho Administrativo...op.cit.*,pág. 482 y ss.

⁶³⁷La define MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *“Los derechos no económicos de los funcionarios, en especial, el derecho al cargo”* en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.335, como *“ aquella que se entabla entre los funcionarios y la Administración y cuyo contenido aparece definido unilateralmente a través de una norma jurídica que puede ser modificada por quien tiene atribuida la competencia suficiente para ello... esa acepción material de la relación estatutaria es el resultado de un proceso histórico...los derechos esenciales incluidos hoy en el estatuto de la función pública...son fruto de una larga experiencia que ha mostrado la necesidad de su inclusión, de modo que hoy el sistema estatutario es más apto que el contractual para incluir técnicas, conceptos e instituciones jurídicas que mejor garanticen el correcto funcionamiento de la Administración*

Administrativo, correspondiendo al orden jurisdiccional contencioso administrativo el conocimiento de los conflictos que entre funcionario y Administración empleadora se planteen. Los derechos y deberes del funcionario no son inmutables y se establecen en cada momento temporal por el estatuto que regula su actividad. Esto es, dicho estatuto es modificable por el legislador⁶³⁸, careciendo el funcionario “*de derechos adquiridos sobre el mantenimiento y alteración de la relación estatutaria*” -“*el funcionario sólo podrá alegar como derechos adquiridos el derecho al cargo y los derechos económicos consolidados*”⁶³⁹. Sus condiciones de trabajo pueden variar porque “*...el estatus legal y reglamentario del funcionario está sometido, en cualquier momento, a la posibilidad innovadora de la Administración Pública, que puede limitar así su actuación anterior*”⁶⁴⁰.

La nota más importante de la relación estatutaria, que como se ha dicho sí puede verse modificada en su configuración interna, es su carácter de estable o permanente o inamovible. Luego son modificables los derechos y deberes del funcionario – contenido del estatuto -, por lo que cuando se habla de la inamovilidad de los funcionarios no se está refiriendo a los mismos, sino que se predica de la condición de funcionario o derecho al cargo. MARTÍNEZ DE PISÓN define el derecho al cargo del funcionario de carrera como el derecho “*instituido en su favor por el que se mantiene indefinidamente el vínculo jurídico que le une a una Administración Pública, sin poder ser libremente separado por ésta, y por el cual se le protegen el ejercicio de las funciones inherentes al puesto de*

Pública...” STC 99/1987: “*el art. 103.3 la CE reserva a la Ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o régimen estatutario... ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas,...*”

⁶³⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto...op.cit.* pág.161 y ss.

⁶⁴⁰ PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2009, pág.167. Interesa aquí recordar la polémica surgida en torno a la jubilación forzosa de los funcionarios y que fue resuelta entendiendo que no se produce privación de derechos, sino una alteración del contenido de la relación estatutaria, constitucionalmente admisible. En este sentido, pueden consultarse la STC 99/1987: “*... el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la ley ha de respetar... Pero una cosa es o son esos derechos y otra la pretensión de que aparezcan como inmodificables en su contenido concreto. El funcionario que ingresa al servicio de la Administración se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de Ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando...*”, también STC 108/1986, de 29 de junio; 70/1988, de 19 de abril; SSTS c-advº 1/12/1992, 2/12/1992 rec.3772/1992.

*trabajo que ocupa, del cual tampoco puede ser trasladado libremente por la Administración en tanto dicho puesto subsista, todo ello en aras a garantizar una actuación imparcial en beneficio del interés público*⁶⁴¹ .

Pese a que el art.14.a EBEP reconoce al empleado público, como derecho de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, el derecho al desempeño de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional⁶⁴², en el caso del funcionario, advierte la doctrina que el derecho al cargo – “*derecho al desempeño de un puesto de trabajo y a las funciones y tareas propias del mismo*” – es compatible con la asignación de funciones o tareas distintas a las de su puesto de trabajo cuando las necesidades del servicio lo justifique, conforme recoge el art.73.2 EBEP⁶⁴³. Junto al derecho a la inamovilidad, el art.81.1 EBEP le reconoce el derecho a la movilidad voluntaria.

Como se ha dicho antes, el derecho al cargo o a la inamovilidad en el empleo es un derecho que nuestro ordenamiento reconoce únicamente al funcionario de carrera⁶⁴⁴. Es un derecho de creación legal⁶⁴⁵, no es un derecho absoluto, sino limitado, complejo y renunciabile⁶⁴⁶. La relación estatutaria, este vínculo personal con la Administración Pública – o derecho al cargo -, sigue un ciclo vital y tiene nacimiento en la toma de posesión por parte del funcionario de su puesto de trabajo⁶⁴⁷. A lo largo de su existencia, la relación de servicio o la condición de funcionario de carrera puede atravesar diferentes vicisitudes - “*modificándose el contenido de la relación*”⁶⁴⁸ o no realizando actividad alguna - a las que se denomina situaciones administrativas, recogidas por la normativa

⁶⁴¹ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *Régimen jurídico...op.cit.*, pag. 68.

⁶⁴² En claro paralelismo con el art.4.2.a ET.

⁶⁴³ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho...op.cit.*,pág.673. Vid también GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L. Y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L.: *Manual básico...op.cit.*, Pág.78.

⁶⁴⁴ Señala LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos retos en las Organizaciones Burocráticas*, Thomson Aranzadi, 2007, pág.341, a este derecho, al derecho a la remuneración, como los de mayor importancia para el empleado público.

⁶⁴⁵ PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Comentarios a la...op.cit.*,pág.167.

⁶⁴⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “El nacimiento de...op.cit.,pág.92. ORTEGA ALVAREZ, L. (Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, El consultor de los Ayuntamientos, La Ley, 2007, pág.188, recuerda como la Comisión para el estudio y preparación EBEP lo entiende como un derecho relativo, condicionado a lo que en cada caso dispongan las leyes, en atención no sólo a la estabilidad en el empleo y a la promoción profesional sino también a las necesidades del servicio y a los procesos de reorganización administrativa y a la evaluación del desempeño.

⁶⁴⁷ MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.221. ...op.cit.

⁶⁴⁸ TOSCANI GIMÉNEZ, D. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (dir. Y coord.): *El Estatuto Básico*, pág.851.

vigente. Esto es, se protege al funcionario al mantenerse la relación de servicio e impedir que éste llegue a perder su condición de funcionario de carrera, aunque también pueden ser concebidas como un instrumento más dentro de las facultades de organización y gestión de los recursos humanos por las Administraciones Públicas⁶⁴⁹. Así el funcionario puede encontrarse en situación de servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones, excedencia, suspensión de funciones, entre otras (art.85 y ss EBEP)⁶⁵⁰.

Y la relación de servicio del funcionario de carrera, finalmente, se extingue por una serie de causas tasadas legalmente, en consonancia con su condición de permanente. En primer lugar, el funcionario de carrera puede renunciar voluntariamente a esta condición, como hemos apuntado anteriormente. Y, en segundo lugar, además de por renuncia a la condición de funcionario o jubilación total del mismo – no estando contemplada la jubilación parcial-, la pérdida de la relación de servicio puede producirse por la pérdida de nacionalidad, sanción disciplinaria de separación del servicio de carácter firme, pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme⁶⁵¹, como recoge el art.63 EBEP, siendo posible, en determinadas condiciones, la rehabilitación de la condición de funcionario, como así lo dispone el art.68 EBEP. Causas de extinción de la relación de servicio tasadas por la ley ya que es fundamental que el funcionario de carrera no pueda ser privado de su condición de permanente salvo causa objetiva, razonable y acreditada⁶⁵².

La inamovilidad reconocida al funcionario de carrera – o derecho al cargo – tiene un contenido esencial, que tiene que ver con la inamovilidad relacional sin llegar a comprender las denominadas inamovilidad funcional y la geográfica⁶⁵³. La *inamovilidad relacional o en la condición de funcionario* supone que, salvo imposición de sanción de separación del servicio por comisión de falta muy grave y previo expediente disciplinario

⁶⁴⁹Vid MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág.10.

⁶⁵⁰ Las enumeradas en el EBEP serían situaciones administrativas básicas, permitiendo el propio EBEP la existencia de otras no básicas. Ello se deduce del art. 85.2 EBEP y son la excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público; expectativa de destino; excedencia forzosa (vid art.29 LMRFP).

⁶⁵¹ CAMPOS DAROCA, J.M.: *La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral*, Bosch, 2013, pág.37 y ss.

⁶⁵² MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y...op.cit.*,pág.221. Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad...op.cit.*,pág.29, el derecho al cargo “es una garantía de permanencia del funcionario en su puesto frente a cualquier pretensión de removerle de él o de cambiarle de destino que no tenga una justificación objetiva”.

⁶⁵³ Para MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *Régimen jurídico...op.cit.*,pag. 79 y ss, incluye también la prohibición de inclusión en un Cuerpo distinto, o el derecho a permanecer en servicio activo, ya que sin este último deviene imposible el ejercicio de las “funciones propias de su puesto de trabajo”.

(art.95 y 96 EBEP), el funcionario no puede verse privado de su condición de tal⁶⁵⁴. A diferencia de lo que sucede con el personal laboral, no cabe perder la condición de funcionario por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶⁵⁵. Significa que tiene un vínculo permanente – relación estatutaria – con la Administración Pública a la que pertenece⁶⁵⁶, mas este derecho de inamovilidad no alcanza al derecho a un concreto puesto de trabajo a lo largo de toda la vida de la relación funcional⁶⁵⁷. Así la inamovilidad nunca puede entenderse como absoluta sino como relativa. Si bien, en algún momento se ha equiparado erróneamente con el derecho a la inamovilidad en el puesto de trabajo y, esa interpretación ha podido ser una de las causas que favorecieron el incremento de la contratación laboral, buscando en el Derecho del Trabajo “una mayor flexibilidad y eficiencia que el marco jurídico administrativo no facilitaba”⁶⁵⁸.

De este modo, el derecho al cargo no puede oponerse a la potestad unilateral de organización de la Administración Pública que debe gestionar sus recursos humanos de la manera más eficiente posible⁶⁵⁹. De manera equiparable a lo que sucede en el ámbito de la empresa privada, aunque por motivos bien distintos⁶⁶⁰, la Administración puede verse obligada, en pro del interés general, a tomar decisiones que afecten a la organización de sus recursos humanos para conseguir una mejor distribución de los mismos y un servicio público de mayor eficacia y eficiencia. La adopción de esas medidas de flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, han de ser adoptadas siempre previa motivación y encardinando dicha

⁶⁵⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto...op.cit.*,pág.298 y ss.

⁶⁵⁵ Para ROQUETA BUJ, R.: “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, *AL*, n° 3, 2011, pág.8, podría ser posible “que las Leyes de función pública que desarrollen en el EBEP las contemplen”.

⁶⁵⁶Por otros, ORTEGA ALVAREZ, L. (Dir.): *Estatuto Básico...op.cit.*,pág.186.

⁶⁵⁷ MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit., pág.20, la inamovilidad relativa incluye “el derecho al oficio condicionado por los superiores intereses públicos que imponen en condiciones su traslado, respetando la adscripción genérica al servicio. Se trata de un derecho a la relación de servicio e incluso al desempeño de puestos en una escala determinada dentro de él, y no el derecho a un empleo concreto y en una localidad determinada”.

⁶⁵⁸ Vid PURCALLA BONILLA, M.A. Y RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, R. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P. (dir. Y coord.): *El Estatuto Básico...op.cit.*, pág.784.

⁶⁵⁹STS c-advº 12/3/1990. MOLINA NAVARRETE, C. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (dir. Y coord.): *El Estatuto Básico...op.cit.*,pág.208.

⁶⁶⁰ La empresa privada atraviesa por circunstancias que pueden compelerla a la adopción de medidas de flexibilidad interna y/o externa para mejorar la competitividad, racionalización de sus recursos,...

actuación administrativa en el marco de una planificación, como los planes de empleo⁶⁶¹ o PORH, como se verá páginas abajo.

Hay que recordar, no obstante, que el obligado respeto al derecho al cargo de sus funcionarios de carrera, aún tratándose de un derecho limitado, a su vez supone un límite a las facultades y potestades de organización de la Administración Pública empleadora⁶⁶². Esto es, condiciona el recurso a instrumentos de flexibilidad de salida para hacer frente a situaciones de exceso de personal, lo que hace que la Administración tenga que servirse de fórmulas de flexibilidad interna - “*mecanismos alternativos como amortización de vacantes, jubilaciones incentivadas, movilidad del personal o excedencias...*”⁶⁶³-. Sin detenernos ahora, simplemente quiere indicarse que los art.73.2 y 78 y ss EBEP contemplan diferentes mecanismos de movilidad funcional y/o geográfica, voluntaria y forzosa, inter e intraadministrativa, supuestos básicos que serán desarrollados por las distintas normas de función pública. En su aplicación, debería tratar de conseguirse un equilibrio entre las necesidades de la Administración Pública con el derecho al cargo del funcionario de carrera⁶⁶⁴.

Obviamente, el funcionario de carrera, además de por estos instrumentos ordinarios de ajuste de las condiciones de trabajo, puede verse afectado por mecanismos más excepcionales, normalmente coyunturales, e impuestos por el legislador en un determinado contexto económico. Pueden introducirse también modificaciones en materia de jornada y retribuciones, como así sucedió a raíz de la crisis de 2008⁶⁶⁵, como también se ha expuesto con anterioridad.

⁶⁶¹En opinión de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en...op.cit.*,pág.30, “*son técnicas capaces de degradar el estatuto funcional al suponer una rebaja importante en el grado en que hasta este momento venía garantizándose*”.

⁶⁶² LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Derechos fundamentales...op.cit.*,pág.340. Señalan MOLINA NAVARRETE, C. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coord.): *El Estatuto Básico...*,pág.209, que el derecho al cargo funciona “*como límite modulador de la potestad de autoorganización de la Administración*”.

⁶⁶³ CASTILLO BLANCO, F.A. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coord.): *El Estatuto Básico...op.cit.*,pág.75.

⁶⁶⁴MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad...op.cit.,pág.20. En este sentido, también FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad...op.cit.*,, pág.29. Por otras vid, STS C-Advo 17/5/1993

⁶⁶⁵ Diferentes normas recortan los derechos retributivos y de tiempo de trabajo de los empleados públicos, entre otras medidas, para tratar de cumplir con los compromisos con la estabilidad presupuestaria y la reducción del déficit. Medidas que no se reproducen aquí porque han sido enumeradas en el capítulo I de este trabajo. Del mismo modo, la inamovilidad del funcionario público puede verse afectada por normas como la *Ley 40/2015*, que, como ya se ha dicho, incluye para el sector público estatal un régimen de racionalización a través de transformaciones y fusiones de organismos públicos de la misma naturaleza jurídica, bien mediante su extinción e integración en un nuevo organismo público, o bien mediante su

Por último, repárese en la importancia que cobra la evaluación del desempeño de los empleados públicos, en este sentido⁶⁶⁶. El art.20 EBEP obliga a las Administraciones Públicas a establecer sistemas de evaluación del desempeño a través de procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. La evaluación periódica deberá tenerse en cuenta a efectos de la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias, vinculadas precisamente a la productividad o al rendimiento. Las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio. Luego, como se observa, el resultado de la evaluación puede afectar a la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso depende de la evaluación positiva de su desempeño - resulta inaceptable que se consoliden derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades-.

absorción por otro ya existente. Recoge, también en el ámbito estatal medidas de reestructuración como la disolución, liquidación y extinción de organismos público.

⁶⁶⁶ Mecanismo que novedosamente introduce el EBEP y que, además de favorecer la motivación del empleado público, supone una mejora en materia de gestión de personal, al ganarse en eficiencia y equidad, lo que ha de traducirse tarde o temprano en una mejora de los servicios.

CAPÍTULO 6: La estabilidad en el Derecho del Trabajo

1. La estabilidad en el Derecho del Trabajo y su proyección al empleo público laboral

Probablemente, en ningún otro contrato como en el de trabajo cobre tanta importancia el elemento temporal. A diferencia de los contratos de tracto único, el de trabajo es un contrato de ejecución repetida en el tiempo por lo que, con la celebración del mismo, el trabajador queda obligado a prestar al empresario de manera sucesiva o duradera, no puntual o instantánea, su actividad y éste último normalmente está interesado en recibir de manera continuada esa prestación laboral. Esto es, el contrato de trabajo canaliza esa prestación reiterada de servicios que tiene el carácter de prolongada en el tiempo, aunque su mayor o menor duración puede ser delimitada por las partes celebrando el mismo por tiempo indefinido o, cuando el ordenamiento así lo permita, por tiempo determinado⁶⁶⁷.

Por lo que al trabajador respecta, lo habitual es que busque que la vigencia de su contrato se prolongue *sine die* porque prefiere la continuidad de la prestación laboral, la permanencia en el empleo. Ello se debe a que, en buena medida, vinculará la estabilidad en su trabajo con su estabilidad a nivel personal y al cumplimiento de sus proyectos vitales – medio de subsistencia, formación de un hogar, fundar una familia, relaciones sociales, status quo, ocio,... - y profesionales – promoción y formación profesional-⁶⁶⁸. El trabajador normalmente preferirá el contrato fijo; entenderá que la contratación temporal ha de ser causal; reclamará un régimen extintivo que lo proteja del despido libre y que se arbitren mecanismos de protección ante la situación de pérdida de empleo. Estaríamos ante la proyección social del principio de estabilidad en el empleo⁶⁶⁹.

⁶⁶⁷Vid MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en el empleo y contratación laboral*, IELSS, 1983, pág.17 y 18.

⁶⁶⁸ SCHUJMAN, L.: *El Derecho de la estabilidad en el empleo*, Ediciones Jurídicas Orbir, 1970, pág.35. Para AUER, P Y CAZES, S.: *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad*, Informes OIT, MTAS, 2003, pág.36, no es posible equiparar plenamente estabilidad con seguridad, “*la percepción de seguridad en el empleo depende de más factores que del período de permanencia transcurrido, por ejemplo, del tamaño y de la frecuencia de los despidos, de las consecuencias de los despidos en materia de seguridad de ingresos y del porcentaje de personas que encuentran empleo, así como del desempleo...cuanto mayor sea la tasa de desempleo más inseguras estarán las personas...*” Vid también DEL PESO Y CALVO. C.: “La estabilidad en el empleo”, *Revista Política Social*, nº 70, 1966, pág.184

⁶⁶⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *Documentación Laboral*, nº 58, 1999, pág. 15.

Por el contrario, no siendo siempre cierta la regla de que a mayor estabilidad en el empleo, mayor productividad⁶⁷⁰, el empresario suele preferir las relaciones laborales de duración determinada o, cuando menos, una regulación de su régimen extintivo que le facilite poner fin a las mismas, porque le permiten un ejercicio más abierto del derecho a la libertad de empresa y le posibilitan una mayor flexibilidad y, a la postre, mayor rentabilidad económica⁶⁷¹. La proyección económica de la estabilidad en el empleo hace referencia al temor empresarial de que la inamovilidad de sus trabajadores le impida o le dificulte enfrentarse a sus necesidades productivas y organizativas – *“peligro particularmente grave en un mundo dominado por la competencia empresarial, internacionalización de la economía y el vertiginoso progreso tecnológico”*⁶⁷²-. Ante estas posturas o proyecciones antagónicas, se propone, una legislación destinada no exclusivamente a blindar el empleo del trabajador, sino que además de proteger el empleo, simultáneamente contemple herramientas *“que permitan a las empresas ajustar su mano de obra de modo socialmente responsable”*⁶⁷³.

⁶⁷⁰ AUER, P Y CAZES, S. (Comp.): *La estabilidad...op.cit.*, pág.33 y 34, analizan como no hay consenso entre la existencia de una relación directa entre productividad y estabilidad en el empleo. Por un lado, el empresario podrá recuperar los costes de inversión efectuados en trabajadores especialmente cualificados, sólo si permanece suficiente periodo de tiempo en la empresa y, además, la estabilidad reduce los costes de despido y contratación, favoreciendo la rentabilidad y productividad. Por el contrario, hay quienes creen que la flexibilidad que demanda la globalización de los mercados exige *“velocidad de ajuste ante los cambios necesarios en el número y en la composición de la fuerza de trabajo”* y relacionan el descenso de la productividad con la permanencia en el empleo.

⁶⁷¹ Defiende SCHUJMAN, L.: *El Derecho de...op.cit.*,pág.37, el trabajo permanente y continuo. Para el trabajador *“en cuanto medio de subsistencia, autoestima para la función que cumple en la comunidad, en cuanto a realización de sus aptitudes y fuerzas potenciales”* y para el empresario *“...el desarrollo de las fuerzas productivas hace necesaria la mayor integración y estabilidad del trabajador en la empresa, para que la misma cumpla con eficacia el fin que se propone...”* MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.25, distingue una vertiente individual – *“bienestar individual y de todos aquellos que reciben los frutos o las utilidades del trabajo”*- de una vertiente colectiva – *“equilibrio y bienestar social”* en una sociedad próspera-. También diferencia una proyección social para referirse a la postura del trabajador y otra económica que hace referencia *“ a la legítima pretensión del empresario de poder organizar de la mejor forma posible y a la vez más rentable el factor trabajo en la empresa”*. La proyección social, centrada en la seguridad individual, exige causalidad en la contratación temporal, así como protección frente a las extinciones contractuales injustificadas. Por su parte, a la proyección económica le interesaría conjurar la inamovilidad del trabajador, por su necesidad de flexibilidad en la organización empresarial. No tienen por qué coincidir ambas proyecciones ya que, podrá ocurrir incluso que la estabilidad de la empresa dependa de la inestabilidad del trabajador.

⁶⁷² MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el...op.cit.,pág. 15. Para SAMPER JUAN, J.: “Clasificación profesional objetiva y subjetiva y movilidad funcional” en AA.VV.: *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1997, pág. 37-38, *“la permanencia en el tiempo del contrato de trabajo – propia de los pactos de tracto sucesivo – puede abocar a la larga, si no se flexibiliza su objeto, a una fosilización incompatible con las múltiples y nuevas exigencias que surgen en los avances tecnológicos, la racionalización de la organización empresarial, las reconversiones industriales, las fluctuaciones de la economía,...”*

⁶⁷³Para AUER, P Y CAZES, S.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.53, *“la idea es encontrar una buena combinación de la mejor seguridad en el empleo en las empresas y en el sector público y por otra proporcionar políticas públicas de mercado de trabajo que ofrezcan una movilidad protegida para los*

Esta lectura de la estabilidad en el empleo, desde el punto de vista del enfrentamiento entre los intereses empresariales y de los trabajadores, aun siendo válida en términos generales, podría calificarse de excesivamente simplista. No habrá que perder de vista que, si el empresario quiere la estabilidad de su proyecto empresarial, también luchará por evitar la pérdida o la descapitalización de sus recursos humanos más eficientes. Necesita de la estabilidad de sus empleados “*para dotar a su organización de un equilibrio y eficacia que encuentra en la formación y experiencia profesional de los trabajadores a su servicio*”⁶⁷⁴.

Doctrinalmente se distinguen distintos tipos de estabilidad en función de la menor o mayor amplitud de su contenido⁶⁷⁵. La *estabilidad en el puesto de trabajo* entiende que el trabajador tiene derecho a la permanencia no sólo en la misma empresa sino en su mismo puesto de trabajo; si bien, la apuesta decidida del legislador por la flexibilidad interna ha restado vigencia a esta noción de estabilidad⁶⁷⁶. La *estabilidad en la empresa* tiene que ver con el trabajo por cuenta ajena prestado para una concreta empresa y se identificaría con un vínculo permanente con la empresa, esto es, con el contrato fijo o de duración indefinida. Y la *estabilidad en el trabajo o en la actividad* que pone el acento en la continuidad del estatuto profesional del trabajador, más allá del vínculo laboral con una determinada empresa, ya que comprendería tanto el trabajo por cuenta ajena como

trabajadores apoyando así de forma activa sus necesidades de ajuste”. A juicio de MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.56-58, no siempre resultará sencillo para el ordenamiento laboral, y dependerá de la situación macroeconómica, mantener el equilibrio entre la estabilidad en el empleo y los intereses empresariales. Recuerda además que la aplicación del Derecho del Trabajo ha de resultar económicamente eficiente para el empresario “*so pena de resultar inaplicable*”. Esto es, la defensa del principio de estabilidad en el empleo no ha de resultar incompatible con el ejercicio del poder de dirección del empresario; de otra manera “*puede convertirse así en un lastre pesado y producir el efecto contrario: inestabilidad para quien tiene empleo y también para quien lo busca...*”

⁶⁷⁴No tiene por qué ser un interés exclusivamente del trabajador, aunque puede sacrificarse cuando el empresario precisa ajustar las condiciones laborales por requerimientos del mercado y de supervivencia empresarial, vid MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de funcionarios...op.cit.*, pág. 56-57.

⁶⁷⁵ Para PÉREZ REY, *Estabilidad en el empleo*, Trotta, 2004, pág.22-24, la estabilidad en el puesto de trabajo corresponde a una época ya pasada en la que se habla incluso de propiedad del empleo o de derecho subjetivo al mismo; la estabilidad en la empresa triunfó en un modelo económico industrial ya superado; la estabilidad en el trabajo es la versión actual entre la doctrina científica ante la precariedad cada vez mayor del mercado de trabajo. SCHUJMAN, L.: *El Derecho de...op.cit.*,pág.38, fundamenta la estabilidad en el empleo en el derecho a trabajar, “*deber de la sociedad de proporcionar a sus integrantes una ocupación útil y productiva, que le permita a la vez que procurarse los medios para una subsistencia digna y libre de temores para sí y su familia, la adecuada aplicación de su capacidad creadora y el desarrollo de su personalidad*” y entiende que sea la solidaridad social, a través de las prestaciones por desempleo, la que limite las consecuencias del despido arbitrario.

⁶⁷⁶ En la actualidad, esta visión de la estabilidad parece obsoleta, como recuerda PÉREZ REY, J: “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *Revista Derecho Social*, nº 74, 2016, pág.232, pues con la intensificación de las herramientas de flexibilidad interna el concepto de puesto de trabajo resulta difuminado. Muestra de ello es la desaparición del concepto de categoría profesional, la definición de grupo profesional o el instrumento de la polivalencia funcional.

por cuenta propia además de los períodos formativos en los que el trabajador no realiza actividad laboral alguna. Esta última versión de la estabilidad conectaría con el concepto de flexiseguridad – políticas de empleo, formación y protección del desempleo - puesto que el legislador tiende a ir sustituyendo “*garantías de la continuidad de la relación laboral*” – esto es, reduce la protección del trabajador como parte del contrato de trabajo – a cambio de intensificar las medidas de política de empleo, formación y protección del desempleo, “*distanciándose de la concepción de la estabilidad como un derecho social básico*”⁶⁷⁷.

También se distingue un concepto de estabilidad en sentido estricto y otro amplio. El primero, tiene que ver con la “*constitución y extinción del contrato de trabajo*”; el segundo, además de anhelar la preservación en el tiempo de la relación laboral y dificultar la extinción del contrato, incluiría la defensa de la “*inmutabilidad*” de los derechos del trabajador durante la vigencia de su relación contractual⁶⁷⁸.

Asimismo, se ha diferenciado la estabilidad de la *permanencia* en el empleo. La estabilidad tiene que ver con un contrato de trabajo concreto – conservación del negocio jurídico – por lo que ha de predicarse de trabajadores con contrato en vigor. La permanencia existe cuando se materializa una sucesión de contratos de trabajo con el mismo o distinto empresario⁶⁷⁹.

Si se hablaba de la inamovilidad del funcionario como el hilo conductor del régimen jurídico de los funcionarios, de la estabilidad en el empleo puede decirse que es parte esencial del Derecho del Trabajo puesto que su carácter protector del contratante más débil depende, en buena manera, de la mayor o menor salvaguarda de este principio⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ PÉREZ REY, J: “Derecho a la...op.cit.,, pág.232-233.

⁶⁷⁸ Para MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.,*pág.52, la estabilidad en sentido amplio “*se manifiesta a través de todo precepto dirigido a encauzar y limitar el ejercicio del poder de dirección...tanto en sentido amplio como estricto, no puede ser un obstáculo insalvable o demasiado costoso de evolución de una estructura de producción pues equivaldría a condenar la propia existencia de la misma...*”

⁶⁷⁹ Recuerda así BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en el empleo: Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters, 2011, pág. 31, a BARASSI. Para SCHUJMAN, L.: *El Derecho de...op.cit.,*pág.23, “*la permanencia es el género, y la estabilidad la especie...la estabilidad es garantía jurídica de la permanencia en el empleo*”. Para RIVERO LAMAS, J.: “Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, *Revista Política Social*, nº 70, 1966, pág. 199, la permanencia “*no se identifica con continuidad en la relación de trabajo;...es un concepto organizativo referido a los servicios de cada trabajador en relación con las funciones a desempeñar en la empresa, cuando pueden calificarse, por su regularidad, de necesarios para el funcionamiento de la empresa y la consecución del objeto que ésta se propone; en virtud de tales servicios, quien ostenta la condición de trabajador permanente se vincula a la empresa por tiempo indefinido, aunque el trabajo no sea siempre continuo...*”.

⁶⁸⁰ Por otros vid, MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.,*pág.46. PÉREZ REY, *Estabilidad en...op.cit.,*, pág.21, citando a ALONSO OLEA, M. en la Introducción a la obra de MARTÍNEZ

La estabilidad en el empleo, principio que, entre otras, lleva a cabo funciones informadoras, interpretativas e integradoras del ordenamiento laboral⁶⁸¹, se califica como principio ágrafo del Derecho del Trabajo dado que no cuenta con reconocimiento expreso, ni en la normativa ni en el texto constitucional⁶⁸². Aunque nuestra CE no lo recoja expresamente, el fundamento constitucional de la estabilidad en el empleo se deduce, por la doctrina⁶⁸³ y la Jurisprudencia constitucional - SSTC 22/981, 103/1990, 20/1994 y 192/2003-, básicamente, del derecho al trabajo (art.35.1 CE), pero también del mandato a los poderes públicos de la consecución de una política de pleno empleo (art.40.1) y de la propia existencia del Estado Social de Derecho (art.1 CE). Se entiende que la *“tutela del derecho al trabajo se lleva a cabo a través de la conservación del puesto de trabajo”*⁶⁸⁴. El Tribunal Constitucional interpreta que *“el derecho al trabajo también se materializa en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, a no ser despedidos si no existe justa causa”*⁶⁸⁵. Luego establece una conexión del principio de estabilidad en el empleo con el derecho a no ser despedido sin la observancia de unos requisitos formales

EMPERADOR, R.: *Estabilidad en el...* op.cit.,pág.11, recuerda que en términos generales, se entiende por estabilidad *“una regla de ordenación de la duración de los contratos de trabajo, en virtud de la cual éstos deben durar lo más posible, fijada esta posibilidad por las circunstancias objetivas del trabajo en el que se empeñan los servicios del trabajador”*. Entiende ROMAGNOLI, U.: *“Del derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo”*, *Revista Derecho Social*, nº 2, 1998, pág. 12, que el principio de estabilidad en el empleo, implícito en el ordenamiento laboral, *“que determina la centralidad del contrato indefinido a tiempo completo como fórmula tipo de contratación laboral...”*.

⁶⁸¹Esto es así porque este principio *“precisa el significado o finalidad de las normas escritas que tutelan el trabajo por cuenta ajena”* y, ante diversas interpretaciones posibles de la norma, va a inclinarse por aquella que resulte más favorable para el trabajador. En su función integradora colma las lagunas del ordenamiento laboral, vid MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...* op.cit.,, pág.47.

⁶⁸² El principio de la estabilidad en el empleo surge *“de la interpretación de aquellos principios rectores que con carácter programático informan y conducen la actuación de los poderes públicos en el ámbito de las relaciones laborales, por lo que su alcance y concreción debe llevarse a cabo a partir de la configuración jurídica de la relación de trabajo y concretamente a partir de su duración en el tiempo y de la causalidad que debe presidir su régimen de extinción...”*, en MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...* op.cit.,pág. 45. Apunta también que *“en ningún momento se dice que la relación de trabajo haya de ser estable o permanente...su perdurabilidad en el tiempo no es una característica esencial de la misma, no emergiendo de ésta un derecho del trabajador a conservar su puesto toda su vida laboral o un deber empresarial en tal sentido. Si ello fuese así, la libertad de contratar el esfuerzo humano y la de prestar servicios a cambio de una remuneración se vería mediatizada y la institución del contrato dejaría de ser forzosamente la principal fuente de regulación del trabajo prestado por cuenta ajena...”*

⁶⁸³ Entre otros vid PÉREZ REY, J: *“Derecho a la...”* op.cit.,pág.235.

⁶⁸⁴ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...* op.cit.,pág.41, pero no deja de ser un principio rector de la política social económica, un principio programático y quizá por ello tiene pacífica convivencia con el derecho constitucional a la libertad de empresa dentro de una economía de mercado del art.38 CE *“que reconoce a los particulares poder crear empresas y actuar libremente en el mercado”*. Podría derivarse también de la cláusula del art.1.1 CE Estado Social y de Derecho.

⁶⁸⁵En la STC 20/1994 se alude a la *“necesidad de reacción adecuada frente al despido o cese, so pena de privar al Derecho del Trabajo de su función tuitiva de compensar las desigualdades entre empresarios y trabajadores...”*

y sin justa causa⁶⁸⁶, que de poco valdría – puesto que la vaciaría de contenido- sin la exigencia de justa causa en la contratación temporal. De la lectura de la Carta Magna coligen que si no es posible un despido sin causa, la estabilidad en el empleo exige que la contratación temporal tenga causa, y de ello deducen una apuesta constitucional por la estabilidad. Y es que “*no hay verdadera estabilidad si no se conjugan los límites a la extinción y a la duración de los contratos de trabajo, aspectos que lejos de permanecer separados, guardan una estrecha relación...*”⁶⁸⁷.

Esta identificación de la estabilidad en el empleo con la causalidad,- entre otras por la STC 22/1981-, lleva a entender que instrumentos propios del Derecho del Trabajo surgidos para garantizar el mantenimiento del vínculo contractual -ej.ius variandi, suspensión del contrato de trabajo, nulidad parcial,...-, forman parte del principio de causalidad y por ello se integran en el derecho al trabajo recogido en el art.35 CE⁶⁸⁸.

Asimismo, el disfrute de otros derechos que sí cuentan con reconocimiento expreso en la Carta Magna, como el derecho a la promoción profesional (art.35.1 CE), no se entiende sin un fundamento constitucional de la estabilidad en el empleo, ya que mal puede hablarse de dicha promoción sin continuidad en la prestación de servicios.

Por otra parte, se interpreta que el cumplimiento del art.40 CE implica “*la obligación del Estado de prestar atención a todas las iniciativas que tienden a garantizar la empleabilidad del trabajador*”⁶⁸⁹; sin embargo, existe el temor de que la “*realización de una política de pleno empleo*” (art.40.1 CE) pudiera terminar afectando a este principio de la estabilidad, ya que tratándose el empleo de un bien escaso es difícil conciliar su permanencia con su reparto⁶⁹⁰.

Igualmente, el Tribunal Constitucional admite que el derecho individual al trabajo engloba que el principio de estabilidad en el empleo pueda sufrir algunas restricciones

⁶⁸⁶ STC 192/2003, el despido ha de sujetarse a condicionarse al cumplimiento de requisitos de fondo y forma, ello se deriva de las exigencias constitucionales e internacionales.

⁶⁸⁷ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.43-45.

⁶⁸⁸ Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en el...op.cit.*,pág.47-48, la estabilidad protegida por la CE no es la estabilidad en el puesto de trabajo, puesto que empresario y trabajador tienen reconocida la facultad de “*la alteración de lo pactado a lo largo de la duración (pactada) como un mecanismo para garantizar, precisamente, la continuidad*”.

⁶⁸⁹ Fundamentalmente de la lectura de la STC 22/1981. DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de Derecho del Trabajo*, CEF, 2003, pág.288. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*, pág.43 cree está implícitamente presente en los art.9.2, 23.2, 24.2, 28.1 y 2 CE,...

⁶⁹⁰ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*, pág.125; también DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios...op.cit.*pág.297.

por favorecer la creación de empleo para los desempleados – vertiente colectiva del derecho al trabajo- , ahora bien estos sacrificios en favor de la Política de empleo deberán ser proporcionales a su finalidad y susceptibles de control⁶⁹¹.

Además interesa destacar como, gracias al reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva (art.28 y 37 CE), la estabilidad en el empleo no va a depender única y exclusivamente, como sucedía en la intervencionista época anterior, del poder público sino que se convierte en responsabilidad de los agentes sociales⁶⁹².

La existencia o ausencia del principio de estabilidad en el empleo se manifiesta con claridad en dos momentos claves de la relación laboral. En primer lugar, en el momento de celebración del contrato de trabajo, momento en el que puede hablarse de una estabilidad relativa a la duración del vínculo contractual o conservación del contrato de trabajo en el tiempo. Y, en segundo término, en el momento final de la relación laboral, la estabilidad puede referirse a la seguridad que ha de tener el trabajador en que su contrato de trabajo se mantendrá y no será extinguido unilateralmente por el empresario salvo que exista una causa justa⁶⁹³. En este sentido, SCHUMAN define el derecho a la estabilidad en el empleo como “*el derecho del trabajador a conservar éste, durante toda su vida laboral, siempre que no sobrevenga causa de despido*”⁶⁹⁴.

En otras palabras, la estabilidad tiene dos dimensiones, una que se despliega en el momento mismo de la contratación laboral y que tendrá que ver con la mayor o menor posibilidad de elección de la modalidad contractual por los contratantes en función del trabajo a realizar. Y otra es constatable en el momento extintivo, por las mayores o menores dificultades y trabas a la hora de extinguir el contrato de trabajo por el empleador⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.47-48, se refiere a la causalidad de las Políticas de empleo.

⁶⁹² MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,, pág.121. En el mismo sentido, para PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.40, sin estabilidad se es “*un trabajador desigual desde el punto de vista social, propenso a la exclusión y candidato a la siniestralidad laboral...*”

⁶⁹³Este principio, para MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.41, “*sólo parece que pueda discurrir eficazmente a partir de un determinado reconocimiento legal de los dos componentes interrelacionados entre sí: preferencia del legislador por los contratos de trabajo indefinidos y protección de los trabajadores frente al despido injusto o sin causa*”.

⁶⁹⁴Vid SCHUMAN,L.: *El Derecho ...op.cit.*pág.24, que estudia la estabilidad en el Derecho Comparado.

⁶⁹⁵Para MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.22, la estabilidad en el empleo “*tampoco debe suponer un maridaje perpetuo, sino un maridaje estable compatible con un sistema flexible y amplio de causas de disolución*”.

En línea con lo anterior, cabe precisar que la defensa del principio de estabilidad en el empleo, desde esta perspectiva, no implica necesariamente la negación de la existencia de los contratos de duración temporal, sino que la clave reside en limitar y regular con rotundidad los contratos temporales para que éstos se celebren exclusivamente ante aquellas necesidades empresariales que revistan el carácter de coyuntural y no para actividades permanentes de la empresa⁶⁹⁶. Asimismo, el grado de libertad del empresario para acudir a una modalidad contractual u otra revelará la mayor o menor apuesta del ordenamiento social en cuestión por la autonomía de la voluntad y el principio de flexibilidad o por la restricción a la misma y la estabilidad en el empleo. Del mismo modo que, si existe *“una gran flexibilidad para el despido será en cierto modo indiferente la mayor o menor apertura que rija en torno a la posibilidad de celebrar contratos temporales...”*⁶⁹⁷

Siendo esto así, puede concluirse con DE LA VILLA que *“es estable la relación laboral cuando se basa en un contrato indefinido y esa estabilidad solo se garantiza cuando existe una fuerte y eficaz protección frente al despido...por lo que el principio de estabilidad en el empleo hay que estudiarlo tanto en la entrada como a la salida del mercado de trabajo...siendo los valores óptimos en el mercado de trabajo una combinación de estabilidad y flexibilidad”*⁶⁹⁸.

Sin embargo, también puede efectuarse una lectura de este principio desde otra óptica. Se trataría de vincular el origen y la presencia del principio de estabilidad en el contrato de trabajo con el principio de conservación de negocio civil. De uno y otro aspecto se trata a continuación, como preámbulo al análisis de las herramientas de flexibilidad interna que proporciona el Derecho del Trabajo al empresario y posterior estudio de los medios con los que cuenta el empleador laboral Administración Pública para conseguir introducir ajustes en las condiciones laborales de los contratos de los que es parte.

⁶⁹⁶ Citando literalmente a PÉREZ REY, *Estabilidad...op.cit.* pág.21, *“la estabilidad en el empleo representa entonces que la relación laboral debe ajustar su duración a la propia del trabajo que viene a satisfacer, sin que le sea posible poner fin a la misma sin justa causa”*. Advierte MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*, pág. 50-51, de los peligros de una regulación excesivamente protectora o rígida de la estabilidad de los ya empleados. Se puede causar el efecto contrario al pretendido, rehusando el empresario a la creación de nuevos puestos de trabajo.

⁶⁹⁷ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad...op.cit.* pág.19-21.

⁶⁹⁸ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios...op.cit.*, pág.287.

Si el derecho al cargo o a la inamovilidad relativa del funcionario constituye el hilo conductor del régimen jurídico de esta relación estatutaria de prestación de servicios en el empleo público, el principio de estabilidad en el empleo explica el nacimiento y buena parte de la evolución y configuración actual de nuestro Derecho del Trabajo.

Las líneas siguientes comienzan haciendo una breve introducción al principio de conservación de negocio civil, como posible origen del principio de estabilidad en el empleo del Derecho del Trabajo, para después aproximarnos a una descripción del mismo. A continuación, se trata de estudiar la aparición de este principio en nuestro ordenamiento laboral⁶⁹⁹, que se produce tras ir abandonando, progresivamente, las técnicas proporcionadas por el Derecho Común en la regulación de la prestación de servicios por cuenta ajena, voluntaria, dependiente y remunerada. Estudio que finaliza en la actualidad al haberse ido sustituyendo el principio de estabilidad en el empleo por los de flexiseguridad y empleabilidad, de ahí que este sea uno de los motivos por los que se habla de crisis del Derecho del Trabajo o de reprivatización del mismo por el retorno al Derecho Civil o Mercantil – incluso más allá - al que estamos asistiendo.

Finalmente se trata de advertir cómo la crisis de 2008 y las reformas que ésta propicia, tanto en el Derecho del Trabajo como en el Derecho del Empleo Público, acaban afectando al principio de estabilidad en el empleo, así como también al derecho a la inamovilidad en el caso de los funcionarios. Sin embargo, las reformas de 2021 pretenden revertir esta tendencia y retornar a la senda de la estabilidad en el empleo público.

Puede decirse que todas y cada una de las reformas de nuestro ordenamiento laboral, en mayor o menor medida, han acabado influyendo en el principio de la estabilidad (esencia del Derecho del Trabajo) bien porque han estado relacionadas con la temporalidad en la contratación o bien porque han afectado al régimen extintivo del contrato de trabajo. Tal es así que buena parte de la doctrina se plantea si este principio, crucial en el Derecho del Trabajo - entendido como un ordenamiento protector de los derechos de los trabajadores-, aún está vigente hoy en día o se halla en riesgo de desaparición⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*, pág.39 y 41, expone que nuestro ordenamiento laboral no reconoce al trabajador el derecho a mantener su puesto de trabajo durante toda su vida laboral y, por lo tanto, tampoco la obligación del empresario de conservar dicho puesto de trabajo. Lo contrario afectaría seriamente al principio de libertad de contratación y habría que buscar fuentes distintas al contrato de trabajo para regular la prestación de servicios por cuenta ajena.

⁷⁰⁰ Para DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios...op.cit.*, pág.289, “*resulta difícil encontrar un reconocimiento legal explícito de este principio pudiendo alcanzarse la decepcionante conclusión de que en la legislación española nunca se ha garantizado la estabilidad en el empleo, ni*

2. El principio de estabilidad en el empleo: su indisoluble vinculación con el principio de conservación del negocio jurídico.

Buena parte de la doctrina laboralista identifica la estabilidad en el empleo con la fijeza o la condición de indefinido del contrato de trabajo. Es por ello que, ante el aumento de la temporalidad y la facilitación del régimen extintivo del contrato laboral, entiende que se produce una regresión de este principio fundamental del Derecho del Trabajo.

Otros autores sostienen, sin embargo, que la estabilidad en el empleo no puede concebirse si no es enlazada con el principio de conservación del contrato de trabajo⁷⁰¹. Y este principio, con origen en el principio de *favor negotii* del Derecho común de las obligaciones y contratos, resulta de aplicación en los negocios al margen de la duración de los mismos. Las instituciones jurídico laborales que posibilitan el mantenimiento de la relación contractual, pese al surgimiento de situaciones o circunstancias- con origen en la persona del trabajador o del empresario - que podrían poner en riesgo su viabilidad invitando a su extinción, son evidencias de la presencia del principio de estabilidad en el Derecho del Trabajo⁷⁰². Muchos de estos mecanismos forman parte de la denominada flexibilidad interna y, lejos de haber mermado en los últimos años, se han acentuado en las últimas reformas laborales⁷⁰³. Es más, pese al detrimento en la situación contractual del trabajador que su uso supone⁷⁰⁴, el legislador potencia su utilización como peaje necesario para tratar de sortear la amenaza de la creciente destrucción de empleo. Luego

siquiera la estabilidad en la empresa puesto que en todo momento el empresario español ha podido sustituir la readmisión in natura por una compensación económica de mayor o menor cuantía”.

⁷⁰¹ Entre otros, PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.21, habla de la estabilidad en el empleo como principio de continuidad de la relación laboral o de mantenimiento del vínculo. Aunque en realidad forma parte de un entramado más complejo y, citando al profesor RIVERO, concluye que no es sólo la conservación de la relación laboral sino que incluye la limitación de las facultades empresariales.

⁷⁰² Ejemplos de estas instituciones laborales que promueven la conservación del negocio jurídico – “*frente a fuentes de inestabilidad que amenazan su vigencia*” – nulidad parcial (art.9.1 ET); limitación del período de prueba (art.14 ET); *ius variandi* (art.39.2 ET); modificación sustancial (art.23, 37.4-7, 40 y 41 ET, 26 LPRL); transmisión de empresa (art.44 ET); suspensión del contrato de trabajo (art.45-48 bis ET y 26.3y 4 LPRL); tácita reconducción en los contratos de duración determinada (art.49.1.c ET); resolución por imposibilidad objetiva, incumplimiento imputable y excesiva onerosidad (art.49-56 ET); extinción personal del empresario (art.49.1.g y 51.1.3 ET);... vid BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.113.

⁷⁰³ En este sentido la estabilidad se encuentra en fase expansiva para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.111.

⁷⁰⁴ Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.111, “*la inoculación de lo económico en las estructuras medulares de Derecho del Trabajo ha colocado a esta rama del ordenamiento ante una paradoja perversa pues está predeterminado a promover y aplaudir la devaluación del estatuto protector de los trabajadores porque fomenta la competitividad y con ella se garantiza la salvaguarda de la empresa y el empleo...la flexiseguridad está planteando un dilema de naturaleza esencialmente económica: quién debe asumir los costes derivados de la pérdida de empleo y con qué intensidad a fin de aminorar la contingencia del paro a la mínima expresión posible o a la socialmente deseable”.*

surge la paradoja de que el mantenimiento de la estabilidad, entendida como conservación del contrato de trabajo, es posible gracias a los instrumentos que va procurando el propio Derecho del Trabajo y con los que va legitimando, resignadamente, que el trabajador – considerado tradicionalmente, parte débil de este tipo de negocio jurídico- cargue, cada vez en mayor medida, con los riesgos que puedan afectar al devenir de la relación contractual.

A continuación, tratará de fundamentarse la posibilidad de alterar unilateralmente las condiciones del contrato de trabajo con el fin último de favorecer la estabilidad en el empleo, entendida como conservación del negocio jurídico. Partiremos inicialmente de las teorías surgidas del Derecho Civil para llegar posteriormente a estudiar la reacción del Derecho del Trabajo ante este tipo de vicisitudes. La alteración unilateral de las condiciones pactadas en el contrato de trabajo: adaptación de las teorías civiles y explicaciones desde el Derecho del Trabajo.

2.1. El principio *pacta sunt servanda* y el principio de conservación del negocio jurídico ante la alteración sobrevinida de las circunstancias.

En cualquier negocio jurídico las partes contratantes llegan a un acuerdo o pacto⁷⁰⁵ teniendo en cuenta las específicas circunstancias presentes en el determinado momento

⁷⁰⁵ Junto al consentimiento, objeto y causa son los elementos esenciales del contrato. En cuanto al objeto (art. 1261.2º CC), la doctrina civilista entiende que son “*las realidades con entidad material (física o jurídica) ya existentes o creadas por el convenio, sobre las que recae el consentimiento de las partes*” en MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, 4ª ed., 2014, pág. 368. Para CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Editorial Reus, S.A., 10ª ed., Madrid, 1967, pág. 46, es “*el objeto de la obligación de la prestación, o sea el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor, y que tiene derecho a exigirle al acreedor*”. El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada o determinable en cuanto a su especie (art.1273 CC), pudiendo constituir objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras (art.1271 CC). En el caso del contrato de trabajo el objeto es la prestación laboral y ha de ser posible y lícito; no pudiendo ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles (art.1272 CC). SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, 1991, pág. 28, recuerda que, perfeccionado el contrato, “*nace una relación obligacional entre las partes (art.1089 CC) que ha de tener a su vez un objeto: la prestación, consistente en dar, hacer o no hacer algo (art.1088 CC) ...*”

En los contratos onerosos, la causa para cada parte contratante es la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte (art.1274 CC). Para CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*, pág. 424, la causa que ha de existir (art.1275 CC), ha de ser verdadera (art.1276 CC) y ha de ser lícita (art.1275 y 1277 CC), “*es la razón o fin, el porqué de la obligación: responde a la pregunta por qué se debe, así como el objeto responde a qué es lo que se debe...*” Para MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho Civil...op.cit.*, pág. 370 y ss, “*todo derecho a exigir de otro una conducta de prestación ha de tener una razón antecedente, un fundamento que la justifique o sea, una causa...nadie debe o da algo por nada...la causa lo es de la obligación por lo que en cada contrato habrá tantas causas como obligaciones asuma cada parte...en los contratos sinalagmáticos la causa de la obligación que asume cada parte es la asumida o prestada por la otras...en estos contratos existen dos causas, pues se componen de dos obligaciones interdependientes, cada una de las cuales funciona como razón jurídica o causa de la*

temporal en el que éste se celebra (materiales, económicas, personales,...). El acuerdo así celebrado, en principio, satisface a ambas partes porque se entiende que con él se alcanza una posición de equilibrio entre las prestaciones y contraprestaciones de los contratantes, libremente querida o asumida por éstos. En su amplia libertad para celebrar contratos, las partes contratantes de mutuo acuerdo pueden *establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público* (art.1255 CC). Una vez que sujetan esa libertad y la comprometen al cumplimiento de obligaciones, libremente establecidas por ellos, el contrato tiene fuerza de ley para las partes y no cabe la posibilidad de que una de ellas, unilateralmente, deje de cumplir con sus obligaciones (art. 1901 y 1256 CC)⁷⁰⁶. Ello obedece a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica.

Sin embargo, y especialmente tratándose de contratos de ejecución sucesiva y larga duración⁷⁰⁷, no es inusual que las partes incluyan, en el clausulado inicial del contrato, previsiones sobre cómo podría afectar al cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento inicial de contratar⁷⁰⁸.

otra...” Explica que se ha venido requiriendo “*la exigencia continuada de causa*” para poder modificar lo pactado en el contrato ante el surgimiento de circunstancias excepcionales que alteran la equivalencia de las prestaciones tenida en cuenta en el momento de la contratación - a diferencia de lo que sostenía la doctrina civilista tradicional que, ante estos supuestos, entendía que se trataba de un tema de consentimiento (y no de causa), ya que existe una voluntad tácita de las partes de mantener el contrato (*pacta sunt servanda*) mientras se “*mantenga el estado inicial de las cosas*” (*rebus sic stantibus*)-. Sin embargo, en la actualidad, no cabe fundamentar la alteración de lo inicialmente pactado ni en la causa ni en el consentimiento – que sería inicial –, y se justifica en “*la base de la estructura de las obligaciones sinalagmáticas, en la interpretación de la voluntad de las partes con parámetros de equidad*”.

⁷⁰⁶ Como señalan SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, 1991, pág.18, “*en el Común contractual no cabe otra modificación contractual que la bilateral por mutuo acuerdo de las partes*”. Recuerda SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...op.cit.*,pág.29, que las partes han de cumplir el contrato en los términos que pactaron (art.1089 y 1091 CC) resultando inalterable de manera unilateral por una de ellas; no obstante, en base a esa misma autonomía de la voluntad que les llevó a celebrar el contrato (art.1254 CC) pueden, con posterioridad y de común acuerdo, modificarlo (novación).

⁷⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*,pág. 479.

⁷⁰⁸ Vid SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación...op.cit.*,pág.18. Para ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho Privado vol I: Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pág.235. Para DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Civitas, 6ª ed., 2008, pág.1055, la regla del *pacta sunt servanda* – “*o incondicionada fidelidad al contrato*” – implica “*que las partes han debido pensar en las circunstancias que podían afectarlas y, si no lo han hecho, es algo que sólo a ellas se debe imputar. Hay, por consiguiente, un marco de previsión y, por la misma razón, un marco de riesgo. Constituye un riesgo para las partes del contrato un determinado cambio de las circunstancias*”.

Ahora bien, también es posible que la alteración de dichas circunstancias, que las partes supusieron se mantendrían en el tiempo⁷⁰⁹ y que resultaron fundamentales en la celebración del contrato, sea imprevisible y tan significativa⁷¹⁰ que ponga en peligro el equilibrio conseguido por las partes – *“hasta el punto de llegar en ocasiones a destruir el sentido y economía interna del contrato”*⁷¹¹- llegando a afectar a su misma supervivencia. En estas ocasiones, citando literalmente a ROCA SASTRE⁷¹², *“existe el peligro de que lo convenido se coloque en pugna con la circunstancia nueva que rodea a los obligados, en medio de la cual han de dar cumplimiento a sus obligaciones. Si entonces se mantiene la validez incondicionada de la voluntad originaria, tal como se plasmó formalmente, surgirá un divorcio absoluto con respecto a la nueva atmósfera en que la relación se mueve. De aferrarnos a la tesis de que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes que lo conciertan, y que, por tanto, hay que atenerse a su prístino tenor literal, acaso hayamos secado la fuente misma de la institución, sacrificando su vida en aras de una abstracción...; además como el equilibrio entre los intereses de ambas partes se ha roto en contra de una, o sea en favor de otra, llegaremos al resultado injusto de que un contratante queda agraviado por ese cambio de circunstancias en la misma proporción en que el otro queda beneficiado en el suceso. Y el azar de una alteración de las circunstancias, ajeno por igual a la actuación y a la voluntad de las partes, seguirá, por vía de ficción máxima, interpretándose como efecto querido por ellas, dimanado de su concorde voluntad...”*

El desequilibrio contractual supondrá que para una de las partes resulte más gravoso el cumplimiento de su prestación y, por lo tanto, que resulte injusto mantener inmutables las condiciones establecidas en el momento de celebración una vez que se han transformado las circunstancias del mismo, y que deba pensarse en una revisión o, en el peor de los casos, la resolución del contrato. No nos estamos refiriendo a cualquier alteración de las circunstancias tenidas en cuenta a la hora de celebrar el contrato de trabajo, esto es, a un riesgo normal y asumible por las partes. La posibilidad excepcional de revisar el contrato exige, como la doctrina civilista⁷¹³ ha señalado, una serie de

⁷⁰⁹Para DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Thomson Civitas, 6ª ed., 2008, pág.1055 y 1056.

⁷¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*, pág. 486.

⁷¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho Civil...op.cit.*, pág.469

⁷¹² Vid ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*, pág.234-235, citando a PÉREZ SERRANO.

⁷¹³ Siguiendo aquí a CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*, pág.486 y ss, la necesaria reciprocidad desaparece *“...cuando por consecuencia de las alteraciones esenciales de la situación económica la prestación de una de las partes se hubiera convertido, desde el punto de vista económico, en*

condiciones específicas a la alteración de las circunstancias. Ha de tratarse de un contrato de tracto sucesivo- que prolonga en el tiempo su ejecución- y no tratarse de un contrato aleatorio. No ha de existir dolo en la actuación de ninguno de los contratantes. La alteración de las circunstancias, que no existe en el momento de la celebración del contrato, sobreviene en un momento posterior y debe permanecer en el tiempo. No ha de haber sido prevista ni ser previsible para las partes y ha de colocar al deudor en una situación de extrema dificultad para el cumplimiento de su obligación, pues aun cuando el cumplimiento de la misma no es imposible para éste, le resulta muy oneroso o gravoso⁷¹⁴.

De reunirse todas estas condiciones, es posible, aunque se admite de manera restringida⁷¹⁵, excepcionar el principio de inalterabilidad del contrato – *pacta sunt servanda o incondicionada fidelidad al contrato* -, necesario para garantizar la seguridad jurídica, resolviendo o modificando dichos contratos⁷¹⁶. El Derecho Común, guiado por el principio de conservación del negocio jurídico, ofrece soluciones para tratar de restaurar el equilibrio de las obligaciones de las partes – se deja a un lado la opción de la extinción contractual, como respuesta ante este desequilibrio contractual-. Con CASTÁN pueden identificarse tres tipos de remedios ante estas situaciones de ruptura del equilibrio contractual: legales, contractuales y judiciales.

En ocasiones, con la publicación de normas de aplicación general se intenta proporcionar remedio ante un cambio brusco y generalizado de las circunstancias sociales o económicas⁷¹⁷. Remedios que, a diferencia del Derecho Civil⁷¹⁸, el Derecho del Trabajo contempla con generosidad quizás, por la extremada sensibilidad del contrato de trabajo a la influencia de las alteraciones económicas⁷¹⁹.

otra completamente distinta de la que originariamente pensaron y quisieron las partes”. A diferencia de lo que sucede con los contratos aleatorios, “*el riesgo no es el motivo determinante del contrato*”.

⁷¹⁴ Para ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de...op.cit.*, pág.235.

⁷¹⁵Entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...op.cit.*,pág. 486, recuerda como RIPERT advierte de la “*cautela con que ha de ser admitida la posibilidad de revisión de los contratos.*”

⁷¹⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, *Revista Española Derecho del Trabajo*, nº 96, 1999, pág.519 y ss.

⁷¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*,pág. 480.

⁷¹⁸Estudia DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...op.cit.*,pág.1057, como nuestro CC, y otros textos legales coetáneos no prestan atención a las actuaciones de los contratantes ante un cambio sustancial de las circunstancias iniciales en las que se celebró el contrato. Quizás ello obedezca al hecho de que no se entendía necesario dado que, el siglo XIX, fue un período con mucha mayor estabilidad que nuestra época actual caracterizada por el cambio constante -político, social, económico, tecnológico,...-

⁷¹⁹ DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...op.cit.*,pág.1055, se refiere a la preocupación de la doctrina ante la cambiante coyuntura económica, escasamente estable.

Los remedios pueden tener también origen contractual⁷²⁰. Las partes en el mismo momento de la contratación, han podido prever cómo actuar ante la alteración de las circunstancias. De no haberlo previsto o de resultar la alteración de la circunstancia imprevisible, las partes- que por libre voluntad han celebrado el contrato y que están obligadas a cumplir sus compromisos-⁷²¹, en aras de la seguridad jurídica, únicamente con un nuevo mutuo acuerdo que no perjudique a tercero, podrán bilateralmente modificar o revisar las cláusulas o pactos incluidos en el contrato por ellas celebrado⁷²² (art.1203 CC). Nos encontraríamos ante el instituto de la novación – “*extinción de una obligación mediante la creación de una nueva destinada a reemplazarla*”⁷²³ -.

No existiendo norma aplicable, ni acuerdo de voluntades para novar el contenido contractual, resta el recurso a los Tribunales como vía o remedio para soslayar la vigorosa regla del *pacta sunt servanda* (art.1091 y 1258 CC). Las partes pueden intentar, dado el desenvolvimiento de las circunstancias, ejercitar una acción para que el juez falle y declare “*la cesación absoluta y total de sus efectos y/o la modificación o revisión del contrato*”⁷²⁴. En estos casos la argumentación jurídica tiene que recurrir a alguna de las elaboraciones teóricas surgidas⁷²⁵ para dar explicación a la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato pactadas ante una alteración sobrevenida de las circunstancias tomadas en cuenta en el momento de la contratación, que convierte en excesivamente onerosa el mantenimiento en el cumplimiento de sus obligaciones por una de las partes contratantes.

Distintas han sido las construcciones de la doctrina civilista que tratan de dar fundamento jurídico a estas facultades de resolución o revisión, y que tratan de justificar las excepciones a la regla *pacta sunt servanda*. Centraremos nuestra atención en aquellas soluciones doctrinales más relevantes, que permitan la opción de incorporar a posteriori

⁷²⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...op.cit.*,pág. 480.

⁷²¹ En relación con la fuerza obligatoria del contrato, ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios...op.cit.*, pág.233, reconoce que “*cada cual es libre de obligarse frente a otro; pero una vez que, en uso de semejante libertad, ha quedado alguien obligado a observar determinada conducta o a entregar alguna cosa, queda sometido imperiosamente a la necesidad de comportarse en consonancia con lo estipulado. Ha nacido para el obligado una norma individual que, con igual rigor que la norma general, es por completo independiente, una vez perfeccionada, de las voluntades que le han dado nacimiento...*”

⁷²² CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*,pág. 476-479.

⁷²³ Siguiendo a DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...op.cit.*,pág.958 y 965, la novación (art.1156 y 1203-1213 CC) es la herramienta que permite introducir modificaciones en las obligaciones inicialmente pactadas. Se habla de *novación propia o extintiva* cuando extingue la obligación sustituyéndola por otra distinta y de *novación impropia o modificativa* cuando “*se mantiene la relación obligatoria, con la introducción de alguna variación en sus elementos estructurales o en su contenido...*”

⁷²⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*pág. 480.

⁷²⁵ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.115

modificaciones unilateralmente al contrato inicialmente pactado y que, además de permitir conservar su vigencia, traten de reequilibrar las posiciones de las partes, trastocadas con la aparición de la circunstancia⁷²⁶.

Inicialmente es la fórmula *rebus sic stantibus* o teoría de la imprevisión, técnica que se viene admitiendo desde el Derecho Romano⁷²⁷, según la cual “*en todo contrato existe la cláusula tácita de que las partes sólo se consideran obligadas en tanto subsista el statu quo del momento de prestar su consentimiento*”. Luego, si con posterioridad se produjese un cambio muy relevante en las circunstancias de dicho *statu quo*, quedaría justificado que la parte contratante perjudicada intentase resolver o modificar el contrato⁷²⁸. Se entiende que la cláusula es de aplicación muy excepcional y que únicamente puede recurrirse a ella en los casos “*más graves*” de alteración de las circunstancias⁷²⁹.

Posteriormente esta fórmula es replanteada y superada por otras⁷³⁰, siendo las más relevantes, en nuestra opinión, la *teoría de la desaparición de la base del negocio* y la de la *excesiva onerosidad sobrevenida*.

⁷²⁶ Para ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*,pág.236, se ha de mantener el contrato pero las modificaciones introducidas han de resultar equitativas.

⁷²⁷ Aunque en realidad su elaboración corresponde al Derecho Medieval como recuerda CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, ...op.cit.*, pág. 482.

⁷²⁸ ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*,pág.236-240: que defiende la “*posibilidad de alterar los contratos por sobrevenir un cambio de circunstancias que las partes al contratar no previeron*”. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*, pág. 482 y 483, quien recuerda que la utilización de esta cláusula y por tanto la modificación contractual, para la doctrina tradicional, tiene un fundamento subjetivo: la voluntad (consentimiento) de los contratantes.

⁷²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho...op.cit.*,, pág. 471. Recuerda DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho...op.cit.*,pág.1065 que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que es una cláusula peligrosa que debe admitirse sólo cautelosamente (STS 23/4/1991); que no está legalmente reconocida; que dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir puede ser elaborada y admitida por los Tribunales; que se requiere para su admisión una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración y que exista una desproporción exorbitantes, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben todo el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; en cuanto a los efectos se le otorgan solo efectos modificativos del contrato (no resolutorios, rescisorios o extintivos), encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

⁷³⁰Esta teoría comienza a rechazarse por los problemas de inseguridad jurídica que su aplicación planteaba. Por otros, ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*, pág.239-240 critica a esta teoría porque “*se hace decir a las partes lo que en realidad no dijeron,...provoca inestabilidad contractual perturbadora de la seguridad jurídica, ...si se trata de circunstancias cuya subsistencia las partes dan por supuesta al contratar, no hay posibilidad de que sujeten el negocio a dicha cláusula... que precisamente alude a la posibilidad de que no se produzca aquella subsistencia*”. Por su parte, DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil...op.cit.*,pág.1060 y 1061, entiende que “*no puede hablarse en sentido riguroso de una verdadera cláusula. Los efectos jurídicos que la modificación de las circunstancias produce en la relación contractual no tienen su origen ni su fundamento en una voluntad real o presunta de las partes. En otro sentido, ...la formulación de la cláusula rebus sic stantibus es demasiado vaga o inconcreta. Se limita a establecer que los contratos de tracto sucesivo se entienden concertados mientras las cosas continúen así,*

La teoría de la base del negocio razona que puede modificarse el contenido de lo inicialmente pactado si desaparece la base objetiva o subjetiva del negocio. La base objetiva, tiene que ver con “*el conjunto de circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido*”⁷³¹. Esto es, “*las circunstancias básicas del caso concreto, es decir, las actuales o vigentes en el momento de la contratación...tenidas en cuenta en el momento de conclusión del negocio y decisivas para la consecución del fin del mismo*”⁷³². Mientras que el elemento o base subjetiva apuntaría a la existencia de unas circunstancias básicas pensadas por las partes⁷³³, no siendo suficiente “*que cada una, aisladamente tenga su propia representación, sino que debe tratarse de una representación común...han de trascender de la conciencia de cada interesado – en otro caso se trata de algo irrelevante o de motivaciones individuales, sin consecuencias jurídicas – incorporándose al negocio*”⁷³⁴.

Desaparece el elemento objetivo de la base del negocio – y resulta posible introducir modificaciones unilaterales – cuando esas circunstancias “*básicas*” para la celebración del contrato, sufren con posterioridad⁷³⁵ una transformación tan radical o “*sustancial*” que puede decirse que *desaparecen y son sustituidas por otras*⁷³⁶. Esa alteración sustancial de las circunstancias hace desaparecer la base del negocio objetiva porque

pero no puntualiza cuáles son, en rigor, las cosas que deben mantenerse inalterables, ni tampoco cuáles son los efectos de la posible o eventual alteración de tal estado”.

⁷³¹ LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág.225

⁷³² ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*,pág.241. Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Fundamentación dogmática de la “alteración” unilateral del contrato de trabajo”, IUSLabor 1/2015, pág. 9. Para SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...op.cit.*,31-32, son “*circunstancias cuya existencia es necesaria para el mantenimiento del contrato, y en tanto este responda a la mencionada finalidad que le otorga sentido para las partes*”.

⁷³³ LARENZ, K.: *Base del negocio...op.cit.*, pág.223, entiende la base subjetiva del negocio como “*la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos...es aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato*”. En palabras de SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...op.cit.*,pág.31-32.

⁷³⁴ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*,pág.241-242, defiende la idea de que, respecto de la representación de cada parte, la otra ha conocido o podido conocer el carácter básico o decisivo de la circunstancia en el sentido de que de su existencia, subsistencia o aparición depende la existencia misma del negocio. Se habla de una condición tácita o implícitamente aceptada o incorporada al negocio.

⁷³⁵ Si desaparecen antes de celebrarse el contrato se habla de vicio o error de la voluntad ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de...op.cit.*,pág.243. También BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Fundamentación dogmática...op.cit.,pág. 9,

⁷³⁶ ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de...op.cit.*,pág.243. También BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Fundamentación...op.cit., pág. 9.

rompe la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación - “*en tal medida que no puede hablarse racionalmente de una contraprestación*” – y se frustra la finalidad objetiva del contrato, “*expresada en su contenido, cuando haya resultado definitivamente inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible*”⁷³⁷. En otras palabras, “*la alteración ha de ser sustancial – que transforme esencialmente las condiciones de hecho bajo las cuales se celebró el contrato – con el resultado de que la desproporción entre la prestación y contraprestación,...lo haga extraordinariamente oneroso para una de las partes...*”, aunque siga siendo posible el cumplimiento de la prestación⁷³⁸. En cuanto al elemento subjetivo, la desaparición de la base del negocio ha de ser imprevisible por lo que las partes no contaban ni pudieron contar con esa alteración en modo alguno⁷³⁹. En este caso “*si falta o desaparece la base del negocio subjetiva, el contrato o disposición contractual es, por regla general, ineficaz*”⁷⁴⁰.

Citando a LARENZ, “*la transformación de las circunstancias existentes a la conclusión de un contrato tan sólo puede considerarse como desaparición de base del negocio en caso de que: a)ambas partes contratantes hubiesen celebrado el contrato precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya aparición o persistencia era positivamente esperada por las partes (base del negocio subjetiva), b)la subsistencia de esas circunstancias es necesaria objetivamente para que el contrato (en el sentido de las intenciones de ambas contratantes) pueda existir como regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva). Un radical transformación de la situación económica del deudor no justifica sin más la admisión de la desaparición de la base del negocio...*”⁷⁴¹

⁷³⁷ LARENZ, K.: *Base del negocio...op.cit.*,pág.225

⁷³⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...op.cit.*,pág.31-32.

⁷³⁹ Para ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de...op.cit.*,pág.243, “*las partes se han representado, al tiempo de concluir el negocio, la existencia, subsistencia de las circunstancias básicas como algo firme, o sea, que ni siquiera se haya pensado en otra posibilidad, no dudaron de que aquellas circunstancias se mantendrían precisamente por el carácter indudable con que las consideraban*” y en caso de que las partes previeran la posible mutación el negocio se celebró a riesgo y ventura.

⁷⁴⁰Vid LARENZ, K.: *Base del negocio...op.cit.*,pág.225.

⁷⁴¹ LARENZ, K.: *Base del negocio...op.cit.*, pág.223. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil...op.cit.*, pág. 484 enumera los requisitos necesarios que han de concurrir “*para que la circunstancia sea reconocida como base del negocio: que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato; que fuese únicamente la certidumbre respecto a la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivase a la parte, que le atribuía valor, a prescindir de pedir a la otra parte su reconocimiento como condición; y que en el caso de que la inseguridad de la circunstancia se hubiese tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder, procedimiento de buena fe*”. Parte de la doctrina civilista - vid BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “*Fundamentación...op.cit.*,pág. 9, - entiende que esta teoría surge como “*remedio de urgencia con el que llenar el vacío producido en el Derecho alemán por el abandono del sistema causalista del Derecho*

La teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida o del riesgo imprevisible fundamenta la revisión, o en su caso la resolución de un contrato por una de las partes contratantes, en la aparición de acontecimientos o circunstancias, posteriores a la celebración del contrato, totalmente imprevisibles que “hagan su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguno de los contratantes”⁷⁴². Estaríamos, para la doctrina, ante un “defecto funcional de la causa del contrato que se manifiesta en un exceso del alea normal previsto y que somete a una de las partes del contrato a dar demasiado para obtener demasiado poco”⁷⁴³.

Esta teoría tiende a confundirse con la de la imposibilidad objetiva sobrevenida⁷⁴⁴. Una y otra comparten el hecho de que es precisa la aparición de una “circunstancia sobrevenida e inimputable” en la que las partes puedan justificar el incumplimiento de la prestación a la que inicialmente se obligaron - que libere, que exonere a las partes del cumplimiento-. Sin embargo, las separa el dato de que en la imposibilidad objetiva, la prestación inicialmente pactada deviene, temporal o definitivamente, de imposible cumplimiento para alguna de las partes por lo que la única solución posible es la resolución contractual. En cambio, en la excesiva onerosidad, no puede hablarse de imposibilidad dado que, las prestaciones siguen siendo posibles, sin embargo el cumplimiento de las mismas supone para una de las partes- la afectada por la circunstancia sobrevenida e inimputable- una onerosidad o un sacrificio superior al

común” y no resulta de aplicación al Derecho español porque “sus supuestos ya están integrados en el ordenamiento jurídico español”.

⁷⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español...op.cit.*,pág. 485-486.

⁷⁴³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.154. La extrema onerosidad ha de resultar ser algo más que una “mera menor utilidad de la contraprestación”, según SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico...op.cit.*,pág.3. Esta teoría se critica, vid por otros DÍEZ PICAZO, L.:, *Fundamentos de Derecho...op.cit.*, 2008, pág.1062, porque “solo resuelve los supuestos en los que las circunstancias sobrevenidas entrañan una modificación de la proporción o equilibrio entre las prestaciones, pero deja sin resolver aquellos casos en los que es inalcanzable la finalidad objetiva del contrato y, en los cuales, por consiguiente, lo que ocurre es que las prestaciones pierden sentido aunque se mantenga el equilibrio económico entre ellas” (ej caso Mas contra Carsi opción de compra terrenos).

⁷⁴⁴ La imposibilidad objetiva sobrevenida es otra de las construcciones dogmáticas elaboradas para tratar de dar explicación a la posibilidad de sustraerse a lo inicialmente pactado. Esencialmente supone que, tras la celebración del contrato, surge sobrevenidamente una circunstancia que hace imposible para una de las partes dar cumplimiento a lo inicialmente pactado. La imposibilidad afecta al objeto que con la aparición de la circunstancia ha dejado de ser posible (art.1271, 1272, 1182 y 1184 CC)-. Y es objetiva porque ni el concreto deudor ni ningún otro sujeto podrían dar cumplimiento a la misma. La imposibilidad que impide el cumplimiento de la obligación ha de ser imprevisible o inevitable (art.1105 CC). Ha de existir una relación causal entre el incumplimiento y el hecho imposible. El incumplimiento por parte del deudor ha de ser inimputable, vid BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.175 y ss. Y MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho...op.cit.*,pág.194.

previsto en el momento de celebración del negocio jurídico⁷⁴⁵, permitiendo tanto la extinción contractual como la modificación del contrato.

3. La estabilidad como concepto vinculado a la duración y al régimen extintivo del contrato de trabajo. Breve evolución histórica.

La doctrina identifica diferentes etapas en la evolución histórica del principio de la estabilidad en el empleo en nuestro país⁷⁴⁶: una primera, en la que los poderes públicos comienzan a intervenir para proteger al contratante más débil; una segunda, edad de oro de la estabilidad en la que, gracias al estado de la economía y a la intervención de los poderes públicos, el contrato de trabajo casi lo es de por vida y una tercera, en la que las incertidumbres económicas y la radical evolución transformación de la sociedad imponen la temporalidad y la introducción de grandes dosis de flexibilidad en la contratación.

Durante mucho tiempo al trabajo prestado por cuenta ajena le ha faltado la nota de la voluntariedad aunque, sin embargo, está presente la de estabilidad o permanencia. En líneas generales, en la Edad Antigua, el trabajo prestado en penosísimas condiciones y en régimen de esclavitud lo es de por vida, garantizando el amo, propietario del esclavo, al mismo y a su familia, los medios para una mínima subsistencia. Durante la Edad Media, el siervo, que pertenece a la tierra y al señor feudal, desempeña su trabajo en un régimen quasi forzoso. Por su parte, los gremios imponen restricciones a los trabajadores⁷⁴⁷.

La situación cambia radicalmente con el fin del Antiguo Régimen, los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* proclaman, como ya se ha visto, la libertad e igualdad de los hombres ante la ley. Como cualquier otro negocio jurídico, quien quiera contratar la prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente lo debe hacer libre y voluntariamente. La voluntariedad que preside el momento del nacimiento del contrato no abandona a éste durante su desarrollo ni durante su extinción⁷⁴⁸. Como cualquier otro

⁷⁴⁵Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.123, no desaparece ninguno de los elementos esenciales de la obligación, viniendo a ser una simple reacción contra la eficacia del vínculo contractual existente.

⁷⁴⁶ Recuerda MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.53, que “*la protección de la estabilidad a través del Derecho del Trabajo constituye uno de los hilos conductores de su evolución*”. Identifica tres fases: una fase de emergencia, otra de consolidación y una última de descomposición o atemperación.

⁷⁴⁷ Como puede consultarse en cualquier manual de Derecho del Trabajo. Por otros, MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 24ª ed., 2015, pág. 58 y ss; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 36ª ed., 2015, pág.53 y ss. MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.25.

⁷⁴⁸ PÉREZ REY, *Estabilidad...op.cit.*, pág.25.

contrato se rige por el Derecho Común y se prohíbe el vínculo hecho de por vida puesto que se entiende como una limitación a la libertad individual⁷⁴⁹.

La defensa de la igualdad formal y de la libertad individual⁷⁵⁰ se aprecian también en el caso español al considerar nuestro Código Civil de 1889 “*nulo el arrendamiento hecho por toda la vida*” (art.1583 CC). Lo habitual va a ser el vínculo contractual con duración determinada, nunca con carácter perpetuo. Recuérdese ahora que el contrato de arrendamiento de servicios es el contrato por el que tiene lugar, inicialmente, el encauzamiento jurídico de la prestación de servicios voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dependiente. Así, si se celebra un contrato de arrendamiento de servicios con carácter indefinido - esto es, sin fijar un término final del mismo -, se protege la libertad individual introduciendo cláusulas que permitan la resolución unilateral del contrato, por cualquiera de los contratantes, en cualquier momento del transcurso de la relación contractual. En cambio, se necesita justa causa y hay lugar a indemnización en los casos de resolución anticipada de los contratos celebrados por tiempo determinado, lo que conlleva en esta época, que “*la aspiración de estabilidad en el trabajo quede limitada al corto objetivo de períodos de tiempo concretos, sin intuir la posibilidad de vinculaciones permanentes*”⁷⁵¹.

Sin embargo, el reconocimiento legal de la igualdad y libertad de todos los hombres no significa, necesariamente, que la materialización de esos derechos fuese real a la hora de negociar un contrato de trabajo⁷⁵². Se quedaron en un plano meramente formal puesto que la propiedad de los medios de producción residía exclusivamente en una de las partes contratantes y, la parte más débil, tan sólo contaba con su fuerza de trabajo para negociar, en un momento en el que, por si fuera poco, había exceso de mano de obra. Es por ello que, en general, la situación del trabajador en esta época es de inseguridad o inestabilidad en el empleo y se ve agravada con el excedente de mano de obra, propia de la incipiente industrialización. Lo anterior hace muy penosa la condición de vida de los trabajadores

⁷⁴⁹ MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad...op.cit.*, pág.22. Reconoce MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.26, como el avance que supone el reconocimiento jurídico de la libertad de contratación se ve pronto empañada por la inestabilidad en las prestaciones de servicios por cuenta ajena.

⁷⁵⁰Apunta BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.59, “*las relaciones de trabajo deben desarrollarse conforme a los parámetros de igualdad de los contratantes, abstencionismo normativo del Estado y entendimiento directo de los individuos en el mercado sin interferencias colectivas*”.

⁷⁵¹Como advierte MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.23, bajo la influencia, como otros ordenamientos europeos, del Código de Napoleón. En algunos contratos como en el de trabajo de los auxiliares del comerciante, el Código de Comercio proporcionaba un mayor grado de estabilidad.

⁷⁵² Por otros, MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.27.

que dependen, únicamente, de su trabajo para sobrevivir y que se ven expuestos al riesgo de perderlo o de carecer de él, con motivo “*de la crisis económica o el mero capricho empresarial*”. El Derecho Común de la contratación se muestra insuficiente para atender a la singularidad de esta relación contractual ante la desigualdad de las partes contratantes y ante un negocio jurídico en el que el factor temporal se convierte en algo trascendental, ya que va a consistir en el intercambio reiterado y sucesivo de contraprestaciones en el tiempo. Se hace necesario el nacimiento de un Derecho especial, el Derecho del Trabajo que tiene “*como hilo conductor el principio de estabilidad en el empleo*”⁷⁵³.

Y este nacimiento se produce porque, ante tal situación de inseguridad y de absoluta precariedad de la clase trabajadora, los poderes públicos van introduciendo paulatinamente medidas, tratando de equilibrar la desigualdad que *de facto* se produce entre ambas partes contratantes y en favor de la estabilidad de los trabajadores en el empleo que, en principio, afectan a las facultades de resolución del vínculo contractual. Así surge el principio de estabilidad en el empleo, por medio de la articulación de reglas para dificultar la extinción empresarial del contrato (indefinido), salvo que exista justa causa, y manteniendo en cambio, el trabajador, parte débil de la relación, “*intactas las manifestaciones de libertad contractual*”⁷⁵⁴. También se advierte su presencia cuando el legislador apuesta por salvaguardar el vínculo contractual ante determinadas vicisitudes del mismo que podrían considerarse motivos para propiciar su extinción, tales como suspensiones o interrupciones de la prestación, sucesión empresarial,...

Del mismo modo que ha de existir una causa justa para extinguir el contrato de trabajo, el principio de estabilidad en el empleo exige también contar con una causa justa para celebrar un contrato de duración determinada – si no, “*¿qué sentido tendría la restricción de la contratación temporal si la relación laboral indefinida pudiera ponerse*

⁷⁵³ PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.30 y ss. A juicio de, MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de ...op.cit.*,pág.87, “*el incremento de la estabilidad de los que prestan servicios remunerados por cuenta ajena contribuye al surgimiento de un Derecho especial de la contratación: el Derecho del Trabajo*”.

⁷⁵⁴ Hasta la *Ley de Contratos de 1931*, que unifica las causas de despido injustificado sin hacer distinción en razón de la duración del contrato, existen dos tipos de despido. A los contratos de duración indefinida se aplica el despido ordinario que va a ser acausal o *ad nutum*. Y el despido extraordinario se reserva para los contratos temporales y exige justa causa que justifique la resolución, puesto que, de no existir, procede indemnización, vid PÉREZ REY, *Estabilidad...op.cit.*, pág.27 y 28. Como también nos recuerda “*los límites al despido, la idea primigenia de estabilidad, rompen no con el temor a la pérdida de libertad sino con la igualdad formal de las partes del contrato, reconociendo que sólo el trabajador pone en juego su propia libertad y que la iniciativa económica debe conocer límites...en la contratación temporal no se requiere la puesta de límites al poder de denuncia de empresario puesto que, salvo justa causa, la libertad está garantizada a través del término resolutorio...*”

*fin por la mera decisión de la voluntad empresarial?”*⁷⁵⁵-. Poco a poco va calando la regla de que las labores permanentes en el tiempo (“*actividad normal y permanente de la empresa*”) han de ser objeto de contratación indefinida y, al contrario, que sólo cabrá el recurso al contrato temporal cuando el tipo de trabajo a prestar esté limitado temporalmente.

Resultado de la aplicación de todas estas medidas, el ordenamiento, que no efectúa un reconocimiento legal expreso de dicho principio sino hasta la *Ley de Relaciones Laborales de 1976*, deja entrever su preferencia por el contrato indefinido, que ha de ser la regla, frente al temporal, que debe convertirse en excepcional en la contratación. Como sucedió en nuestro entorno europeo, “*la estabilidad se convierte en el principio implícito de todo el ordenamiento laboral determinando la centralidad del contrato indefinido*”⁷⁵⁶.

La fase de auge del principio de estabilidad en el empleo obedece a dos circunstancias. Por un lado, la ya comentada intervención de los poderes públicos; y, por otro, la propicia situación económica de mediados del siglo XX. Con un modelo económico fuertemente industrializado, tras las Guerras mundiales, la estabilidad y el crecimiento económico dan lugar a una etapa dorada de, prácticamente, pleno empleo con contratos mayoritariamente indefinidos y a tiempo completo; y en la que funcionan las políticas keynesianas como remedio de lucha contra el desempleo⁷⁵⁷.

La fase de declive de la estabilidad en el empleo se deriva, asimismo, del cambio de circunstancias económicas tras sucesivas grandes crisis mundiales -inicio de este ciclo negativo que podría situarse en la década de 1970 - y de un cambio radical en el modelo económico⁷⁵⁸. Ahora, con un desempleo masivo y estructural, el contrato indefinido se muestra demasiado rígido ante un tejido empresarial con necesidades siempre cambiantes por lo que los poderes públicos intervienen favoreciendo la flexibilidad en todas sus

⁷⁵⁵ PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.31-34, “*la estabilidad ha de incluir los límites a la autonomía de la voluntad a la hora de rescindir el contrato y de decidir la duración del mismo*”.

⁷⁵⁶ PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*, pág.36.

⁷⁵⁷MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.27. PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.48 y ss, nos habla de una empresa que sigue el modelo taylorista o fordista y que produce en masa; que ofrece contratación fija y dificulta el despido, considerándose el trabajador “*propietario de su empleo*”; y de unos trabajadores sometidos, a cambio, a altas dosis de subordinación. Una época en la que el desempleo se reprime mediante “*políticas keynesianas de apoyo a la demanda: se pasa de la producción en masa al consumo en masa lo que permite hablar de sociedades de pleno empleo...*”

⁷⁵⁸ Crecimiento del sector servicios, generalización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; avance espectacular de los medios de los medios de transporte;...lo que sitúa a las empresas ante un panorama de brutal competitividad en un mundo globalizado. Estas van a necesitar de instrumentos que le permitan un ajuste continuo de su capital económico y humano.

versiones: fomentando la creación de empleo, incluso aunque se trate de empleo temporal; proporcionándole instrumentos de flexibilidad interna y, asimismo, facilitando y abaratando la extinción de la relación laboral. Ante la dificultad de defender la estabilidad en el empleo entendida como defensa del contrato de trabajo indefinido para un determinado empresario, se defiende la estabilidad en el estatuto profesional⁷⁵⁹, como se dijo arriba.

A continuación se repasa, a grandes rasgos, la evolución del reconocimiento de este principio por nuestro ordenamiento laboral⁷⁶⁰ haciendo hincapié en las modificaciones que experimentan ambas manifestaciones del principio: la mayor o menor libertad de elección de la duración del contrato de trabajo y las limitaciones a la autonomía de la voluntad del empresario en el régimen extintivo.

3.1. De los inicios al fin del franquismo

El *Código del Trabajo* de 23 de agosto de 1926, aplicable únicamente al obrero manual, reconoce a las partes la “*libertad para elegir la duración del contrato de trabajo, aunque se inclina por el de duración determinada*”, ya que considera al contrato indefinido próximo “*a la perpetuidad del vínculo*”⁷⁶¹. En consecuencia, da libertad a las partes para resolver unilateralmente el contrato de trabajo indefinido, libertad únicamente “*condicionada a la exigencia de preaviso*”⁷⁶². Hasta los años 30 del siglo pasado, prácticamente sólo existen contratos de duración determinada porque se temía que el contrato indefinido pudiese impedir la libertad de trabajo y “*que con ellos el trabajador acabara vinculado a la empresa de modo no muy distinto a como el antiguo siervo*

⁷⁵⁹ Por otros vid, PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*, pág.53 y ss., apunta a que se produce el tránsito de una época de seguridad a la sociedad del riesgo y de la precariedad laboral, en la que el contrato de trabajo estable no tiene fácil encaje pues no facilita la nueva dinámica empresarial... la estabilidad en el estatuto profesional trataría de “*superar la noción de estabilidad referida a la empresa y sustituirla por una garantía de continuidad en la actividad o estatuto profesional que otorgue seguridad más allá del ámbito de una concreta organización productiva...*”

⁷⁶⁰Estudia MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.30, las diferencias entre el proceso de reconocimiento del derecho a la inamovilidad de los funcionarios y el de la estabilidad en el empleo de los contratados por cuenta ajena. En el primer caso, el proceso iniciado con el *Estatuto de Maura* (1918) y termina con la *LFCE*; en el caso de la prestación de trabajo por cuenta ajena se regula inicialmente por el Derecho privado, para el que es extraño “*la seguridad de permanencia en el empleo de esta forma contratado...porque se opone al principio de libertad de los sujetos contratantes,...la progresiva aceptación de la estabilidad es consecuencia de la ininterrumpida actuación de los poderes públicos en favor de la parte más débil de la relación jurídica*”.

⁷⁶¹ Recuerda MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.67, que el reconocimiento a la estabilidad es poco superior al ofrecido por el CC, e incluso menor que el proporcionado por el Código Mercantil.

⁷⁶² MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.28. La extinción del contrato de duración determinada antes del tiempo pactado exigía causa justa, en MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.67.

quedaba adscrito a la tierra...”. Y es que se viene arrastrando un concepto negativo de la expresión “contrato por tiempo indefinido” puesto que se identifica con la ausencia de término, frente al contrato de duración determinada que se entiende en sentido positivo como aquel que tiene un término explícito⁷⁶³.

La *Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931*⁷⁶⁴, sin llegar a mostrar su preferencia expresa por el contrato indefinido – las partes siguen siendo libres para celebrarlo por tiempo indefinido⁷⁶⁵ o temporal –, establece medidas que van a reforzar el principio de estabilidad en el momento extintivo. Entre otras, prórrogas temporales para los contratos temporales ante la falta de denuncia o la exigencia de causa extintiva cuando el empresario pretenda resolver un contrato indefinido, equiparándose en este sentido con la extinción del contrato temporal⁷⁶⁶. Novedosamente la *Ley de Jurados Mixtos* (1931) impone al empresario que resuelve un contrato indefinido el abono de una indemnización de cuantía tasada por el Estado, por lo que pasa de tener una mera misión reparadora del daño, causado por la extinción contractual, a ser utilizada además para penalizar la destrucción de empleo, con lo que se protege la estabilidad en el empleo⁷⁶⁷. Se dice que en épocas económicamente complicadas para nuestro país, este tipo de medidas se

⁷⁶³Como también sucede con el contrato civil de arrendamiento de servicios o el contrato mercantil de auxiliares del comerciante, vid DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 9, 1980, pág.192-193.

⁷⁶⁴Esta norma ya utiliza el concepto de trabajador, concepto que engloba tanto al manual como al intelectual, pero que excluye al funcionario. Indica BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág. 57, como a partir de la II República tiene lugar un cambio de modelo entendiendo la estabilidad en el empleo como una prioridad social a la que debe atender el Derecho. La estabilidad comienza a considerarse principal elemento vertebrador del Derecho del Trabajo.

⁷⁶⁵ Recuerda MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.30, que “*las razones ideológicas que habían impedido que el contrato por tiempo indefinido generase estabilidad en el empleo ya no subsisten y esta modalidad contractual aparece en el ordenamiento laboral en plano de completa licitud, bajo la idea de total libertad de las partes para acogerse a la misma y con sometimiento a la prohibición de unilaterales resoluciones sin justa causa...*”

⁷⁶⁶ En opinión de MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,68 y 71, se quiere “*garantizar al trabajador por tiempo indefinido su relación del trabajo contra el ejercicio inconsiderado del poder de despido, permaneciendo ilimitada por parte del trabajador la facultad de romper el contrato*”. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.29, recuerda como continuaba prohibida la resolución contractual de los contratos de duración determinada por voluntad unilateral, garantía que no se despliega a los contratos indefinidos. Tal como enumera BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*,pág.73, además de dificultar la flexibilidad externa, se advierten otras manifestaciones del principio de estabilidad: mantener la vigencia del contrato en los casos de nulidad parcial o de sucesión de empresario, aumentan los supuestos suspensivos del contrato de trabajo,...

⁷⁶⁷Esta forma de fijar las indemnizaciones es innovadora puesto que, indica DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en...op.cit, pág.188 y 189, hasta ese momento en los despidos sin causa justa –improcedentes, en la actualidad -, la indemnización se fija sobre períodos de preaviso, intentando suplir “*el salario impagado como consecuencia de una rescisión brusca (sin aviso) del contrato durante un período variable (el preaviso) que se presumía suficiente para que el trabajador se colocase de nuevo*”. La indemnización establecida por la legislación resulta ser de mayor cuantía que la de preaviso y tiene “*carácter sucedáneo a la readmisión, ya que el empresario pagaba únicamente si se negaba a readmitir al trabajador...*”

presentan como alternativa para proteger el empleo existente dada la imposibilidad económica para las arcas públicas de desarrollar un sistema de seguro con el que atender las situaciones de necesidad generadas por el creciente por desempleo⁷⁶⁸.

La *Ley de Contrato de Trabajo de 1944* (en adelante, LCT 1944), aun manteniendo la libertad de las partes, muestra una mayor preferencia por el contrato indefinido. En ausencia de pacto expreso sobre la duración del contrato de trabajo será la mínima establecida por “*las normas legales o reglamentaciones de aplicación, y en su defecto usos y costumbres*” (art.27 LCT 1944); también se establecen prórrogas automáticas ahora por tiempo indefinido, y salvo pacto en contrario, ante la ausencia de denuncia a la llegada del término del contrato temporal (art.76.2 LCT 1944)⁷⁶⁹. Empieza a entenderse que “*las necesidades permanentes de la empresa han de ser atendidas por personal estable y no por personas contratadas bajo una modalidad contractual temporal*” (art.76.1 LCT 1944)⁷⁷⁰. Sin embargo, la doctrina coincide en señalar que la preferencia por el contrato indefinido es el resultado, más que de la LCT 1944, de la aplicación de la normativa sectorial de las reglamentaciones de trabajo, de la labor doctrinal y del Tribunal Central de Trabajo⁷⁷¹. En segundo término, la estabilidad queda reforzada, a través de su vertiente de limitación del régimen extintivo contractual, al restringir el despido básicamente o bien, al incumplimiento grave y culpable del trabajador, o bien al autorizado por la autoridad administrativa de existir causa objetiva que lo justificase⁷⁷². Aunque, tiempo después con el *Decreto de 26 de octubre 1956*, entre otras medidas, se posibilita al empresario el despido improcedente a cambio de una indemnización, si bien

⁷⁶⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en...op.cit.*, pág.77.

⁷⁶⁹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.72. DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en...op.cit.,pág.188. DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.290.

⁷⁷⁰ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad...op.cit.*,pág.73; vid también MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*, pág.34 y 35.

⁷⁷¹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.74 y 75. DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.291, explican cómo las reglamentaciones de trabajo prefieren la contratación indefinida sobre la temporal y lo dispuesto por éstas es tenido en cuenta por la Jurisprudencia de la época que efectúa una interpretación restrictiva del uso de la contratación temporal.

⁷⁷² MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.79 y 80. DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.292 y 293. Además, “*las reglamentaciones incorporan la necesidad de que el despido sea autorizado por el magistrado previa tramitación de un expediente y con la posibilidad de que éste anule el mismo y un sistema especial de indemnización en relación con la antigüedad del trabajador*”. Este sistema no satisface a empresarios ni a trabajadores. No se reconoce indemnización si el trabajador es despedido por causa justa imputable al mismo (art.77 LCT). De haber causa justa no imputable al trabajador, se le abona una indemnización correspondiente al plazo de preaviso. De no existir causa justa puede corresponder al trabajador la opción entre readmisión o indemnización. En despido nulo hay que readmitir al trabajador y abonarle los salarios desde la extinción hasta la readmisión.

se incrementa el coste de la misma (incidente de daños y perjuicios en el caso de no readmisión) por lo que afecta, por tanto, al principio de estabilidad⁷⁷³.

De la legislación de la etapa franquista, se ha dicho que supone una apuesta en favor de la estabilidad en el empleo⁷⁷⁴. Y se ha justificado esta actividad intervencionista en favor del citado principio como medio para compensar, en este modelo paternalista y tutelado de relaciones laborales en el que no tiene espacio la autonomía colectiva, la limitación “*de la libertad dispositiva de la partes contratantes, haciendo que el contrato de trabajo deje de pertenecer definitivamente al ámbito de los contratos privados comunes, para pasar a configurar una modalidad contractual atípica o sui generis, en la que la libertad contratante de los sujetos intervinientes solamente empieza a jugar a partir de los mínimos legales establecidos respecto de su configuración y contenido obligacional...*”⁷⁷⁵.

3.2. Transición y publicación del texto constitucional

Finalizada esta etapa de nuestra historia, con la publicación de la *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales* tiene lugar el mayor reconocimiento del principio de estabilidad en el empleo⁷⁷⁶, ya que expresamente se establece el contrato de trabajo indefinido como regla general. Tanto su EM como su articulado acogen la presunción legal de que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indefinido (art.14), salvo pacto en contrario “*y solo cuando este pacto en contrario encontrara amparo en alguno de los*

⁷⁷³ Con esta normas, se introducen las expresiones despido procedente e improcedente – que sustituyen, desde entonces, a las expresiones despido con y sin causa justa-, como indican DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.293 y 294, se retrocede en el reconocimiento del principio de estabilidad al derogar parte de lo establecido en las reglamentaciones de trabajo, facultando a al despido disciplinario sin tramitación de expediente alguno ni de propuesta al magistrado de trabajo. Compara MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.31, la estabilidad de los funcionarios y trabajadores por cuenta ajena y observa que, en torno a la década de 1950, la intervención de los poderes públicos – “*a través de una férrea tutela administrativa y jurisdiccional a favor del trabajador respecto de la conservación del puesto de trabajo*” – convierte al “*trabajador de esa época cuasi funcionario privado por su supuesta relación de propiedad respecto del puesto de trabajo ocupado...*”

⁷⁷⁴ Opinión exenta de crítica, como observa PÉREZ REY, J.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.51.

⁷⁷⁵ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.81. También para DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*, pág.290, “*la restricción y desaparición de libertades en el ámbito laboral, disfrutando el trabajador de la máxima protección de su continuidad en la empresa y ello a través de la indefinición de la relación laboral y la dificultad del empresario para proceder a la ruptura del vínculo contractual*”.

⁷⁷⁶ Con esta norma, para MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.67, se reconoce al principio de estabilidad en el empleo la condición de configurador de la contratación laboral. Vid también OJEDA AVILÉS, A. : “El final de un principio (la estabilidad en el empleo)” en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980, pág. 467 y ss. PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.61.

*supuestos de contratación temporal excepcionales que contemplaba la misma norma*⁷⁷⁷. Sin embargo, es la propia normativa quien deja resquicios para sortear el citado principio. Así, no obstante contemplarse la contratación temporal como algo excepcional y por ello causal y ajustada a alguno de los cuatro modelos contractuales previstos por la ley – obra o servicio determinados, trabajos eventuales, sustitución de trabajadores fijos y actividades artísticas o deportivas⁷⁷⁸–, se prevé que el Gobierno pueda autorizar otros tipos contractuales temporales para trabajos especiales⁷⁷⁹. En materia de extinción contractual también queda reforzado el principio de estabilidad al modificarse el régimen del despido improcedente, sustituyendo la opción empresarial por la readmisión o la indemnización, por la readmisión obligatoria o *in natura* (art.35)⁷⁸⁰. Llega a pensarse que esta defensa de la estabilidad en el empleo propicia la inamovilidad del trabajador y que el modelo de relaciones laborales que dibuja la *Ley de 1976* se aproxima al definido por RIPERT como una “*relación de propiedad del trabajador con su puesto de trabajo, adscripción del trabajador a la empresa, que lejos de favorecer la estabilidad propicia el efecto contrario: inestabilidad laboral ante situaciones de crisis económica*”⁷⁸¹.

El reconocimiento expreso y legal de este principio no tiene lugar en el mejor momento; se produce en plena crisis económica mundial de la década de los 70 del siglo pasado⁷⁸². La delicada situación económica y política en nuestro país lleva a la firma del *Acuerdo de la Moncloa sobre Programa de Saneamiento y Reforma de la Economía* (25/10/1977), que supone una marcha atrás del principio de estabilidad. Comienza a aceptarse la celebración de contratos temporales para atender a necesidades permanentes

⁷⁷⁷ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.82.; MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en el...op.cit.*,pág.68 y pág.69, apunta como se entiende que “*los trabajos correspondientes a la actividad normal y permanente de la empresa debían ser atendidos necesariamente con trabajadores fijos*”. En el mismo sentido DIÉGUEZ CUERVO G.: “*Estabilidad en...op.cit.*,pág.185, indica que “*en la voluntad de la ley, los contratos por tiempo determinado se ordenan al remedio de las necesidades laborales temporales de las empresa, también las de aquellas empresas de naturaleza transitoria, quedando los por tiempo indefinido para atender las necesidades de carácter permanente.*” Además se presume también la no temporalidad en determinados supuestos -cuando no se respetan los requisitos formales en la contratación temporal o ésta se celebre en fraude de ley (art.15),...

⁷⁷⁸ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.296,

⁷⁷⁹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.84. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad en...op.cit.*,pág.69.

⁷⁸⁰Se responde así, como exponen DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.302 y 303, a la “*reivindicación de la clase trabajadora*” y, salvo algunas excepciones en las que sí se contempla su sustitución por indemnización, la sentencia que declare la improcedencia o nulidad “*ha de ser ejecutada en sus propios términos*” – readmisión más abono salarios tramitación-. Además, debe obligatoriamente instruirse un procedimiento para poder despedir;...

⁷⁸¹Tal como recoge MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.83.

⁷⁸² MONTOYA MELGAR, A.: “*Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones*”, *REDT*, nº 10, 1982, pág. 161.

de la empresa⁷⁸³ y así, con la intención de reactivar la economía y ante el imparable aumento del desempleo, los *RRDD Ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas* y *17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo*, entre otras normas⁷⁸⁴, admiten la contratación temporal sin causa con la finalidad de “favorecer y fomentar la empleabilidad de las capas sociales más desfavorecidas”⁷⁸⁵, dando paso a una nueva etapa en nuestro sistema de relaciones laborales en el que se va a potenciar el principio de flexibilidad⁷⁸⁶. Los poderes públicos, mediante subvenciones o bonificaciones en materia de Seguridad Social, incentivarán como política de empleo la celebración de contratos temporales para fomento del empleo de trabajadores con grandes dificultades para insertarse en el mercado laboral⁷⁸⁷. Lo que en principio parece ser de aplicación coyuntural a colectivos de trabajadores muy específicos - jóvenes y desempleados -, extiende su vigencia, perdiendo la connotación de normativa de emergencia y prolongándose en el tiempo⁷⁸⁸.

El retroceso del principio de estabilidad es más significativo en el régimen de despido, tanto es así que se piensa que “*la nueva regulación del despido, probablemente, es la de menor protección para el trabajador de las realizadas hasta el momento*”. Y es que, por ejemplo, se suprimen requisitos formales bastando la comunicación del cese al trabajador; la readmisión obligatoria por despido improcedente se ve sustituida por una indemnización; o se introduce el despido por causas objetivas – lo que nos equipara a los ordenamientos laborales europeos⁷⁸⁹-.

La *Constitución de 1978*, como se ha dicho, no recoge expresamente el principio de estabilidad en el empleo; sin embargo hace partícipes en la defensa de la estabilidad en el empleo a los agentes sociales⁷⁹⁰.

⁷⁸³ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de “causalidad” en la contratación temporal”, *RMTAS*, nº 33, 2001 Por otros, vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de...op.cit.,pág. 100 y ss.

⁷⁸⁴ Vid OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio...op.cit.,pág. 467 y ss. También MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en...op.cit.,pág.16.

⁷⁸⁵ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.,pág.84 y 85. MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: Estabilidad...op.cit., pág.77.*

⁷⁸⁶ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit, pág.86.*

⁷⁸⁷ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.,pág.296 y 297.*

⁷⁸⁸ DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en el...op.cit.,pág.194, Política de empleo que tendrá reflejo en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (art.15.1.c).

⁷⁸⁹ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit., pág. 303 y 304.*

⁷⁹⁰ Anota MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.,pág.121*, que con la publicación de la CE se inicia una nueva etapa en la que la estabilidad en el empleo no va a ser fruto únicamente de la “*intervención directa del poder legislativo o reglamentario del Estado, sino que con el trascurso del tiempo, será también resultado de la acción conjunta de los agentes sociales que pasarán a intervenir desde sus respectivos intereses profesionales, la regulación del mercado de trabajo...*”

3.3. Del Estatuto de los Trabajadores a la Reforma laboral de 2021

Desde la entrada en vigor de la *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores* hasta la actualidad, las reformas en las normas laborales han sido continuas y en su mayor parte justificadas por la naturaleza misma del Derecho del Trabajo como Derecho de pacto, de canalización de los intereses contrapuestos de empresario y trabajador, y como ordenamiento en continua transformación para ofrecer la respuesta que demandan las necesidades que van surgiendo en cada coyuntura social, política y económica de nuestro país. A muy *grosso modo*, van a darse unas breves pinceladas sobre la evolución de este principio en los últimos cuarenta años.

El *Estatuto de los Trabajadores*⁷⁹¹ intenta hacer realidad el modelo de relaciones laborales que la recién aprobada CE exige⁷⁹², y aún parece creer en la existencia del principio de la estabilidad en el empleo. Como su predecesora, la *Ley de Relaciones Laborales de 1976*, sigue presumiendo *iuris tantum* que el contrato de trabajo celebrado lo es por tiempo indefinido (art.15.1 ET) y así en su articulado mantiene preceptos que favorecen al principio de estabilidad en el empleo⁷⁹³. Además, la contratación temporal, que debe ser excepcional, se mantiene en un número de supuestos tasados⁷⁹⁴ y siempre entendiéndose que obedece a la eventualidad de la actividad empresarial que se trata de atender; de este modo intenta recobrase la máxima trabajo permanente-trabajador fijo. Sin embargo, al mismo tiempo, ante la crisis económica y escudándose en el fomento de empleo, sigue autorizándose al Gobierno para regular la existencia de contratos de trabajo temporales para trabajos estructuralmente permanentes⁷⁹⁵. De este modo, y aunque el ET pudiera parecer continuista con la normativa anterior⁷⁹⁶, la autorización de su art. 17.3 ET comienza a resquebrajar de manera importante el principio de estabilidad en el

⁷⁹¹ *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.*

⁷⁹² Como reconoce MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.225, y ello a pesar de la escasez de trabajo, que lleva a plantear la adecuación del “*marco jurídico laboral con la realidad social*”.

⁷⁹³ Recuerda MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo...op.cit. pág.162 y 163, la presunción de indefinición ante falta de forma escrita o de denuncia al expirar su duración o de alta en la Seguridad Social;...también se desarrollan mecanismos jurídicos que pretenden el mantenimiento del contrato de trabajo ante vicisitudes que podrían afectar a su continuidad (suspensión del contrato de trabajo por enfermedad, maternidad, ejercicio del derecho de huelga o de cargo público, subrogación empresarial...).

⁷⁹⁴ Se admite la contratación temporal por obra o servicio determinados; por eventualidad por circunstancias del mercado, acumulación de tareas, exceso de pedidos o razones de temporada; por sustitución con derecho a reserva de puesto y contrato para trabajos fijos y periódicos en la actividad en la empresa de carácter discontinuo.

⁷⁹⁵ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.157. MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo...op.cit.,pág.166-167, recuerda como el *Acuerdo Nacional sobre Empleo, de 9 de junio de 1981*, encarga al Gobierno la regulación de los diversos tipos de contratación temporal para fomentar la creación de empleo y así éste aprueba los *RRDD 1361, 1362, 1363 y 1364 de 3 de julio de 1981*.

⁷⁹⁶ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo...op.cit.,pág.165

empleo, al considerarse irremediable la sustitución del principio de seguridad de la relación de trabajo por el principio de empleabilidad en favor de ciertos colectivos de trabajadores. La crisis resulta ser muy larga y las medidas de fomento, que deberían haber sido coyunturales, arraigan en nuestro sistema de relaciones laborales por lo que la temporalidad, aunque sea acausal, comienza a generalizarse⁷⁹⁷. Todo se sacrifica por la creación de empleo, con nefastas consecuencias que perduran en el mercado de trabajo muchos años después al generalizarse la contratación temporal⁷⁹⁸.

No obstante, pudiera considerarse que la estabilidad sigue encontrado apoyo en el régimen extintivo del contrato de trabajo porque, por ejemplo, sigue exigiéndose la concurrencia de causa justa para que el empresario pueda unilateralmente rescindir el contrato de trabajo o se mantiene la obligación de indemnizar ante extinciones irregulares⁷⁹⁹,... lo que podría resultar engañoso porque se incorporan medidas que hacen pensar a parte de la doctrina que el ET lleva en sí “*el germen silencioso pero presente del progresivo desmantelamiento de la desestabilización del principio estabilidad en el empleo durante la transición democrática*”⁸⁰⁰. De esta manera se produce un abaratamiento del despido improcedente (art.56 ET)⁸⁰¹.

Las primeras normas del primer Gobierno socialista de nuestra etapa democrática, aunque mantienen el contrato de fomento del empleo, introducen medidas tratando de restringir su uso⁸⁰². Así, la *Ley 32/1984, de 6 de agosto*⁸⁰³, mantiene la presunción *iuris*

⁷⁹⁷ Señala MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.129 y 158, que “*el contrato de trabajo temporal ocupa un lugar preferente en nuestro sistema de relaciones laborales, hasta convertirse casi en la regla general a partir de la entrada en vigor del ET*”. El recurso a la temporalidad que quiere presentarse como medida “*transitoria y excepcional*”- restringida su vigencia en el tiempo y orientada a colectivos muy concretos de trabajadores -, lejos de ser coyuntural, termina asentándose y generalizándose en nuestro modelo de relaciones laborales; “*justo lo contrario de lo pretendido por la Ley de Relaciones Laborales de 1976*”, como reconoce DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en el empleo...op.cit.,pág.195.

⁷⁹⁸ Con la generalización de la contratación temporal el empresario parece recobrar “*la libertad plena de determinación de la duración contractual, anterior a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944*”, apuntan DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.298.

⁷⁹⁹ MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo...op.cit.,REDT, nº 10, 1982, pág.162 y 163.

⁸⁰⁰ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*, pág.306

⁸⁰¹ La indemnización del art.56 ET resultaba ser menor -cuarenta y cinco días salario por año servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades - que la recogida en el art.37.4 RD Ley 17/1977 que reconocía una indemnización de sesenta días de salario al año con un máximo de sesenta mensualidades.

⁸⁰² Recuerda DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*, pág.306 y 307 y ss, normas como el *Real Decreto 3887/1982, de 29 de diciembre*, pretenden que únicamente exista un modelo de contrato temporal como medida de fomento del empleo; se reduce su duración y se limita su uso.

⁸⁰³ Tras los *Acuerdos Interconfederales de 1984*, se justifica esta Reforma en la necesidad de adaptar el mercado de trabajo a las nuevas circunstancias de la economía española, e introducir claridad y estabilidad al marco legal para así reducir la incertidumbre empresarial y conducir a la creación de nuevos puestos de trabajo (*EM Ley 32/1984*), vid DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.309. En palabras de AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de “causalidad”...op.cit., pág.103, con esta reforma se “*liberaliza la contratación temporal*”.

tantum del carácter indefinido del contrato de trabajo e introduce pequeñas modificaciones en los contratos temporales para favorecer el uso del contrato indefinido, además de conservar o introducir algunas medidas con las que quiere proteger el mantenimiento del principio de estabilidad - reduciendo la utilización de la contratación temporal; exigiendo determinados requisitos a través de la forma escrita; presumiendo *iuris tantum e iuris et de iure* su naturaleza indefinida si no se ajustan a los requisitos de forma y fondo exigidos⁸⁰⁴-. Sin embargo se contempla un nuevo contrato temporal, el de lanzamiento por nueva actividad, que no exige que la actividad a desarrollar sea temporal, al tiempo que se fomenta la contratación de duración determinada (*RD 1989/1984, de 17 de octubre*) como medida de creación de empleo – además del contrato de relevo y del contrato de fomento de la contratación temporal⁸⁰⁵. La estabilidad aún sigue contando con el apoyo que le ofrece el régimen extintivo, que se mantiene inmutable – “*fuerte indemnización en caso de despido disciplinario improcedente y, por otro, a través del control administrativo de las extinciones colectivas por causas objetivas o de fuerza mayor*”⁸⁰⁶ -.

A pesar del mantenimiento formal de importantes instrumentos en salvaguarda de la estabilidad en el empleo, pesa mucho la flexibilización de la contratación temporal y la generalización de la contratación temporal acausal como medida de fomento del empleo, por ello de la reforma de 1984 se ha concluido que, contrariamente a lo que pretendía, precariza nuestro mercado de trabajo y supone el tránsito del Derecho del Trabajo de la crisis al Derecho del Trabajo de la inestabilidad. Desde hace algún tiempo ya, se entiende que las crisis económicas lo son fundamentalmente de empleo, que el pleno empleo casi es una quimera y que, en todo caso, lo que cabe es el reparto del empleo existente. Ese reparto tiene mala conciliación con el principio de estabilidad⁸⁰⁷.

De nuevo ante la crítica situación de nuestra economía, la denominada *contrarreforma laboral*⁸⁰⁸, introducida por la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre medidas*

⁸⁰⁴ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.159. DE LA Como recuerdan VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de ...op.cit.*,pág.309.

⁸⁰⁵ MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en...op.cit., pág.63.

⁸⁰⁶ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.164.

⁸⁰⁷ Por otros, vid MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.158.

⁸⁰⁸ MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo...op.cit.,pág.65. Para AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de “causalidad”...op.cit.,pág.105, supone “*el restablecimiento del principio de causalidad en la contratación temporal*”.

*urgentes de fomento de la ocupación y otras*⁸⁰⁹, persigue poner remedio a esta situación del mercado de trabajo⁸¹⁰ pero sin lograr frenar el declive del principio de estabilidad en nuestro sistema de relaciones laborales⁸¹¹.

Por un lado, pese a acabar con la presunción general de que el contrato de trabajo se celebra por tiempo indefinido, mantiene diferentes supuestos de presunción *iuristantum* en favor de la estabilidad⁸¹² – contrato celebrado en fraude de ley, omisión del requisito de alta en la Seguridad Social,...- Por otro, trata de terminar con la contratación temporal sin causa recogiendo un *numerus clausus*, muy residual, de contratos de fomento del empleo para ciertos colectivos de trabajadores⁸¹³; aunque al mismo tiempo “*flexibiliza la contratación temporal causal*” lo que permite su mayor utilización. Es destacable como, a partir de ahora, se va a permitir la intervención de la negociación colectiva en la definición del sistema de relaciones laborales, ya que el legislador deja en sus manos la concreción de una parte del régimen de contratación – ej. *identificando los trabajos o tareas que pueden cubrirse con estas modalidades contractuales temporales...*⁸¹⁴

En cuanto al régimen extintivo, empero mantener los efectos del despido nulo, procedente e improcedente– entendiéndose la readmisión del trabajador si el empresario no ejercita la opción en plazo, en caso de improcedencia -, facilita el despido objetivo y

⁸⁰⁹ Esta reforma de la Ley de reforma 32/1984 tiene lugar además por normas como la *Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social; Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal*. Vid por otros, DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*, pág.311 y 312.

⁸¹⁰ Reforma que se hace sin el respaldo de los agentes sociales en MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.169. MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en...op.cit.,pág.21.

⁸¹¹ Recuérdese que la reforma de 1984 incrementa la inestabilidad y precarización ante la proliferación del contrato temporal y que esta situación trata de reconducirse con la reforma de 1994.

⁸¹² DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.311 y 312. Para “MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo...op.cit., pág. 17, “*desde la mitad de los 90 se muestra una renovación acusada del principio*”.

⁸¹³ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.172, reguladas por RD 2546/1994, de 29 de diciembre. Quiere ser el punto de partida para ir terminando con el contrato temporal de fomento del empleo vid DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.311 y 312. PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.65, la reforma de 1994 trata de reducir la temporalidad pues destinando los contratos de fomento del empleo se va a destinar a trabajadores muy concretos – mayores de 45 años , minusválidos,...- pero, simultáneamente se legalizan las ETT y se deterioran las condiciones de la contratación formativa, por lo que este laboralista citado entiende que, puede considerarse a esta reforma “*incluso contraproducente para afrontar la temporalidad...*”

⁸¹⁴ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.173, convirtiendo a los agentes sociales en coparticipes del desarrollo del sistema de contratación laboral.

el colectivo – proporciona a las causas económicas una “interpretación más laxa” que favorece al empresario -; o reduce los supuestos de nulidad en el despido disciplinario⁸¹⁵.

La lucha contra la temporalidad en nuestro mercado de trabajo comienza a ser efectiva a partir de 1997⁸¹⁶. Con la mejora de la situación económica y, resultado de una época fructífera para el llamado diálogo social⁸¹⁷, la *Reforma laboral de 1997*⁸¹⁸ asume los objetivos del *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo* (en adelante, AIEE) que van a ser, una vez más, eliminar la contratación temporal no causal y simultáneamente reducir la causal⁸¹⁹; fomentar la contratación estable – conversión de contratos temporales en indefinidos- a través de incentivos fiscales y de Seguridad Social⁸²⁰; mejorar las condiciones laborales de trabajadores en formación y a tiempo parcial;...sin embargo, al mismo tiempo, crea el contrato para el fomento de la contratación indefinida cuyo mayor aliciente⁸²¹ es la reducción de la indemnización por despido improcedente a treinta y tres días y un máximo de veinticuatro mensualidades, (art.53.5 ET), y sólo en los casos de despido objetivo improcedente del art.52.c ET, pero sin duda comienza a erosionar los cimientos del segundo pilar del principio de estabilidad. Los empresarios van a apostar por este modelo de contrato por lo barato de su régimen extintivo, pese a las limitaciones establecidas por la Ley (DA 1ª.5 Ley 63/1997)⁸²². Este contrato, inicialmente concebido con carácter coyuntural, no sólo se mantiene en el tiempo, sino que amplía los destinatarios del mismo (Ley 12/2001),

⁸¹⁵Flexibilizando el despido, arguyen DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.312 y 313 y ss., se facilita “el ajuste de las plantillas a las oscilaciones de la demanda” y se favorece el mantenimiento del empleo. Actuar sobre este segundo pilar de la estabilidad no le granjeará el respaldo sindicatos ni empresarios, vid MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*, pág.171.

⁸¹⁶ PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*, pág.61.

⁸¹⁷ El AIEE, firmado por los agentes sociales y el Gobierno el 28 de abril de 1997.

⁸¹⁸ Reforma materializada por las *Leyes 63 y 64/1997, medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento contratación indefinida*. MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas...op.cit.,pág.22, se refiere a la apertura de una “tercera vía en materia de estabilidad” ya que se trata, por un lado, de incentivar la contratación indefinida y condicionar el contrato temporal a las necesidades empresariales. A mayor abundamiento puede consultarse, entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: *Estabilidad en el empleo, Diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*, Tecnos, 1998.

⁸¹⁹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.184.

⁸²⁰ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.318 y 319. Recuerdan que se penaliza la cotización en la contratación temporal de muy corta duración.

⁸²¹ MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.185. LÓPEZ TERRADA, E.: “La reforma laboral de 2012 y las modalidades de contratación”, *Arxius*, nº 28, 2013, pág.42.

⁸²² DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág.318 y 324. RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDES DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M. E. (Coord.): *Estabilidad en...op.cit.*,pág 32. Vid también por otros PÉREZ REY, J.: “Derecho a la estabilidad...op.cit., pág.231.

posibilitando su aplicación en los casos de conversión de contratos temporales en indefinidos⁸²³.

En los años siguientes la situación del mercado de trabajo mejora en España y evoluciona con un incremento del empleo tanto en la contratación temporal como en la indefinida. Sin embargo, persiste en nuestro país una elevada tasa de desempleo de jóvenes, mujeres y personas con discapacidad y la tasa de temporalidad es significativamente más alta que en el resto de Estados miembros de la Unión Europea. Con la intención de abordar estos problemas se publica la *Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo*⁸²⁴. Junto a la mejora de la protección por desempleo de colectivos específicos, esta norma incide principalmente en la adopción de medidas que van a afectar a la duración del contrato⁸²⁵.

Sin embargo la senda de crecimiento económico y empleo de la economía española se ve truncada con la crisis financiera y económica de origen internacional iniciada a

⁸²³Aunque surge como una medida coyuntural se ve prolongada su existencia y ampliado el número de trabajadores susceptibles de ser contratados bajo esa modalidad con las sucesivas reformas laborales de 2001, 2006, 2010 y 2011. Posteriormente, 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*, incluye un conjunto de nuevas reformas orientadas hacia el fomento de un empleo más estable y de mayor calidad (EM). Entre otras, modifica el contrato a tiempo parcial y el de relevo; amplía los colectivos que pueden beneficiarse de los contratos formativos; mantiene el contrato para el fomento de la contratación indefinida, incrementa en un 36 % la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, en los contratos temporales cuya duración efectiva sea inferior a siete días,... pero, sin embargo, crea un nuevo contrato temporal de inserción. Esta norma también resulta interesante por suprimir el abono de los salarios de tramitación si el empresario opta por la indemnización en caso de despido improcedente. Asimismo, reconoce una indemnización de ocho días de salario por año de servicio en los casos de contratos temporales, excepto en los supuestos de contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos (art.49.1.c ET). Para PÉREZ REY, J.: *Estabilidad...op.cit.*,pág.69, el reconocimiento de indemnización por la terminación de determinados contratos temporales no compensa el perjuicio para la estabilidad en el empleo producida por el nuevo contrato de inserción. Interesa recordar con MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de...op.cit.*,pág.187, la influencia indirecta de la *Ley 45/2002, de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad*, en el principio de estabilidad en el empleo. Su objetivo será reformar el régimen de protección por desempleo de manera que, junto a las prestaciones económicas, se ofrezcan oportunidades de formación y empleo- por ejemplo, introduce el requisito de compromiso de actividad para acceder a la prestación económica; da nueva regulación al concepto de “*colocación adecuada*”; permite compatibilizar el subsidio con el trabajo por cuenta ajena a los mayores de cincuenta y dos años; elimina el período de espera,...-

⁸²⁴ Esta ley recoge el contenido del *Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo, firmado por los agentes sociales (CEOE, CEPYME, CCOO y UGT) y el Gobierno* (julio de 2004). En el mismo se estima fundamental impulsar un modelo de crecimiento económico equilibrado y duradero basado en la competitividad de las empresas, el incremento de la productividad y la cohesión social, y apuntan a la mejora de la estabilidad en el empleo como medio para avanzar en esta dirección y así luchar contra el insuficiente volumen de empleo y alto nivel de temporalidad.

⁸²⁵Se impulsa la contratación indefinida a través un nuevo Programa de Fomento del Empleo a través de apoyos públicos en la contratación estable; ayudas para la conversión de contratos temporales en indefinidos y reducción de cotizaciones empresariales; se establecen límites temporales para los sucesivos contratos temporales que una empresa pueda celebrar con un trabajador; se deroga el contrato temporal de inserción;...(EM Ley 43/2006).

principios de 2008 y que lleva a la recesión de nuestra economía. Produce efectos más virulentos que en el resto de países de la Eurozona y ello se debe a que nuestro modelo de relaciones laborales se muestra especialmente sensible a los ciclos económicos, y así, ya se ha comentado, crece mucho en fases expansivas y se destruye mucho en época de crisis. Además, se caracteriza por un significativo peso de los trabajadores con contrato de duración determinada, estando fuertemente dualizado (*EM Ley 35/2010*). Otras características de nuestro mercado de trabajo - insostenible económica y socialmente - son el escaso desarrollo de los instrumentos de flexibilidad interna; la insuficiente capacidad de colocación de los servicios públicos de empleo; la existencia de elementos de discriminación especialmente en trabajadores con discapacidad, mujeres y desempleados de más edad.

En el marco de las reformas de la denominada *Estrategia de Economía Sostenible* (2/12/2009) se introducen una serie de modificaciones legales que reforman el mercado de trabajo a través de la *Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*. Con ella esencialmente se intenta contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española, y para ello se actúa sobre la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo e incrementando la flexibilidad interna de las empresas. Ello quiere lograrse, por lo que ahora nos interesa, a través de la creación de empleo estable y de calidad, lógico requerimiento de un crecimiento más equilibrado y sostenible. Se trata también de elevar las oportunidades de las personas desempleadas, sobre todo jóvenes, reordenando las políticas de bonificaciones a la contratación indefinida para hacerla más eficiente⁸²⁶, haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos y mejorando los mecanismos de intermediación laboral. Las medidas que se adoptan se dirigen a restringir el uso injustificado de las modalidades temporales de contratación – por ejemplo, se establece un límite temporal máximo en los contratos por obra o servicio determinado; se introducen ajustes en el encadenamiento sucesivo de contratos temporales-, y afectan al elemento “*duración del contrato*” del principio de estabilidad en el empleo.

⁸²⁶ Jóvenes de hasta 30 años con especiales problemas de empleabilidad y mayores de 45 años con permanencia prolongada en desempleo,... puede consultarse, por otros, SEMPERE, A.V.: “Legislación de emergencia y reforma laboral en España (2011-2012)”, *Derecho PCUP Revista de la Facultad de Derecho*, nº 68, 2012, pág.161 y ss.

En cuanto al régimen extintivo, por un lado, se desincentiva la utilización de la contratación temporal incrementando hasta doce días la indemnización por finalización de los contratos temporales; sin embargo, al mismo tiempo, con el fin de proporcionar mayor seguridad a trabajadores como empresarios y a los órganos jurisdiccionales, la Ley da nueva redacción a las causas de despido por razones económicas, técnicas, organizativas y de producción de los art.51 y 52.c ET – “*para reforzar la causalidad de la extinción de los contratos, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación (EM)*”⁸²⁷.

Pero la gravedad de la crisis económica que atraviesa España no tiene precedentes. Pone de relieve las debilidades de nuestro modelo laboral e impide que las medidas incorporadas para atajarla produzcan sus frutos. El ritmo de destrucción de empleo es vertiginoso. Los problemas del modelo laboral español no son coyunturales y afectan a los mismos fundamentos de nuestro modelo sociolaboral. Pese a los cambios normativos experimentados en los últimos años, las instituciones económicas mundiales y europeas y por los mercados internacionales reclaman una reforma laboral de envergadura que proporcione seguridad jurídica y confianza a los operadores económicos y laborales con vistas a recuperar empleo. La nueva reforma, cuyo objetivo es la flexiseguridad⁸²⁸, llega

⁸²⁷ Hasta la reforma laboral de 2012 se publican las siguientes normas, entre otras, *RD Ley 1/2011, de 11 de febrero, de empleo estable y recualificación profesional*; *RD Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo*; *RD Ley 5/2011, de 29 de abril, sobre empleo sumergido*; *RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*; *RD Ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo*. Puede consultarse SEMPERE, A.V.: “Legislación de emergencia...op.cit.

⁸²⁸ El concepto de flexiguridad o flexiseguridad hace referencia a “una combinación de flexibilidad y seguridad aplicado al mercado de trabajo. En teoría se trata de una estrategia política encaminada a lograr un mercado de trabajo flexible, que garantice la protección social de los trabajadores y contribuya a que sea más reactivo, inclusivo y competitivo”. En cambio, para los sindicatos la flexiseguridad supone una nueva reducción de los derechos de los trabajadores porque retorna a la individualización de las relaciones laborales, en DÍEZ ESTEBAN, A.: “Flexibilidad interna y reforma laboral”, *Revista Capital Humano*, marzo 2012. Para DOMENECH, R., GARCÍA, J.R. Y ULLOA, C.: “Hacia un mercado de trabajo más flexible y seguro”, *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018, pág.16, la flexiseguridad es una estrategia integral del mercado de trabajo cuyos objetivos son tanto la introducción de “flexibilidad de adaptación de empresas y trabajadores a condiciones de trabajo cambiantes, con las que aprovechar las oportunidades que ofrece la globalización y el proceso de transformación tecnológica y digital” como la “seguridad para encontrar fácilmente empleos estables a lo largo de la vida activa y para garantizar oportunidades de formación, progresión laboral y la protección social de los trabajadores en las situaciones de transición.” Recuerdan que mejorar en flexiseguridad significaría hacer de nuestro mercado de trabajo un mercado más eficiente e inclusivo. Para ello, como indica la Estrategia Europea para el Empleo, sería preciso “un sistema de contratación flexible y fiable; una estrategia global de formación continua, que garantice la empleabilidad de los trabajadores; políticas activas de empleo eficaces, que minimicen los episodios de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo y un sistema de protección social moderno, que reduzca la incertidumbre de la pérdida de trabajo, incentive el empleo y la movilidad laboral y mejore la conciliación de la vida personal y profesional.” Interesante consultar el

de la mano de la *Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* (convalida el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero) que ambiciona garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa - como alternativa a la destrucción de empleo y como medio para conseguir estabilidad- y la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social⁸²⁹.

Centrándonos en las medidas directamente relacionadas con el principio de estabilidad⁸³⁰ en el empleo en cuanto al aspecto de la duración del contrato⁸³¹, pueden

trabajo de MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La idea de flexiseguridad en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018, pág.45 y ss.

⁸²⁹ En este sentido CRUZ, J.: “Hacia un nuevo modelo laboral en España”, *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, nº 68, 2012, pág.140, entiende que “la seguridad no es el valor típico de la flexiseguridad de atender a los intereses de los trabajadores, sino del conjunto de los implicados en la actividad económica,…” La doctrina generalizada se muestra muy crítica con la reforma y con que sea capaz de conseguir los objetivos que pretende, por otros muchos vid POLO SÁNCHEZ, M.C.: “La Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.1, 2013, pág.221. Para GARCÍA RUBIO, M.A.: “Flexiguridad y reformas laborales: propósitos y resultados”, *Revista Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018, pág.83, la flexibilidad puede referirse a la seguridad en el puesto de trabajo para un mismo empresario; seguridad en el empleo o empleabilidad, permaneciendo en activo para diferentes empresarios, lo que exige de políticas activas de empleo y de formación profesional eficaces; seguridad en ingresos mínimos por la percepción de prestaciones por desempleo y seguridad combinada o de oportunidades ofrecidas a los trabajadores para conciliar trabajo con vida familiar o personal. En el caso de la reforma laboral de 2012 no hay un equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad y utiliza el calificativo de “flexibilidad igualmente insegura”. DOMENECH, R., GARCÍA, J.R. Y ULLOA, C.: “Hacia un...op.cit.,pág.36 y 37, concluyen que con las reformas introducidas en nuestro ordenamiento laboral no ha llegado a avanzarse significativamente en flexiseguridad. En comparación con los países de la UE en España las tasas de empleo son inferiores mientras que el desempleo, en especial el de larga duración, y la temporalidad son mayores. Aunque el gasto en protección por desempleo es equiparable a los países europeos, las Políticas de Empleo son insuficientes y poco eficientes. Tras las reformas de 2012 se produce un desequilibrio entre la flexibilidad de las condiciones laborales – que aumenta significativamente - y la seguridad – que no mejora en ese grado-. Los citados economistas señalan que, en comparación con los países europeos, nuestra regulación laboral sigue siendo social y económicamente ineficiente y segmenta el mercado de trabajo; la economía española es la menos productiva y presenta muchas rigideces en la contratación indefinida; las políticas activas del mercado de trabajo tampoco son eficientes;...

⁸³⁰ OJEDA, A. y GUTIÉRREZ, M.: “La reforma del mercado de trabajo en España durante la crisis financiera internacional”, *Derecho PCUP Revista de la Facultad de Derecho*, nº 68, 2012, pág.120, advierten como se va sustituyendo el término “estabilidad en el empleo” por el de “empleo de calidad”. Se racionaliza las bonificaciones para la contratación indefinida; se reforma el contrato a tiempo parcial y el teletrabajo; se modifica la regulación de la prohibición de encadenamiento de contratos temporales;... Bajo la justificación de la estimulación del empleo, BAYLOS GRAU, A.: “Una reforma laboral “clasista”, antisindicalista y desreguladora” en <http://www.ccoo.es/cscocoo/menu.do?Inicio:303920> (13/02/2012), entiende que “impone la confiscación violenta de espacios decisivos de poder contractual colectivo y de derechos laborales básicos ligados a las garantías de empleo, alterando de forma sustancial la arquitectura de equilibrios que caracteriza la relación entre capital y trabajo, entre libre empresa y derecho al trabajo,…”

⁸³¹Entre otros, vid LÓPEZ TERRADA, E.: “La reforma laboral de 2012 y las modalidades de contratación”, *Arxius*, nº 28, 2013, pág.41, recuerda que fundación FEDEA, entre otros, proponían la supresión de buena parte de los contratos temporales y la creación de un contrato único indefinido, en el que las indemnizaciones por despido se calculasen en función de la antigüedad del trabajador (vid “Diez principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa” enero 2012 en www.fedea.es) CRUZ, J.:

enunciarse las introducidas para favorecer la contratación indefinida y la creación de empleo, en especial, en colectivos de jóvenes desempleados y PYMES. Se facilita la contratación por empresas de cincuenta o menos trabajadores creando una nueva modalidad de contrato indefinido, -el controvertido contrato indefinido de apoyo a los emprendedores-, incentivado fiscalmente y para el que se prevén bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social – a condición de que se mantenga tres años el empleo- y con un período de prueba de un año en caso. Con el prolongadísimo período de prueba que este tipo contractual permite se soslaya el requisito de causalidad en la extinción del contrato y se posibilita de facto la existencia de contratos temporales acausales y sin derecho a indemnización⁸³².

En cuanto a la presencia del principio de estabilidad en el régimen extintivo del contrato de trabajo⁸³³, las medidas de la reforma – aún con la pretendida finalidad de incrementar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral- suponen una “*remoción de obstáculos a la flexibilidad de salida*”⁸³⁴. Entendiendo que el denominado “*despido exprés*” crea inseguridad y es frontalmente opuesto a la flexiseguridad⁸³⁵ y que el despido colectivo con expediente administrativo, por sus posibles impugnaciones administrativas y judiciales, es contrario a la celeridad necesaria

“Hacia un nuevo modelo...op.cit, pág.144, “*no se exige creación neta de empleo ni impide la sustitución de estos trabajadores con otros a través de la misma modalidad*”.

⁸³²A juicio de LÓPEZ TERRADA, E.: “La reforma laboral...op.cit.,pág. 43 y 55, aunque con este contrato se quiere “*anar promoción de empleo estable y potenciación de la iniciativa empresarial...se acaba intensificando la precariedad laboral*”. En el mismo sentido, CRUZ, J.: “Hacia un nuevo...op.cit., pág.145, reconoce que, normalmente, con las medidas de fomento de la contratación indefinida, la estabilidad en el empleo dura lo que los incentivos económicos. Posteriormente, la *Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo*, incluye medidas que tratan de impulsar la contratación indefinida de jóvenes trabajadores y por jóvenes trabajadores, aunque también se prevé la utilización del contrato eventual del art.15.1.b ET a jóvenes desempleados menores de 30 años sin o con apenas experiencia profesional. También el *Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad* incluye distintas medidas en favor de la contratación estable, por ejemplo, la celebración a tiempo parcial del contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores también a tiempo parcial. Vid GARCÍA MURCIA, J.: “El devenir de la legislación laboral y social tras las profundas reformas del período 2010-2012”, *Foro Nueva Época*, vol. 16, nº 2, 2013, pág.341.

⁸³³ Por otros vid, NORES TORRES, L.E.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012”, *Arxius*, nº 28, 2013, pág.57 y ss.

⁸³⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva concepción de la legislación laboral”, *Temas Laborales*, nº 115, 2012.

⁸³⁵ Con el despido exprés las decisiones empresariales se adoptan muchas veces sobre la base de un mero cálculo económico basado en la antigüedad del trabajador y, por tanto, en el coste del despido, con independencia de otros aspectos relativos a la disciplina, productividad o necesidad de los servicios prestados por el trabajador, limitando sus posibilidades de impugnación judicial, salvo que concurren conductas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales. Para el empresario no constituye un comportamiento económicamente racional despedir prescindiendo muchas veces de criterios relativos a la productividad del trabajador y en todo caso decantándose por el despido improcedente y por tanto más caro que un despido procedente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,...

en las reestructuraciones empresariales, suprime la necesidad de autorización administrativa⁸³⁶ – aunque mantiene la exigencia de período de consultas-; asimila estos despidos al resto de despidos en cuanto a su impugnación y calificación judicial; amplía el concepto de las causas económicas, evitando las referencias que introducían incertidumbre de manera que resulte más sencillo para el empresario poder alegarlas y que el control judicial se limite a una valoración sobre la concurrencia de las mismas. Otras medidas afectan a las causas de despido objetivo de falta de adaptación a las modificaciones técnicas introducidas en el puesto de trabajo, de faltas de asistencia aún justificadas;...

Además de este elemento que, en general, facilita la extinción del contrato, se produce un abaratamiento del coste del despido. Justificando la medida en la necesidad de mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral acercar los costes del despido a la media de los países europeos, la indemnización por despido improcedente de cuarenta y cinco días por año de servicio y máximo cuarenta y dos mensualidades, se entiende que acentúa la brecha existente entre la extinción del contrato temporal y el indefinido, y que distorsiona la competitividad de las empresas, sobre todo las más pequeñas en un momento de difícil acceso a las fuentes de financiación. Así es que se rebaja a treinta y tres días por año de servicio y un tope de veinticuatro mensualidades. A juicio del legislador ello va a permitir mitigar las rigideces que han venido caracterizando al régimen jurídico del despido. Pero esta medida se acompaña de la supresión de la obligación de abonar salarios de tramitación salvo en supuestos de readmisión del trabajador – esto es, supuestos de nulidad o de despido improcedente en los que el empresario, o el representante de los trabajadores en su caso, opta por la readmisión⁸³⁷-.

Es por ello que, puede concluirse que las últimas reformas laborales vienen respondiendo a un mismo patrón y este no es otro que la intensificación de las herramientas de flexibilidad en favor del empresario – *“adaptación de las condiciones de*

⁸³⁶ NORES TORRES, L.E.: “La extinción...op.cit., 60, recuerda como la reforma de 1994 supone la limitación de la intervención administrativa a los supuestos de despido colectivo, y que ahora se elimina por completo, *“sustituyendo el control administrativo previo por el control judicial posterior”*.”

⁸³⁷ Además de en los casos en los que el despido improcedentemente es un representante de los trabajadores en los que, con independencia de la opción que éste realice, tendrá derecho al abono de los salarios de tramitación (art.56.4 ET).

trabajo a los requerimientos empresariales de productividad y competitividad”⁸³⁸ -. En términos generales la doctrina laboralista cree que el principio de estabilidad en el empleo se halla en regresión. Se advierte la existencia de un movimiento ideológico que entiende que el contrato indefinido – la estabilidad en el empleo – es una herramienta caduca que no tiene demasiado sentido en el actual contexto económico productivo⁸³⁹. En este contexto puede incluirse la reivindicación de la implantación del denominado *contrato único* que supondría terminar con la dualidad contratación temporal e indefinida, ya que “*aboga por una única modalidad contractual laboral cuyos derechos frente a la extinción se van adquiriendo o ampliando con el paso del tiempo*”⁸⁴⁰.

No puede terminarse este apartado sin dedicar unas líneas a la reforma laboral de 2021, en cuyo contenido abundaremos un poco más, páginas abajo. Esta se materializa tras ser conscientes de que los importantes desequilibrios, que el mercado laboral español arrastra desde hace décadas, agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género. A pesar de las sucesivas modificaciones de la legislación laboral española, no se ha abordado de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea. El recurso a la contratación temporal injustificada es una práctica muy arraigada en nuestras relaciones laborales y generalizada por sectores, que genera ineficiencia e inestabilidad económica, además de una precariedad social inaceptable.

Es por ello que esta reforma laboral quiere transitar en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos. La recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones son sus principales aportaciones que buscan transformar nuestro mercado de trabajo para que pueda dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad

⁸³⁸ CRUZ VILLALÓN, J.: “Hacia una nueva...op.cit, pág.17. El mismo autor, en su trabajo “Hacia un nuevo modelo laboral en España”, *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, nº 68, 2012, pág.137 y ss, distingue la flexiseguridad contractual que implica flexiseguridad interna, esto es, en los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral e implicaría compaginar la suficiente flexibilidad para promover la competitividad empresarial con la estabilidad y seguridad en el empleo de calidad. Y otro modelo social o de mercado, que dote al empresario medios que le proporcionen un alto nivel de flexibilidad y reforzar simultáneamente la protección social por desempleo y la empleabilidad del trabajador.

⁸³⁹ PÉREZ REY, J: “Derecho a la estabilidad...op.cit.,pág.230 expone que para este movimiento “*la estabilidad se considera como residuo franquista que la legislación laboral ya no tiene por qué garantizarla cuando las libertades y los derechos colectivos han sido recuperados*”.

⁸⁴⁰Este contrato, en opinión de PÉREZ REY, J: “Derecho a la estabilidad...op.cit., pág.232, “*prescinde de cualquier consecuencia de la estabilidad sobre las modalidades de contratación laboral y se centra en exclusiva sobre los mecanismos extintivos distintos del término final y en concreto sobre el despido*”.

del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo⁸⁴¹. Las reformas que introduce el *Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*, forman parte del paquete de reformas estructurales⁸⁴² incluidas en el *PRTR*, como ya se ha dicho, que se elabora a raíz de la crisis sanitaria y económica de la COVID-19. En su apuesta por la estabilidad en el empleo, vuelve a presumir que el contrato se celebra por tiempo indefinido (art.15.1 ET)⁸⁴³ y para reducir la temporalidad simplifica los tipos de contratos y devuelve al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada.

⁸⁴¹El mercado de trabajo español que reacciona de forma excesiva en las crisis económicas, provocando enormes pérdidas de puestos de trabajo y dando pocas oportunidades a medidas alternativas a las extintivas y basadas en la flexibilidad interna y la formación. Se pretende corregir la temporalidad del mercado de trabajo, evitando que en cada crisis se destruya sistemáticamente empleo (EM RD Ley 32/2021).

⁸⁴²Las primeras reformas de este paquete son adoptadas por *Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia*, el *Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19*, *Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres*, *Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo* y *Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales*.

⁸⁴³Como observa CABEZA PEREIRO, J.: “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *RDS*, nº 98, 2022, pág.40, presunción recogida en el ET de 1980 pero suprimida con la Ley 11/1994.

PARTE III: TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO

CAPITULO 7: Temporalidad. Grados de estabilidad en el empleo público y régimen de protección para el empleado público temporal

1. Principales motivos de la temporalidad en el empleo público. Un uso abusivo para obtener flexibilidad.

Aunque no es la situación más deseable para el trabajador, la contratación temporal es precisa porque responde, en ciertas circunstancias, a las necesidades de trabajadores y empresarios, como advierte el preámbulo de la *Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, UNICE y CEEP sobre el trabajo de duración determinada*. En el mercado de trabajo español, sin embargo, la contratación temporal se ha desnaturalizado y no ha servido al fin que le es propio, esto es, la cobertura de necesidades de mano de obra temporales, sino que ha sido utilizada como sustituta de las herramientas de flexibilidad interna que ha venido proporcionando el Derecho del Trabajo. Si el empresario del sector privado se ha sentido atraído por esta práctica, como medio de gestión de su plantilla, el empresario Administración Pública no se ha quedado atrás, de tal manera que la temporalidad en el empleo es uno de los principales problemas de nuestra economía, siendo especialmente grave en el empleo público tanto por su mayor duración como por el número de empleados públicos afectados. Temporalidad en el empleo público que, alimentada por una regulación generosa del legislador y un considerado trato por parte de los Tribunales, a lo largo del tiempo y hasta la fecha, no ha sido percibida como un asunto ni demasiado conflictivo ni prioritario ni para las distintas Administraciones Públicas, beneficiadas de la precariedad de parte de sus empleados públicos, ni para los sucesivos Gobiernos, cualquiera que haya sido su color político⁸⁴⁴.

Se apunta que la temporalidad en el empleo público es una problemática que viene de lejos, remontándose al inicio del siglo pasado, y se agrava con el inicio del período democrático⁸⁴⁵. Como ya se ha dicho, la construcción del Estado autonómico y la consolidación del Estado del bienestar generaron, durante las dos primeras décadas de

⁸⁴⁴ Lamentablemente, como apunta NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo...op.cit., pág.3, “no hay nada más estable en el empleo público que la temporalidad”.

⁸⁴⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021, pág. 69, distingue dos etapas. La primera, desde 1976 a la aprobación del EBEP en 2007, en la que las medidas previstas para luchar contra la temporalidad no son demasiados exitosas. Y una segunda de 2007 a 2022, etapa muy compleja política, económica y socialmente en la que se deja sentir la influencia de las instituciones europeas en esta materia y que da lugar a normas que pretenden dar un giro radical a la situación, como el Real Decreto Ley 14/2021 y la Ley 20/2021.

vigencia de la CE, un intenso crecimiento del empleo público y una redistribución de efectivos desde la Administración central a la autonómica. Así, la provisión pública de servicios básicos o esenciales propios del Estado social y democrático de derecho y su extensión al conjunto de la población condicionó, en el transcurso de esos años, la necesidad de reforzar la dotación de personal al servicio de las Administraciones Públicas para garantizar su desarrollo. En paralelo a este proceso, la evolución del empleo en el sector público en España viene marcada por el aumento de la tasa de temporalidad, llegando en 2022 al extremo de que casi un 30% de los empleados públicos tienen o han tenido un vínculo profesional temporal con la Administración Pública. A pesar de que, en las sucesivas regulaciones sobre la materia, se imponían límites al nombramiento del personal funcionario interino o laboral temporal restringiéndolo a casos excepcionales de indudable y estricta necesidad, y que los mismos sólo podían realizarse por el tiempo imprescindible hasta su cobertura por funcionarios de carrera, la realidad ha mostrado un constante y sostenido aumento de la tasa de empleo temporal.

Esta situación puede atribuirse⁸⁴⁶, principalmente, a factores presupuestarios y de control del gasto público, a una deficiente o prácticamente inexistente cultura de planificación de los recursos humanos en el empleo público y a unos sistemas de acceso al empleo público, que en aras del cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, devienen excesivamente lentos. En las últimas décadas las leyes anuales de presupuestos han venido imponiendo criterios restrictivos para la dotación de plazas de nuevo ingreso del personal al servicio de todas las Administraciones Públicas en el marco de las directrices presupuestarias de contención del gasto público⁸⁴⁷. A pesar de la progresiva flexibilización, estas previsiones han limitado las posibilidades de reposición de las bajas ocasionadas en las plantillas de personal fijo, funcionario o laboral y, al mismo tiempo, han frenado la dotación presupuestaria para acometer nuevas actividades. A ello hay que añadir la desproporción existente entre las necesidades y la capacidad real de financiación de las administraciones territoriales, especialmente en importantes servicios como la educación, la sanidad o los servicios sociales, que se

⁸⁴⁶ Vid EM Ley 20/2021.

⁸⁴⁷ Señala NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo...op.cit., pág.3, como una de las causas de temporalidad la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas se guíase por criterios más políticos que técnicos. Ello lleva a *“escenarios restrictivos para nuevos procesos selectivos en el marco de limitaciones del gasto público que traía causa en una financiación insuficiente para una demanda de servicios crecientes en estos ámbitos competenciales que, con posterioridad, no fue solucionado e incluso empeora a consecuencia de las crisis económicas padecidas...”*”

extienden a toda la población, y que son particularmente sensibles a los cambios sociales y demográficos que están teniendo lugar de manera intensa y acelerada en los últimos años.

Asimismo, por otra parte, hay que tener en cuenta las carencias en la planificación estratégica en la ordenación del empleo público, así como la falta de regularidad de las convocatorias y procedimientos de selección de personal para la cobertura de vacantes con carácter definitivo. La falta de convocatorias periódicas y sistemáticas, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes, para su provisión definitiva que, en muchos casos, obedece a que los procedimientos de acceso al empleo público no se desarrollan con la agilidad y la celeridad necesarias para, respetando en todo caso las garantías inherentes a los mismos y la salvaguardia de los principios constitucionales y legales, permitir al mismo tiempo la dotación de personal en tiempo razonable y garantizar la prestación del servicio por la Administración. Luego la temporalidad es un problema que se conecta directamente con el sistema de acceso al empleo público. Los procesos de selección son lentos y dilatados en el tiempo, ocasionando en muchos casos la necesidad de provisión temporal de los puestos por el tiempo necesario hasta la cobertura efectiva. En estas condiciones, el recurso al nombramiento de personal interino y a la contratación de personal temporal se ha constituido en una alternativa organizativa que ha acabado suponiendo un incremento excesivo de la temporalidad. Ha de tenerse en cuenta que, si bien una tasa de temporalidad es necesaria e inherente a cualquier organización, no lo es cuando deviene en estructural y supone en algunos sectores de la Administración tasas cercanas al 50% de su personal.

La realidad de nuestro empleo público tiene poco que ver con el modelo de función pública diseñado por el constituyente y por el legislador. Todo ello afecta al funcionamiento de la propia Administración y de los organismos públicos en el correcto desempeño de la prestación de los servicios públicos y perjudica directamente al propio personal interino o temporal que lleva mucho tiempo desempeñando sus funciones y que desea, como es lógico, la estabilidad profesional.

Nos identificamos con quienes sostienen la gravedad del problema de la temporalidad para nuestra economía y para nuestro Estado social y democrático de derecho (art.1.1 CE). Parafraseando a BOLTAINA, *“la temporalidad es una cuestión de Estado a la que debe hacerse frente y resolver...es una situación lo suficientemente grave*

y duradera que afecta a la estabilidad de las instituciones públicas y sobre la que hay que tomar decisiones...cuestión de Estado que no es una emergencia pero que tiene que ver con la estabilidad presente y futura de las instituciones y de la ciudadanía: seguridad pública, enseñanza, sistema de pensiones, sanidad universal,...la temporalidad pone en cuestión el funcionamiento, no solo regular, sino también eficaz y coherente del Estado de Derecho...con la temporalidad no quebrará el Estado pero sí pueden quebrar valores muy profundos del sistema institucional...”⁸⁴⁸

2. Excepciones a la inamovilidad en el empleo público

2.1. Empleo público temporal en régimen de Derecho administrativo

La inamovilidad en el empleo público hace tiempo que ha dejado de ser la nota distintiva o identificativa de los empleados públicos. Dentro del colectivo de empleados públicos regidos por el Derecho Administrativo podemos distinguir funcionarios, estatutarios y eventuales. Como ya se ha dicho páginas atrás, el derecho a la inamovilidad en la condición de funcionario, que no en el puesto de trabajo, sólo se garantiza al funcionario de carrera, salvo que incurra en alguna de las causas que la normativa establece para la pérdida de tal condición. El funcionario de carrera disfruta del mayor grado de estabilidad en su empleo de todos los empleados públicos ya que tiene garantizada la inamovilidad en su condición de tal, al mantener una relación subjetiva con la Administración que surge del acto de su nombramiento.

2.1.1. El funcionario con nombramiento temporal: funcionario interino

Sin embargo, son muchos los funcionarios cuyo vínculo con la Administración Pública es coyuntural, esto es, muchos de los funcionarios son interinos⁸⁴⁹. En supuestos tasados, la ley permite su nombramiento para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia⁸⁵⁰.

⁸⁴⁸ BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal...op.cit.,pág.67.

⁸⁴⁹ ARROYO YANES, L.M.: “El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021, pág.141, sitúa su origen ya en el siglo XVIII, pero los precedentes más semejantes se encuentran en LFCE de 1964.

⁸⁵⁰ Destaca MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria y personal interino: un futuro incierto (en todos los sentidos)”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021, pág.99, que la posibilidad de nombrar funcionarios interinos proporciona a la Administración flexibilidad, agilidad, adaptabilidad y diversificación organizativa para adaptarse su funcionamiento a las nuevas necesidades o a las exigencias de la sociedad. El funcionario interino es nombrado en situaciones de excepcionalidad y, a pesar de que las funciones que va a desempeñar durante su nombramiento son las propias del funcionario de carrera, es personal en régimen de precariedad o transitoriedad. Esto implica que, si bien no tienen exactamente los mismos derechos y deberes que los funcionarios de carrera, no es posible recurrir a los mismos para atender necesidades permanentes o estructurales de mano de obra. Como señala este administrativista, “*el problema*

El aumento del número de funcionarios interinos y, con ello, el incremento de la pérdida de estabilidad⁸⁵¹, en gran medida, puede explicarse por la mayor protección que ofrece el Derecho del Trabajo a los trabajadores temporales especialmente en temas extintivos – lo que no podía ser de otra manera dado que, como ya hemos dicho, la estabilidad en el empleo es un principio medular de esta rama del ordenamiento-, frente a la ofrecida al funcionario interino por el Derecho Administrativo. Razón por la cual, la Administración, que en principio huyó del Derecho Administrativo al Derecho del Trabajo, retorna, pese a su rigidez, al Derecho Público por su menor coste económico.

Su actual régimen jurídico –tras la Ley 20/2021- ahonda en su carácter temporal, tanto en la referencia a su nombramiento, como en la delimitación del plazo de duración del mismo. Este refuerzo de la noción de temporalidad de la figura, trata de delimitar claramente la naturaleza de la relación que le une con la Administración, conforme a la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE⁸⁵².

El empleador público puede recurrir a estas figuras temporales en alguno de los supuestos del art.10 EBEP⁸⁵³ y, como puede observarse, existe una semejanza notoria

es su abuso o fraude o su desnaturalización, buscada directamente o tolerada implícitamente". En la misma línea puede consultarse ARROYO YANES, L.M.: "El nuevo régimen...op.cit.,pág.145, quien sostiene que con el acto de nombramiento el funcionario interino se inserta en la Administración Pública, actuando después como un auténtico funcionario público. Sin embargo, para tal nombramiento se exigen razones justificadas de necesidad y urgencia. De no existir éstas, ese nombramiento sería irregular.

⁸⁵¹FUENTETAJA PASTOR, J.A.: "El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad", *Documentación Administrativa*, nº 7, 2020, pág.89, razona que temporalidad no es antítesis de estabilidad. Lo contrario de estabilidad es la precariedad, esto es, cuando una de las partes de la relación puede alterarla con facilidad. La estabilidad no sería ajena al funcionario interino ya que están objetivadas las causas de finalización de su nombramiento.

⁸⁵² Para FUENTETAJA PASTOR, J.A.: "El funcionario interino...op.cit.,pág.90, la temporalidad impregna toda la vida de esta relación jurídica desde su nacimiento, por procedimientos ágiles y con menor exigencia que los de la selección del funcionario de carrera, hasta su cese – por las causas extintivas de la relación del funcionario de carrera, además de por la finalización de la causa que condujo a su nombramiento-. Apunta MARÍN ALONSO, I.: "La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso de la negociación colectiva", *IUSLabor*, nº 2, 2022, pág. 108, con esta norma, que gira en torno a la figura del funcionario interino, el legislador trata de acomodarse a las exigencias de la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE.

⁸⁵³ CANTERO MARTÍNEZ, J.: "El funcionario interino en la Jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca Gestión Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017, pág.10, "se trata de una figura causal y temporal y su nombramiento debe realizarse únicamente cuando concurra en alguno de los supuestos tasados..." En relación con la posibilidad de que la Administración recurra a los funcionarios interinos, por otras vid, STSJ Cataluña c-advº 2/4/2014 rec.193/2013, "es un sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo que se lleva a cabo de forma no permanente y en atención a razones de urgencia. La interinidad no supone nunca permanencia, sino provisionalidad o temporalidad en el desempeño de una determinada función, en atención a las circunstancias objetivas que pueden concurrir y siendo precisa su provisión, la Administración acude a la interinidad hasta que se cubra la plaza por el procedimiento de provisión que corresponda y por funcionario de carrera. La situación de interinidad, provisional por su propia naturaleza, puede cesar en cualquier momento, sin que existan garantías ni compromiso alguno por parte de la Administración de su prolongación en el tiempo". Señala

en estos supuestos con los ahora derogados contratos laborales por obra o servicio determinado, eventual por circunstancias de la producción y de interinidad, del anterior art.15 ET.

Puede nombrarse funcionario interino para la sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario⁸⁵⁴. En este caso, el funcionario interino es nombrado para la cobertura de un puesto con reserva, sustituyendo a un funcionario de carrera en situación de servicios especiales, comisión de servicios,... que en algún momento va a retornar a su puesto de trabajo.

También puede nombrarse interinidades para la ejecución de programas de carácter temporal⁸⁵⁵, 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 del EBEP⁸⁵⁶. En la práctica se ha abusado de estos nombramientos por las Administraciones Públicas y, en muchos casos, forzados por las limitaciones de las tasas de reposición, pueden encubrir situaciones de necesidad de mano de obra estructurales y no temporales.

Otro supuesto es el de interinidad por exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses⁸⁵⁷. La doctrina ha señalado que los requisitos de urgencia y necesidad que justifican el nombramiento de funcionarios interinos no parecen estar muy presentes en los supuestos de ejecución de

GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos en la gestión del empleo público tras las últimas reformas”, *Trabajo y Derecho*, nº 91-92, 2022, pág.2, como antes de las reformas de 2021, las causas de nombramiento de funcionario interino incluían todos los supuestos de celebración de contrato de duración determinada del art.15 ET. Tras el RD Ley 14/2021, como sostiene MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.99, “*se acotan y restringen las causas habilitantes*” para evitar el fraude en el nombramiento así como se limita su duración para impedir o minimizar el abuso o “*la cronificación de estas situaciones*”. No se trata de evitar la temporalidad en sí, sino su abuso o el fraude en su utilización. La prestación de servicios del interino ha de ser temporal y no estructural, indefinida o permanente.

⁸⁵⁴ En la redacción original no se incluye la expresión “*durante el tiempo estrictamente necesario*”. Ésta se introduce por RD Ley 14/2021 quizás en la línea de intensificar la lucha contra la temporalidad.

⁸⁵⁵ Aclara MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.101, que la expresión “*programas temporales*” ha de ser interpretada en un “*sentido sustantivo y no formal*”, que incluya “*cualquier actividad o tarea asumida por una Administración Pública o entidad pública con carácter no permanente o estructural, estrechándose el margen de interpretación de tales características a través de la fijación formal del plazo máximo de duración de los mismos*”.

⁸⁵⁶ Sería el equivalente al derogado contrato de trabajo por obra o servicio determinado. Resulta llamativo que el RD Ley 32/2021 derogue esta causa de celebración de contrato temporal y, sin embargo, la Ley 20/2021 la contemple como causa de nombramiento de funcionario interino. La supresión, a partir del 31 de marzo de 2022, de este contrato laboral tendrá menos efecto en el empleo público que en el sector privado puesto que la Administración siempre podrá decidir que el puesto de trabajo sea de personal funcionario y efectuar nombramientos por esta causa del art.10.1.c EBEP, eludiendo la más protectora normativa laboral. Vid, en este sentido, GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.2.

⁸⁵⁷ El RD Ley 14/2021 amplía el plazo de duración de la interinidad por exceso o acumulación de tareas de seis a nueve meses, y el marco temporal de referencia de doce a dieciocho meses.

programas de carácter temporal y en el de exceso o acumulación de tareas⁸⁵⁸. Parece que en estos dos casos se busca, sobre cualquier otra cosa, obtener una flexibilidad superior a la proporcionada por la legislación laboral⁸⁵⁹.

Y, por último, se puede nombrar funcionarios interinos, por un máximo de tres años, cuando existan plazas vacantes y no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. Como medida preventiva para evitar un uso abusivo de esta figura para ejercer funciones de carácter permanente o estructural, las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración Pública. Transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino⁸⁶⁰. Excepcionalmente, el personal funcionario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el art.70

⁸⁵⁸ En estos dos últimos supuestos se sustituye el tenor del art.10.6 EBEP, añadido tras la Ley 15/2014, por el RD Ley 14/2021. Se contemplaba entonces la posibilidad de 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 los límites de duración señalados, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.

⁸⁵⁹ Apunta además CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.11, como “*en los últimos años el propio legislador y la propia Administración han terminado pervirtiendo o desnaturalizando parcialmente esta especial naturaleza temporal, excepcional y de urgencia*”.” Junto a la mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos por la Administración, para MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos de “indeterinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 384, 2015, pág. 20, el nuevo art.10.6 EBEP supone una reacción del legislador a la Jurisprudencia que, como se dirá, empieza a reconocer al indefinido no fijo y al interino por vacante indemnización tras su cese por amortización de plaza o cobertura reglamentaria del puesto de trabajo. Vid también RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017, pág. 29, para quien “*se permite la utilización de la figura del funcionario interino para dar cobertura a cualesquiera de las necesidades de reclutamiento temporal de las Administraciones sin límite causal, sin riesgo, hasta ahora, de tener que abonar ninguna indemnización y sin soportar la sanción de la estabilidad del orden social, primando la eficacia en la gestión y siendo competente para su enjuiciamiento la jurisdicción contencioso administrativa*”.

⁸⁶⁰ La redacción del precepto no cierra la puerta a que sea el mismo interino que ocupaba el puesto el que sea nombrado para esta nueva interinidad para CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y estabilización del empleo público temporal*, Wolters Kluwer, 2022, pág.242. En el mismo sentido, MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Su incidencia en la administración local”, *AA*, nº 6, 2022, subraya que se utiliza la expresión “*nuevo nombramiento*” y no nuevo funcionario interino.

EBEP⁸⁶¹. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica (art.10.4 EBEP). Esto es, aunque la regla general va a ser que la duración de este nombramiento de interinidad por vacante es de tres años, si el funcionario interino llevaba menos de tres años cuando se convoca la plaza, excepcionalmente puede permanecer en ella hasta que se ocupe por el funcionario de carrera que haya superado ese proceso selectivo⁸⁶².

La norma aclara cómo han de ser los procedimientos de selección de funcionarios interinos, que no pueden ser equiparables a los del funcionario de carrera⁸⁶³. De este modo habrá de realizarse mediante procedimientos que serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y celeridad, y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto (art.10.2 EBEP). Si se compara con la redacción anterior de este precepto, tras el RD Ley 14/2021 se insiste dos veces en la publicidad del procedimiento selectivo; se sustituye la expresión ágiles por el respeto al principio de celeridad y se subraya que tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. La norma también remarca que el nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de funcionario de carrera. Es decir, se intensifica la nota de temporalidad al descartar cualquier expectativa de permanencia⁸⁶⁴.

En cuanto a su régimen jurídico, a los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, el régimen general de los funcionarios de carrera, salvo

⁸⁶¹ Se sustituye la redacción anterior al RD Ley 14/2021 que disponía que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos debían incluirse en la OEP correspondiente al ejercicio en que se producía su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decidiese su amortización. Hasta la Ley 20/2021, como observa RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual” en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. y SPINELLI, C. (Dir.): *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág.177, ha sido habitual que, aprobada la OEP, no se publique la convocatoria de las plazas en el plazo de tres años o que aprobada la convocatoria ésta sea anulada o suspendida cautelarmente administrativa o judicialmente.

⁸⁶² Vid MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021...op.cit.

⁸⁶³ Como también sostiene ARROYO YANES, L.M.: “El nuevo régimen del funcionario...op.cit.,pág. 148, si se sometiera a un procedimiento con la misma exigencia que al funcionario de carrera, sería desproporcionado ya que, tras el mismo, nunca ostentaría la condición de tal.

⁸⁶⁴ Para CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.,pág.241*, la norma insiste en que no se puede pasar de funcionario interino a funcionario de carrera, sin embargo esta afirmación no se hace respecto a que el personal temporal laboral pueda convertirse en personal permanente.

aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera⁸⁶⁵, lo que no incluye el derecho a la inamovilidad⁸⁶⁶ (art.10.5 EBEP). Y en este sentido, resulta interesante recordar que, tradicionalmente se ha considerado que, si bien la relación jurídica que vincula al funcionario de carrera con la Administración Pública es subjetiva, lo que significa que no está vinculada al puesto de trabajo que ocupa, la relación del funcionario interino, por el contrario, puede calificarse de objetiva dado que surge y se mantiene en relación a un concreto puesto de trabajo o función. Por ello, la desaparición del puesto que ocupa el funcionario interino da lugar a su cese y al fin de la relación jurídica con la Administración que lo nombró; mientras que, ese mismo hecho, de tratarse de un funcionario de carrera no afectaría a la pervivencia de su relación jurídica dado que no constituiría causa de cese, debiendo el ente público reubicar al mismo en otro puesto de trabajo⁸⁶⁷.

Esta remisión del estatuto jurídico del funcionario interino al régimen del funcionario de carrera no ofrece demasiadas certezas. Sin embargo, se observa un movimiento de aproximación de uno a otro régimen, fruto, principalmente, del influjo del TJUE. Dado que son nombrados para desempeñar las funciones propias del funcionario de carrera, como recuerda MELLADO, la única diferencia entre uno y otro tipo de empleados públicos reside en el carácter temporal de su nombramiento. Y ello, para el TJUE, como después se dirá, no constituye razón objetiva suficiente para justificar un trato diferenciado⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Lo que provoca problemas interpretativos por lo que hubiese sido más sencillo elaborar un estatuto del funcionario interino. Como estudia ARROYO YANES, L.M.: “El nuevo régimen...op.cit., pág.151, no reconocerle el derecho a la carrera profesional vertical - cuerpo o escala perteneciente a un grupo o subgrupo de titulación inferior a otro superior- porque ello exige la inamovilidad propia del funcionario de carrera; pero quizás sí a la horizontal, tras haberse sometido a evaluaciones del desempeño – y que en algunas ocasiones queda sustituida por un aumento de las retribuciones-. La STS C-Advo 29/10/2019 rec. 2237/2017 les reconoce el derecho a la promoción horizontal entendida como progresión en el grado, categoría o escalón sin cambiar de pu esto de trabajo pero con incremento de las retribuciones. No tendrían reconocido el derecho a la excedencia voluntaria por interés particular (art.89.2 EBEP), vid STS C-Advo 19/1/2023 rec.4531/2021.

⁸⁶⁶No obstante, subraya MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.100, va a tener derecho a la estabilidad de la relación. Entendiendo por tal la limitación o eliminación de la discrecionalidad de la Administración contratante en la apreciación de las causas de finalización del nombramiento, que deben estar delimitadas objetivamente.

⁸⁶⁷ Vid FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El funcionario interino...op.cit., pág.92, quien recuerda que la condición de funcionario de carrera con la Administración Pública conforma “una condición personal y un estatuto jurídico desvinculado del puesto en cuanto que elemento objetivo”.

⁸⁶⁸Para MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit., pág.99, debido a la consideración de que la relación del funcionario interino con la Administración es objetiva -y no subjetiva-, tradicionalmente, no se les han reconocido derechos como la excedencia voluntaria por interés particular; aunque, y por influencia del Derecho de la Unión Europea, en los casos de interinidades de larga o excesiva duración, podría defenderse cierto estatus subjetivo, desvinculado del puesto de trabajo. Sin embargo, para

El art.10.3 EBEP contiene también las causas de finalización de la relación de interinidad y, en su actual redacción, introduce criterios objetivos para una mayor claridad en cuanto a la duración máxima de la permanencia de este personal y para, fundamentalmente, evitar la perpetuación de la cobertura de puestos de trabajo por personal interino, fomentando la estabilidad en el empleo y coadyuvando a la cobertura permanente de los puestos de trabajo.

La Administración formalizará de oficio⁸⁶⁹ la finalización de la relación de interinidad por las causas previstas en el art.63 EBEP y además por las siguientes⁸⁷⁰: por la cobertura reglada del puesto por personal funcionario de carrera a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos -selección, promoción interna o provisión de puestos de trabajo, como el concurso o la libre designación-; por razones organizativas que den lugar a la supresión o a la amortización de los puestos asignados; por la finalización del plazo autorizado expresamente recogido en su nombramiento; y por la finalización de la causa que dio lugar a su nombramiento. Por lo que se observa, en la actualidad se añaden tres causas de finalización de estas relaciones de servicio que no se recogían en su redacción original⁸⁷¹. La finalización de esta relación de interinidad, en principio, no dará derecho a compensación económica de ningún tipo (art.10.3 EBEP).

FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El funcionario interino...op.cit., pág.95, *“aun admitiendo derechos laborales, que amparan la suspensión del desempeño activo de las funciones del puesto de trabajo (ej. vacaciones, incapacidad temporal,...) resulta complejo admitir la suspensión del servicio activo vía situaciones administrativas que implican reserva del puesto y, casi imposible, cuando no existe tal reserva, lo que no haría sino confirmar la naturaleza objetiva de la relación funcional interina por su vinculación a un determinado puesto”*. Coincide con el anterior ARROYO YANES, L.M.: “El nuevo régimen...op.cit., pág.163, y sostiene que no es posible, a no ser que la normativa les reconozca disfrute de estas situaciones - el art.85 EBEP expresamente dispone que el Título VI se aplica a los funcionarios de carrera-. Y cree que no se está ante un supuesto discriminatorio en relación con el funcionario de carrera: el funcionario interino lo es mientras ocupa el puesto de trabajo para el que ha sido nombrado por razones de necesidad y urgencia. Resultaría contradictorio que disfrutase de una determinada situación administrativa habiendo desaparecido los motivos para los que fue nombrado.

⁸⁶⁹ Recuerdan CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.241, que el cese se produce de oficio, no es un acto automático, sino un acto administrativo reglado y no discrecional; en otro caso, dejaría de tener sentido la previsión de la compensación económica de la DA 17ª EBEP por incumplimiento de los plazos máximos de permanencia.

⁸⁷⁰ Como ya se ha dicho, recordamos ahora con FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.92, que salvo causa de cese –prevista en la ley, para evitar la discrecionalidad-, tiene derecho a la permanencia en su relación de servicio. En este sentido también, MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit., pág.103, destaca que el cese no puede ser discrecional u optativo, sino responder a causas objetivas que exteriorizarían la desaparición de la urgencia y/o necesidad que dio lugar al nombramiento. En este sentido, entre otras, la STS c-advº 20/1/2020 rec.2677/2017.

⁸⁷¹ Este apartado del precepto también es objeto de modificación por el RD Ley 14/2021. Antes, simplemente se indicaba que el cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el art.63 EBEP, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento

El recurso a la figura del funcionario interino, además de brindar flexibilidad a la Administración Pública en la gestión de sus recursos humanos, le ha venido permitiendo un significativo ahorro de costes en comparación con la contratación laboral. Así, en primer lugar, en cuanto a su cese, en el caso del funcionario interino por vacante se produce por cobertura reglamentaria de la plaza o amortización. En el caso de sustitución de un funcionario de carrera se producirá al incorporarse este último; en el resto de supuestos, por el transcurso del período máximo previsto por el EBEP. Pero puede decirse que será suficiente con que “*el instrumento de ordenación de puestos de trabajo acredite que el que desempeña el interino ha dejado de ser necesario para la organización*”⁸⁷². Luego, esta figura permite a la Administración una mayor elasticidad en la gestión de sus recursos humanos, lejos de la rigidez del régimen jurídico de los funcionarios de carrera que sólo pierden la condición de tal, como se dijo, por alguna de las causas enumeradas en el art.63 EBEP.

En segundo término, esta rama del ordenamiento jurídico no contempla, en principio y a salvo de lo que después se dirá, indemnización alguna por finalización de la prestación de servicios – cese o supresión o cobertura del puesto que ocupa - de los funcionarios interinos⁸⁷³ lo que la hace más atractiva para el empleador que las medidas previstas por el ordenamiento laboral, como parte de su batalla contra el empleo temporal. Bien es cierto que el cese en la condición de tal del funcionario de carrera, tampoco lleva aparejada previsión de indemnización alguna, sin embargo, su normativa reguladora contempla herramientas más protectoras con el empleado público que tratan de evitar, en determinadas circunstancias, la privación total de empleo o al menos un déficit de ingresos⁸⁷⁴.

⁸⁷²Indica CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.10-11, que “ *es posible su cese cuando la Administración, en virtud de su potestad de autoorganización, justifique de forma motivada que han desaparecido las razones de necesidad y urgencia que motivaron su nombramiento*”.

⁸⁷³ En opinión de LÓPEZ PÉREZ, J.F.: “Funcionarios, preferiblemente interinos”, *Diario La Ley* nº 9134, Sección doctrina, 7/2/2018, Wolters Kluwer, pág.6, “*la diferencia de trato es innegable, con independencia de que esté o no justificada...*” Líneas abajo se dirá que se contempla compensación económica si se superan los plazos máximo de permanencia en nombramientos temporales (DA 17ª.4 EBEP) o si no se supera por el funcionario el proceso selectivo de estabilización de empleo (art.2.6 *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*), como recuerdan CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*, pág.121.

⁸⁷⁴ Es el caso, entre otras, de la recogida en el art.79.4 EBEP -*concurso de provisión de los puestos de trabajo del personal funcionario de carrera* – al disponer que se debe asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración y con las garantías inherentes de dicho sistema, en el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso. O, la del art. 80.4 EBEP, en los supuestos de ceses de funcionarios de carrera, titulares de puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública, se les deberá asignar un puesto de trabajo

Destacable es también el poco interés, al menos hasta la publicación de la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas de reducción de la temporalidad en el empleo público*, que nuestra normativa administrativista ha mostrado para poner freno a la temporalidad y remedio a la falta de estabilidad de este colectivo de empleados públicos. Podría decirse que las únicas previsiones destinadas a reconducir el exceso de temporalidad entre este colectivo son, por una parte, la recogida en la anterior redacción del art.10.4 EBEP, que, ante el supuesto de plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos disponía que deben incluirse en la OEP correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Esta medida, si bien insuficiente y sistemáticamente incumplida⁸⁷⁵, responde a la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE, como se verá después. Y por otra parte, la DT 4ª EBEP, que bajo el epígrafe de consolidación de empleo temporal, permitía y permite, aunque limitadamente, a las Administraciones Públicas efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, siempre que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes a dicho sistema. Asimismo, las leyes de la función pública que se dicten en desarrollo del EBEP podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, distintas de las situaciones administrativas básicas del art.85.1 EBEP, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando, entre otras circunstancias, 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 (art.85.2.a EBEP). Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá conllevar garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo (art.85.2 EBEP). Formando parte también de este conjunto de herramientas de protección del funcionario de carrera, resultan interesantes la situación administrativa de expectativa de destino (art.29.5 LMRFP) y la de excedencia forzosa aplicable a los funcionarios en situación de expectativa de destino (art.29.6 LMRFP). Esto es, básicamente, y a diferencia del funcionario interino, la supresión del puesto de trabajo del funcionario de carrera lleva aparejada para su Administración Pública empleadora la obligación de adscribirlo a otro puesto de trabajo – con el abono de las pertinentes indemnizaciones si ello implica una movilidad geográfica fuera de la ciudad de su lugar de trabajo – y, de resultar imposible por inexistencia de puesto de trabajo adecuado a la condición del funcionario, pasa situación de excedencia forzosa, situación en la que sigue percibiendo parte de sus retribuciones. Y esta parte del régimen general de los funcionarios de carrera tampoco resulta aplicable al funcionario interino (art.10.5 EBEP). Vid, por otros, LÓPEZ PÉREZ, J.F.: “Funcionarios, preferiblemente...op.cit.,pág.5.

⁸⁷⁵ Bien por los condicionantes del legislador en época de crisis o por falta de voluntad del empleador en época económicamente más próspera. Por otros, SERRANO PASCUAL, A.: “Situación actual del empleo público en España”, ponencia en el curso de la UIMP “El empleo público y la modernización de la Administración”, celebrado en Huesca del 3 al 5 de octubre de 2018, pág.3, opina que en muchas ocasiones las limitaciones a la OEP por las normas presupuestarias han servido de excusa para el incumplimiento de lo dispuesto por el EBEP y destaca la ausencia de medidas correctivas o sancionadoras del mismo.

A este RD Ley hay que añadir las medidas de estabilización del empleo temporal que en el caso de la Administración Pública incorpora la Ley 20/2021⁸⁷⁶. La cuestión resultaba mucho más alarmante en el caso del empleo temporal en régimen de Derecho Administrativo, al que como se ha dicho también se aplica la Directiva, porque aquí la transposición podía calificarse, simplemente, de inexistente, como se ha abordado en algún capítulo anterior. Lo anterior explicaría el copioso número de cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles al TJUE⁸⁷⁷.

Hasta la aprobación de la Ley 20/2021, podrían enumerarse, entre estas escasas medidas, la mención del art.70 EBEP sobre la necesidad de ejecutar la OEP en el plazo de tres años, y algunas recomendaciones de la existencia de sobradas razones de excepcionalidad y urgencia para el nombramiento de funcionarios interinos del art.10.1 ó el 10.6 EBEP o la mención del art.9.3 Ley 55/2003 al estudio de las causas de nombramientos sucesivos de nombramientos eventuales, en un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, *para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro*. Sin embargo, ni se recogen medidas para la limitación de los abusos en los sucesivos nombramiento temporales; ni se prevé indemnización alguna al cese del empleado público administrativo; ni se les reconoce la igualdad de derechos con los empleados indefinidos en los términos del art.15.6 ET. Ni el EBEP, ni la LRBRL, ni la Ley 55/2003 prevén una regulación similar al art.15.3 ó la DA 15ª ET para prevenir los abusos en la contratación temporal⁸⁷⁸. Puede

⁸⁷⁶ Y en este sentido, FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo sobre...op.cit.,pág.105, sostiene que hasta el RD Ley 32/2021 y la Ley 20/2021, el legislador español, compelido, fundamentalmente, por la Jurisprudencia del TJUE, ha ido introduciendo en nuestra normativa “parches puntuales y tardíos” que ha tenido escaso efecto para reducir la temporalidad en el empleo público.

⁸⁷⁷ Así, por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la Ley 20/2021 con excepción del art.10.4 EBEP en relación con la obligación de incluir en la OEP las vacantes de las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos; las limitaciones temporales del 10.1.c EBEP o del art.10.6 EBEP – o también art.9.3 Ley 55/2003, en su redacción anterior a la publicación del RD Ley 12/2022, dispone que si se realizan dos nombramientos de personal estatutario eventual para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro -, o de la consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, de la DT 4ª EBEP – así como de alguna de las LPGE de los últimos años-, la normativa de empleo público no ha contenido otro efecto preventivo o penalizador para la Administración que lleva a cabo un uso abusivo y/o fraudulento de estos nombramientos ni ha contemplado indemnización alguna para el empleado público que se ve cesado.

⁸⁷⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017, pág.222. Antes al contrario, la normativa laboral se muestra más permisiva con la Administración Pública ya que, como se ha dicho, contiene especialidades en la regulación de la contratación temporal.

decirse que la Administración Pública encuentra escasos límites en la gestión de este colectivo de empleados públicos, en cualquier caso, inferiores a los establecidos por el Derecho del Trabajo⁸⁷⁹. Más aún, en la regulación del régimen jurídico de este sector del empleo público España estaría incumpliendo flagrantemente la Directiva 1999/70/CE ya que no se contemplaba medida alguna preventiva del uso abusivo del empleo temporal.

2.1.2. El personal estatutario temporal de los servicios públicos de salud

El EBEP no recoge expresamente en su clasificación de empleados públicos al personal estatutario de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud (art.8 EBEP), pero sí aparece mencionado en el ámbito de aplicación del EBEP (art.2.3 EBEP). El art.1 *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*⁸⁸⁰, norma reguladora de este tipo de prestación de servicios, la califica de relación funcional especial. Este Estatuto marco se ve modificado por medio del *Real Decreto Ley 12/2022, de 5 de julio, por el que se modifica la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios públicos de salud*⁸⁸¹. Reforma que quiere ofrecer respuesta a las demandas, desde instancias europeas, en relación al cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE y que hay que enmarcar dentro del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* tanto en el componente 11 relativo a la modernización de las Administraciones Públicas - reducción de la temporalidad en el empleo público – como en el componente 18 sobre renovación y ampliación de las capacidades del Sistema Nacional de Salud, cuya reforma 4 se refiere al refuerzo de las capacidades profesionales y reducción de la temporalidad y se prevé, expresamente, que se reformará la ley que regula el personal sanitario en España.

⁸⁷⁹MORO TELLA, R: “La introducción de medidas...op.cit.

⁸⁸⁰ La *EM* de la Ley 55/2003 explica cómo se entendió necesario el establecimiento de un estatuto marco que recogiese la normativa básica aplicable al personal estatutario en todos los servicios de salud, con normas básicas específicas y diferenciadas de las generales de los funcionarios públicos. Ello responde a 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. A mayor abundamiento, 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”, *RGDTSS*, nº 6, 2004; GONZÁLEZ SALINAS, P. y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Thomson Civitas, 2005; PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson Aranzadi, 2006; LOMAS HERNÁNDEZ, V.(coord.): *Régimen Jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemática y cuestiones prácticas*, Aranzadi, 2017.

⁸⁸¹ Dando respuesta a lo dispuesto en la DF 2ª RD Ley 14/2021, de 6 de julio.

Estos empleados públicos desempeñan su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado (art.2 Ley 55/2003). Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven (art.8 Ley 55/2003). Junto a los anteriores, la *Ley 55/2003* posibilita a los Servicios de Salud el nombramiento de personal estatutario temporal interino y de personal estatutario sustituto.

Los nombramientos de personal estatutario interino se producirán por razones justificadas de necesidad y urgencia para desempeñar con carácter temporal funciones propias de estatutarios fijos (art.9 Ley 55/2003)⁸⁸². Se podrán llevar a cabo en los siguientes tres supuestos, en términos muy parecidos al art.10 EBEP.

En primer lugar, durante un máximo de tres años cuando exista plaza vacante y no sea posible su cobertura por personal estatutario fijo. En segundo lugar, para la ejecución de programas de carácter temporal, que deberán especificar sus fechas de inicio y finalización y que no podrán tener una duración superior a tres años. Con la advertencia de que los programas objeto de nombramiento no pueden ser de una naturaleza tal que suponga la ejecución de tareas o la cobertura de necesidades permanentes, habituales de duración indefinida de la actividad propia de los servicios de salud. Y, en tercer lugar,

⁸⁸² Art.9 Ley 55/2003 aplicable a los nombramientos de personal estatutario temporal producidos con posterioridad a la entrada en vigor del RD Ley 12/2022 (DT 1ª RD Ley 12/2022). Hasta la publicación del RD Ley 12/2022, el personal estatutario temporal podía ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución; y les resultaba aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal estatutario fijo. El *nombramiento de carácter interino* se expedía para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando fuese necesario atender las correspondientes funciones (art.9.2 Ley 55/2003). El de *carácter eventual* se producía atendía la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria; cuando fuera necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios y para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria (art.9.3 Ley 55/2003). Como única cautela, para evitar abusos en este tipo de nombramientos, se disponía que *si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro (art.9.3 Ley 55/2003)*. Estudia RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación Laboral*, nº 110, fascículo 2, 2017, pág.34-35, que el nombramiento de sustitución y eventual presentaba muchas similitudes con los contratos temporales laborales; sin embargo la causalidad se difuminaba en el nombramiento eventual para cuando fuese *necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios* o en el supuesto de nombramiento interino *para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones*. Y el *nombramiento de sustitución* cuando resultase necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comportasen la reserva de la plaza (art.9.4 Ley 55/2003).

para hacer frente al exceso o acumulación de tareas, debiendo, en este caso, detallarse las mismas, concretando la fecha del inicio y fin del nombramiento, por un plazo máximo de nueve meses, dentro de un período de dieciocho meses.

En los dos últimos supuestos, cumplidos los plazos y condiciones que en ellos se plantean y en caso de que fuese necesaria la realización de nuevos nombramientos, se tramitará la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. En aquellos servicios o unidades en que se efectúe este tipo de nombramientos y no se cree una nueva plaza, superados los plazos establecidos en cada caso, no podrá hacerse un nuevo nombramiento por la misma causa en un periodo de dos años (art.9.1 Ley 55/2003).

La finalización de esta relación estatutaria se produce, además de por las causas de pérdida de condición del personal estatutario fijo (art.21 Ley 55/2003), por la cobertura de la plaza que se desempeñe por personal estatutario fijo a través de cualquiera de los procedimientos legalmente establecidos; por razones de carácter organizativo que den lugar a la supresión o amortización de la plaza o puesto ocupado; por la finalización del plazo establecido y recogido expresamente en el nombramiento; y por la finalización de la causa que originó el nombramiento (art.9.2 Ley 55/2003). La norma recuerda que no habrá lugar a compensación por la finalización de esta relación.

En términos semejantes al art.10.4 EBEP, en el supuesto de existencia de plaza vacante cuando no sea posible su cobertura por personal estatutario fijo, las plazas vacantes desempeñadas por personal estatutario interino deberán ser objeto de cobertura mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración sanitaria. No obstante, transcurridos tres años desde el nombramiento del personal estatutario interino se producirá el fin de la relación de interinidad y la vacante solo podrá ser ocupada por personal estatutario fijo, salvo que en el correspondiente proceso selectivo no se haya cubierto la plaza en cuestión, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal estatutario interino. Excepcionalmente, el personal estatutario interino podrá permanecer en la plaza que ocupe temporalmente, siempre que se haya publicado la correspondiente convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del personal estatutario interino. En este supuesto podrá permanecer hasta la resolución de la convocatoria, sin que su cese dé lugar a compensación económica.

Asimismo, los servicios públicos de salud podrán nombrar temporalmente *personal estatutario sustituto* para el desempeño de funciones propias de personal estatutario en tres supuestos (art.9 bis Ley 55/2003). Cuando resulte necesario para atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los periodos de vacaciones, permisos, dispensas y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de plaza (sustitución). Para garantizar la prestación asistencial en los centros e instituciones sanitarias, durante un plazo máximo de tres años, identificando la causa que lo origina, siendo un nombramiento vinculado a la cobertura de exención de guardias, por razón de edad, o enfermedad, pudiendo sustituir hasta dos personas siempre que con la plantilla disponible no fuese posible cubrir esta contingencia y respetando los límites legales de la jornada (art.48.2 y 49 Ley 55/2003). Y en los casos de reducción de la jornada ordinaria de personal estatutario, identificando a la persona o personas concretas a quien se complementa la jornada, durante todo el período correspondiente y en la modalidad que motiva la reducción. La relación estatutaria temporal de sustitución finalizará por las causas de pérdida de condición del personal estatutario fijo (art.21 Ley 55/2003) y, específicamente, por la finalización del plazo establecido y recogido expresamente en el nombramiento y por la finalización de la causa que originó el nombramiento, sin derecho a compensación por estos motivos⁸⁸³.

Tanto al personal estatutario temporal interino como sustituto les será aplicable el régimen general del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de personal estatutario fijo (art.9 ter Ley 55/2003).

Asimismo, y en términos semejantes, como se verá, a la DA 17ª EBEP, se dispone que las actuaciones irregulares en materia de nombramiento de personal estatutario temporal y sustituto darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas para los gestores sanitarios; la nulidad de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, cuyo contenido suponga el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia como personal estatutario temporal y el reconocimiento de una

⁸⁸³ Este art.9 bis Ley 55/2003 resulta de aplicación a los nombramientos producidos tras la entrada en vigor del RD Ley 12/2022 (DT 1ª RD Ley 12/2022).

compensación económica para el personal afectado por el incumplimiento de esos plazos máximos de permanencia (art.9 quater Ley 55/2003).

Interesante recordar, en su afán de lucha contra la temporalidad, el nuevo art.33 Ley 55/2003 establece - recordando en su redacción al art.10 EBEP-, que la selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en todo caso en los principios de igualdad, mérito, capacidad, competencia, publicidad y celeridad y tendrán por finalidad la cobertura inmediata del puesto. Y se deja claro que el nombramiento derivado de estos procedimientos de selección en ningún caso dará lugar al reconocimiento de la condición de estatutario fijo.

Las plazas desempeñadas por personal estatutario interino deberán ser objeto de cobertura inmediata mediante cualquiera de los mecanismos de provisión o movilidad previstos en la normativa de cada Administración sanitaria. La cobertura de la plaza conlleva el cese del personal estatutario interino que venía desempeñándola (art.33.2 Ley 55/2003)⁸⁸⁴.

2.2. Empleo público en régimen de Derecho laboral

El otro gran colectivo de empleados públicos se rige, principalmente, por el Derecho del Trabajo. El EBEP se refiere a este personal como aquel que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral⁸⁸⁵, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas (art.9.1 EBEP). El empleado público en régimen laboral podrá desempeñar cualquier puesto de trabajo en la Administración Pública siempre que no suponga 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, pues éstos corresponden en exclusiva a los funcionarios públicos (art.9.2 y 11.2 EBEP). Serán las leyes de Función Pública, dictadas en desarrollo del EBEP, las que establezcan los

⁸⁸⁴A toda esta relación de empleados públicos temporales cabría añadir, por ejemplo, el empleo público en las Fuerzas Armadas, ámbito donde nos encontramos relaciones de servicio de carácter permanente y temporal (*art.2 y 6 Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería*).

⁸⁸⁵ Aunque el EBEP no establece limitación alguna, resulta poco probable que la Administración contrate bajo alguna de las modalidades contractuales laborales que contemplen algún tipo de medida de fomento del empleo. Parecen más bien pensadas para incentivar la contratación en el sector privado y pueden plantear problemas de compatibilidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Tampoco tendría mucho sentido incentivar a la Administración Pública con dinero público – bien mediante subvenciones o mediante reducción o bonificación en las cotizaciones sociales – la contratación de sus trabajadores.

criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral⁸⁸⁶.

La Administración Pública podrá celebrar contratos de trabajo que en función de su duración podrán ser fijos, por tiempo indefinido o temporales (art.11.1 EBEP). El EBEP, como se observa, identifica un *tertium genus*, el indefinido, que no es sinónimo de personal laboral fijo (art.15.1 ET).

2.2.1. Breve referencia a la contratación laboral fija

El contrato laboral fijo en el empleo público es aquel que se ha celebrado con un trabajador que ha superado un proceso selectivo, respetuoso con los principios constitucionales de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, de acceso a un puesto de trabajo fijo. El personal laboral fijo es el equiparable al contrato de trabajo indefinido en el sentido en el que lo entiende la normativa laboral - que considera conceptos sinónimos el de fijeza y el de indefinición-, luego es estable en su empleo; si bien su nivel de estabilidad queda por debajo de la estabilidad -inamovilidad – de los funcionarios de carrera. Su relación laboral con la Administración Pública se extingue por alguna de las causas enumeradas en el art.49 ET, dando lugar, en su caso, a las correspondientes indemnizaciones previstas en la normativa laboral.

Asimismo, la Administración Pública puede celebrar contratos laborales fijos discontinuos (art.16 ET). Aunque de manera generalizada los servicios públicos no son de prestación cíclica o intermitente, sino permanente, la Administración Pública ha recurrido con relativa habitualidad a la celebración de este contrato⁸⁸⁷. Incluso, más de una vez, en lugar de un contrato fijo discontinuo se celebraba injustificadamente un contrato temporal – por obra o servicio o eventual – para atender a necesidades de mano

⁸⁸⁶ Tras la STC 99/1987, el art.15.1.c *LMRFP* enumera los puestos de trabajo que pueden ser ocupados por personal laboral.

⁸⁸⁷ GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral. Comentarios a la Reforma laboral 2021 y 2022*, Atelier, 2022, pág.92, recuerda algunos ejemplos de utilización del contrato de fijo discontinuo en la Administración – o incluso de indefinidos no fijos discontinuos – socorrista y monitor de piscina municipal de noviembre a septiembre (STS 22/3/2004); profesores de formación profesional (STS 27/3/2002 rec.2267/2001) y limpieza en centros escolares durante el curso escolar (STS 1/10/2001 rec.u.d. 3286/2000); celebración de encuestas previstas en planes de actuación anuales del INE (SSTS 30/5/2007 rec.2581/2006; 27/2/2007 rec.4220/2005; 22/2/2011 rec.2498/2011); contratos celebrados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria para las campañas del IRPF (SSTS 12/11/2004 rec.4669/2003; 24/10/2005 rec.3635/2004). GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pág.220, se refiere también a servicios públicos permanentes que cíclicamente puedan precisar de mayores necesidades de mano de obra – ej. Ayuntamientos que, en verano, multiplican su población lo que supone incrementar las actuaciones en materia de recogida de residuos, limpieza viaria y mantenimiento, asistencia sanitaria, limpieza de playas,...- o Comunidades Autónomas para la lucha contra incendios en las campañas de verano.

de obra cíclicas o intermitentes, con la justificación de que su financiación se llevaba a cabo con subvenciones, lo que llevaba a los Tribunales a calificar la existencia de una relación laboral de trabajador indefinido no fijo discontinuo⁸⁸⁸.

La posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos se reconoce expresamente en la DA 4ª RD Ley 32/2021, aunque se trata de un reconocimiento superfluo⁸⁸⁹ dado que de la lectura del art.11.1 EBEP ya podía deducirse esta posibilidad. Según está DA 4ª, los contratos por tiempo indefinido y los fijos discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las Administraciones Públicas y las entidades que conforman el sector público institucional⁸⁹⁰ tenga encomendados, previa expresa acreditación. Parece poco adecuada la redacción de esa DA porque podría dar pie a deducir que sólo los contratos indefinido y fijo discontinuo pueden ser esenciales para el cumplimiento de los fines de las Administraciones Públicas. Continúa, dicha DA 4ª, introduciendo una lógica referencia o un evidente recordatorio en materia presupuestaria, al indicar - en relación con la celebración de dichos contratos- que, sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la LPGE del vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública.

Este contrato cobra un renovado protagonismo tras la publicación del RD Ley 32/2021⁸⁹¹, entre otros motivos porque se pretende que absorba buena parte de lo que

⁸⁸⁸ Como observa GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.*,pág.92, citando reciente Jurisprudencia como las SSTs 2/7/2021 rec.u.d. 73/2020 y 30/6/2021 rec.1656/2020, a los trabajadores contratados por la sociedad mercantil pública TRAGSA para consecutivas campañas de extinción de incendios se les reconoce como indefinidos no fijos.

⁸⁸⁹ Por otros, vid. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal en el empleo público”, IUSLabor, nº 3, 2022, pág.64, “*el legislador no quería desaprovechar la ocasión para ensalzar una vez más las bondades y utilidad del contrato fijo discontinuo*”.

⁸⁹⁰ Vid RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *Labos*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022, pág. 143, destaca que esta previsión se aplica también al sector público institucional que incluiría organismos públicos y entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas y entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones. A su juicio es redundante e incompleta. GÓMEZ CABALLERO, P.: “El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *TL*, nº 161, 2022, pág.436 la DA 4ª RD Ley 32/2021 habla de sector público y la DA 5ª RD Ley 32/2021 remite al art.2 RD Ley 36/2020 y éste al art.2.1 Ley 40/2015

⁸⁹¹ TRILLO PÁRRAGA, F.J.: “El contrato fijo discontinuo en la Reforma Laboral de 2021”, NET21, nº 9, 2022, <https://www.net21.org/el-contrato-fijo-discontinuo-en-la-reforma-laboral-2021/> (visitado 15/5/2022), advierte de la conexión entre la modificación del art.15.1.a ET – que presume el contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido- y la “potenciación del contrato fijo discontinuo”. La reforma laboral encumbra a esta modalidad contractual como vía para recuperar y reforzar el principio de estabilidad en el empleo. BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio Trabajo y Economía Social, 2022, pág.85, califica de “*fundamental*” la nueva regulación y el papel que está llamado a desempeñar el contrato de fijo discontinuo como medio para “*reconducir al carácter indefinido los contratos temporales sin causa*”. Muy crítico con la nueva regulación

antes eran contratos por obra o servicio determinado⁸⁹². Persigue simultáneamente proporcionar estabilidad al trabajador y flexibilidad al empresario⁸⁹³ que, tras la reforma laboral, ve limitadas, como se dirá, las posibilidades de acudir a la contratación temporal. La nueva regulación unifica el contrato fijo discontinuo de fecha cierta o fijo periódico – al que se le aplicaba la normativa del contrato a tiempo parcial- con el fijo discontinuo de fecha incierta.

El contrato de fijo discontinuo podrá concertarse para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada⁸⁹⁴, así como para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza⁸⁹⁵ pero que, siendo de

de este contrato DUQUE GONZÁLEZ, M.: “El contrato fijo discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la introducción del trabajo a llamada en el ordenamiento español”, *Trabajo y Derecho*, nº 97, 2023, pág.2, alerta de que se “*ha querido introducir en nuestro ordenamiento algo lo más parecido posible a un contrato a cero horas, aunque muy probablemente se vaya a quedar en un contrato a llamada. De esta manera las bosas de contratación temporal que existían son redireccionadas de manera expresa a este nuevo tipo de contrato fijo-discontinuo, en una operación de maquillaje estadístico bastante evidente, ya que este contrato no se considera temporal, aunque haya sido el contrato típico, especialmente previsto para los temporeros*”.

⁸⁹² Aunque la descripción de las causas del art.16 ET no abarca, probablemente, todos los supuestos en los que se recurría al contrato por obra o servicio. En estos casos, el empresario se verá abocado a la celebración de contratos fijos. Como observa MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica”, *RGDTSS*, nº 62, 2022, pág.56, se trataría de que el fijo discontinuo “*atraiga toda la contratación temporal que hasta ahora ha podido considerarse irregular*”, así como “*toda la nueva contratación por circunstancias de la producción que podrá ser lícitamente temporal pero que no puede por su duración prevista, de más de seis meses, o en su caso un año*”. Para RODRÍGUEZ HERNANDEZ, J.: “La nueva regulación de los fijos discontinuos tras la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, nº 10034, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2022, Wolters Kluwer, la desaparición del contrato por obra o servicio determinado crea un vacío de coyunturalidad que trata de compensarse recurriendo al fijo discontinuo. En otro caso, obligar a las empresas a la contratación fija para necesidades coyunturales hubiera sido una solución difícilmente aceptada por las empresas.

⁸⁹³ Analiza este “*relanzado contrato*” GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022, pág.59, destacando que en su nueva redacción el art.16 ET soluciona algunas necesidades de flexibilidad de entrada de la empresa que “*antes se cubrían mediante contratos más precarios*” – habla de “*válvula de escape que compensa algunas de los márgenes de flexibilidad empresarial que la reforma ha sacrificado*”-. A mayor abundamiento consultar VICENTE PALACIO, A.: “Contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡Viva el contrato fijo discontinuo!” , Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>, (visitado 15/2/2022).

⁸⁹⁴BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en las Administraciones Públicas tras las reformas de 2021”, *Revista de Derecho Social* nº 97, 2022, pág.53, indica que “*en este caso la frecuencia o intermitencia viene marcada por un factor extrínseco del contrato*”. En este sentido, para GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen...op.cit.,pág.226, estamos antes actividades condicionadas por factores climáticos (agricultura, turismo,...), o por la demanda en ciertas épocas del año (ej.dulces navideños, rebajas comerciales,...), o la existencia de materias primas (ej.conservas vegetales,...) También ejemplifica CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El nuevo contrato fijo-discontinuo en la Reforma Laboral de 2021” en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pág. 122, posibles supuestos de celebración de este contrato.

⁸⁹⁵ GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág.76 y 77, confían en que el desarrollo reglamentario aclare la “*confusa extensión del contrato más allá de las*

prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados⁸⁹⁶.

La redacción del precepto lo hace muy flexible. Lo esencial es que la prestación va a ser intermitente y no permanente, bien sea estacional, de temporada con períodos de ejecución ciertos o inciertos. Para celebrar este contrato es fundamental la certeza en que se va a llamar de nuevo al trabajador para continuar con la prestación de sus servicios interrumpida previamente, aunque no se sepa con exactitud cuándo. Asimismo, lo importante es que este llamamiento no se produzca arbitrariamente o a capricho del empleador, que no se convierta este contrato en un contrato a llamada sino que responda a las necesidades de la actividad de la empresa⁸⁹⁷.

Tras la entrada en vigor del RDLey 32/2021, igualmente podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; además de entre una ETT y el trabajador contratado para ser cedido a una empresa usuaria⁸⁹⁸, conforme art.10.3 *Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*.

necesidades estacionales o de temporada". Entiende que "la búsqueda desconexión entre estacionalidad o temporada e intermitencia abre la configuración de cada contrato a la autonomía de la voluntad de las partes que dispondrán de margen para configurarlo... aunque en ningún caso puede suponer que la nueva regulación esté aceptando "el trabajo a llamada ni a vinculaciones de tipo cero horas".

⁸⁹⁶ Para BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.88, con la expresión de "períodos de ejecución ciertos" se entiende la existencia de certeza de que la actividad se llevará a cabo por pertenecer a la dinámica de funcionamiento ordinaria, permanente y habitual de la empresa y acerca del momento que desencadenara el llamamiento; lo que habría que diferenciarlo del contrato a llamada, que está prohibido por nuestro ordenamiento. En palabras de CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo contrato fijo-discontinuo...op.cit., pág.123, "la nota de certidumbre hay que entenderla referida a la realización de la actividad, que se sabe que va a suceder, pero sin que ello implique que la duración de los períodos de actividad y de las intermitencias deba ser siempre la misma, ni que las fechas de comienzo y finalización estén predeterminadas, pues los períodos de ejecución, según la norma, han de ser ciertos pero pueden ser indeterminados". GARCÍA ORTEGA, J.: "El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral", Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>, (visitada 15/2/2022) entiende que se necesita desarrollo reglamentario que concrete qué actividades tienen cabida en este supuesto y que podrían incluirse "cumplimiento de obligaciones contractuales concertadas con terceros que contemplen intermitencias". LAHERA FORTEZA, J.: "Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo discontinuo", Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/LAS-CINCO-MODALIDADES-DEL-NUEVO-CONTRATO-FIJO-DISCONTINUO-lahera-brief-AEDT.pdf> (visitada 25/6/2022), entiende que la temporalidad previsible y repetida cabe en la modalidad de contrato de circunstancias de la producción, si no supera de los noventa días no continuados al año.

⁸⁹⁷ GORDO GONZÁLEZ, L.: "Nuevos retos...op.cit.",pág.6

⁸⁹⁸ A juicio de GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*, pag.80, "se excluye la atención de un encargo extraordinario; que deberá atenderse, si es posible, mediante las figuras temporales del art.15 ET; y, si no lo es, a través de contratos indefinidos ordinarios... en ningún caso las necesidades fijas discontinuas de la empresa usuaria pueden

En cuanto a los requisitos formales, el nuevo art. 16.2 ET exige que el contrato de trabajo fijo-discontinuo se formalice por escrito⁸⁹⁹ y que recoja los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada y su distribución horaria⁹⁰⁰, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento (art.16.2 ET).

El llamamiento, sin duda, uno de los mayores rasgos identificativos de este contrato. Se entiende por tal la obligación del empresario de llamar o convocar al trabajador fijo discontinuo, tras la finalización de cada uno de los periodos de inactividad, para indicarle que comienza un nuevo tramo o fase de actividad y que sus servicios vuelven a ser precisos⁹⁰¹. El llamamiento deberá realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada⁹⁰². Será el convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa, el que establezca los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento⁹⁰³ de las personas fijas-discontinuas (art.16.3 ET). Además, la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o en su caso semestral, así como los datos de las altas de las personas fijas discontinuas una vez que se produzcan.

ser atendidas mediante la cesión por una ETT de un trabajador en misión". CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El nuevo contrato fijo-discontinuo...op.cit.,pág.126, "la ETT puede celebrar este contrato para atender a una pluralidad de contratos de puesta a disposición para atender a necesidades temporales de varias empresas usuarias, lo que se configuraría como una necesidad productiva fija discontinua de la propia ETT".

⁸⁹⁹ Ante la omisión de la forma escrita, entiende GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen jurídico...op.cit.,pág.231, que debería considerarse, salvo prueba de su carácter discontinuo, que se está ante un contrato indefinido ordinario.

⁹⁰⁰ Cabe pactar la distribución irregular de la jornada, horas extras e incluso, si el convenio lo contempla, ser un contrato parcial con horas complementarias, por otros, vid *contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, pág.63. En opinión de BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.,pág.96*.

⁹⁰¹Es básico para determinar el orden de reincorporación de los trabajadores fijos discontinuos a sus puestos de trabajo, vid GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen jurídico...op.cit.,, pág.235.

⁹⁰² Recuerda BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de...op.cit.,pág.86*, que el art.16 ET las reglas de este art.16.2 ET incorpora las garantías reconocidas por la *Directiva 2019/1152, de 29 de junio de 2019, sobre condiciones de laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea* y blindan este contrato contra el contrato a llamada. En el mismo sentido, LAHERA FORTEZA, J.: "Las cinco modalidades...op.cit.,recuerda que la doctrina jurisprudencial rechaza la existencia de este tipo de contratos (SSTS 19/2/2020 rec. u.d. 971/2017 y 28/10/2020 rec.u.d. 4364/2018).

⁹⁰³ En relación con los criterios objetivos por los que debe regirse el llamamiento, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: "El nuevo régimen jurídico...op.cit.,pág.239, recuerda que habitualmente se recurre a la de antigüedad, sin perjuicio de que puedan contemplarse otros como especialización del trabajador, residencia,... en ningún caso sería admisible incluir criterios que supusieran cualquier viso de discriminación ni tampoco dejar completamente su concreción en manos del empresario.

En caso de incumplimiento por el empresario de su obligación de llamamiento, los trabajadores fijos discontinuos podrán ejercer las acciones que procedan - iniciándose el plazo para ello desde el momento de la falta de éste o desde el momento en que la conociesen-. Los incumplimientos pueden ser muy variados – desde la omisión del llamamiento, hasta la alteración del orden de llamamiento establecido, o el retraso – por lo que no toda acción interpuesta por el trabajador fijo discontinuo, en este sentido, tiene inevitablemente que conducir la extinción del contrato de trabajo⁹⁰⁴.

No podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o los convenios colectivos. Tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados⁹⁰⁵, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia⁹⁰⁶ (art.16.6 ET).

Indicar, por último, que los convenios sectoriales, además de establecer bolsas sectoriales de empleo, podrán acordar la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, cuando las peculiaridades de la actividad y el sector lo justifiquen. Así como también un período de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras, cuando éste coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento (art.16.5 ET).

Aunque se ha señalado que la propia normativa está reconociendo expresamente que la Administración Pública puede celebrar este tipo de contratos, cabe advertir que la concertación de tal contrato plantea el problema de que, aunque discontinuo, estamos ante un contrato fijo o permanente por lo que esa plaza deberá aparecer en la correspondiente

⁹⁰⁴ Además de la demanda por despido cabría reclamar la reposición del derecho y las cantidades perdidas por el retraso o reclamar que se aplique el orden correcto de llamamiento, vid GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico...op.cit.,pág.240.

⁹⁰⁵ Recuerda CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El nuevo contrato fijo-discontinuo...op.cit.,pág.139, que a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, el Tribunal Supremo modifica su doctrina tras ATJUE 15/10/2019 asuntos C-349/18 y C-472/18). Ahora se computa la antigüedad del trabajador fijo discontinuo, esto es, todo el tiempo de duración del contrato y no sólo los períodos de actividad (ej. por otras SSTs 13/10/2021 rec.u.d. 3650/2018, 10/11/2021 rec.3368/2019,...),

⁹⁰⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico...op.cit.,pág.249, reconoce que los períodos de inactividad se tienen en cuenta para las condiciones salariales porque pueden tener que ver con la antigüedad, pero no para el cálculo de las indemnizaciones por extinción que sólo tienen en cuenta el período de trabajo efectivo.

RPT o instrumento similar e implica una ampliación de la tasa de reposición. Esto supone que la Administración Pública no disfruta de la misma facilidad para recurrir a esta figura contractual que el empresario privado. De la misma manera, los negociadores de la reforma laboral deciden remitir buena parte del régimen jurídico de este contrato a la negociación colectiva sectorial. Así sucede con las bolsas sectoriales para los períodos de inactividad – de indudable interés en el caso de la Administración Pública-; de la posibilidad de celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial – muy conveniente en materia deportiva o de control de aforos en instalaciones culturales,...-; o de los períodos de llamamiento. Ante la conocida dificultad de celebrar este tipo de convenios colectivos por las Administraciones Públicas, y de la imposibilidad de verse vinculadas por negociaciones de la que no han sido parte ni en las que han estado representadas por organización alguna, cabe preguntarse si, en estos casos, la única respuesta para la Administración será la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo completo⁹⁰⁷.

2.2.2. Contratación temporal laboral por las Administraciones Públicas

La generosa redacción del art.11.1 EBEP permite a la Administración Pública celebrar contratos de trabajo en cualquiera de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral. Esto es, le faculta, además de a contratar trabajadores fijos y fijos discontinuos, a celebrar contratos de duración determinada. Sin embargo, la contratación de trabajadores temporales, que es causal y debe ser excepcional⁹⁰⁸, ha de tener por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y de urgencia y someterse a las mismas reglas constitucionales de acceso al empleo público, pero aplicadas a un puesto de trabajo de naturaleza temporal. A los principios de igualdad, mérito y capacidad, -en el caso de este colectivo de empleados públicos-, el art.11.3 EBEP añade el principio de celeridad. Quiere, en primer lugar, y brevemente, repararse en los contratos temporales existentes con carácter previo a la publicación del *Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*.

⁹⁰⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit.,, pág.55. Vid también GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág. 8.

⁹⁰⁸ Comenta RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo...op.cit.,pág.168, que cuando se recurre a la contratación temporal para atender necesidades de mano de obra estructurales, se soluciona el problema de atención ininterrumpida del servicio público. Sin embargo, esta solución es la causa de un nuevo problema: una masa de empleados públicos temporales en situación abusiva o en precario.

a. *La contratación temporal anterior a la entrada en vigor del RD Ley 32/2021*

Hasta el 30 de marzo de 2022 los empresarios privados y las Administraciones Públicas han podido seguir concertando contratos por obra o servicio determinado, contratos eventuales o por circunstancias de la producción⁹⁰⁹ y contratos de interinidad, aunque con limitaciones en cuanto a su duración (DT 4ª RD Ley 32/2021).

Los *contratos por obra o servicio* se han venido celebrando para la realización de obras o servicios determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta. Este contrato, utilizado muy habitualmente por las distintas Administraciones Públicas para, prácticamente, todo tipo de necesidades de mano de obra, debe especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto, siendo la duración del contrato la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio. No pueden 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 -los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza- (art.15.1.a ET anterior al RD Ley 32/2021). Según preveía la protectora normativa laboral, el efecto que produce que un trabajador que preste sus servicios bajo esta modalidad contractual siga prestándolos una vez transcurridos estos plazos, es su transformación en trabajadores fijos de la empresa. Aquí nos encontrábamos otra significativa especialidad del empleo público laboral ya que, como se dirá después, el trabajador no se convertía en fijo sino en indefinido no fijo⁹¹⁰. Para la doctrina, la derogación de este tipo contractual

⁹⁰⁹ No podrá ser superior a seis meses. Aunque de manera transitoria, advierte GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.2, que empleados públicos con contratos por obra o servicio o eventual por circunstancias de la producción que van a desempeñar las mismas funciones que otros empleados públicos, contratados con posterioridad al 30 de marzo de 2022, con contratos fijos o fijos discontinuos.

⁹¹⁰ Durante mucho tiempo la Jurisprudencia ampara un uso desviado de esta modalidad contractual por la Administración avalando su duración mientras durase la subvención de programas o planes públicos (entre otras, SSTS 10/12/1999 rec.415/1999; 2/6/2000 rec.2645/1999; 30/4/2001 rec.4149/2000,...). Doctrina judicial posteriormente rectificadora como estudia GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La contratación flexible en el empleo público. Luces y sombras” en *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág.219, en sentencias como la SSTS 21/3/2002 rec.1701/2001, 21/4/2014 rec.1231/2014, 17/5/2014 rec. 1988/2013, 23/4/2015 rec. 141/2015, 12/5/2015 rec. 2794/2013,... exigiendo posteriormente la celebración del contrato para la atención de necesidades extraordinarias y no ordinarias y permanentes de la Administración – para garantizar la existencia de sustantividad y autonomía de la obra o servicio . Como reconoce la STS 23/11/2016 rec.u.d. 690/2015, los servicios concertados que pueden justificar esta modalidad contractual han de reunir consistencia,

temporal incrementará los nombramientos de funcionarios interinos, produciéndose, en este sentido, una huida del Derecho del Trabajo⁹¹¹.

El denominado *contrato eventual o por circunstancias de la producción* se celebraba cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigían, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, estos contratos podían tener una duración máxima de seis meses, dentro de un periodo de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas - por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podía modificarse la duración máxima de estos contratos y el periodo dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el periodo máximo dentro del cual se podían realizar era de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del periodo de referencia establecido ni, como máximo, doce meses-. Si el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podía prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima. Por convenio colectivo se podía determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa (art.15.1.b ET anterior al RD Ley 32/2021).

De manera inadecuada se venía utilizando esta modalidad contractual para hacer frente a episodios de insuficiencia de plantilla en la Administración Pública o para cubrir

individualidad y sustantividad propias (SSTS 21/2008, rec.u.d. 178/2007; 5/4/2003 rec.u.d. 106/2001). Es adecuada su utilización cuando su objeto es un programa específico de ayuda para el fomento del empleo pactado por un Ayuntamiento que había obtenido una subvención de una Administración Autónoma (STS 9/12/2009 rec.u.d.346/2009); no siéndolo si es el desarrollo de una actividad normal o permanente de esa Administración (por todas, SSTS 20/10/2010 rec.u.d.3007/2009; 20/1/2011 rec.u.d.1869/2010), siendo siempre necesario que el objeto del propio contrato, además de intrínsecamente temporal (STS 18/10/1993 rec.u.d. 358/1993), se encuentre suficientemente identificado y que, en su ejecución, exista concordancia con lo pactado (SSTS 5/12/1996 rec.u.d. 2045/1996; 21/4/2010 rec.u.d.2526/2009). Puede consultarse SSTS 20/7/2017 rec.3442/2015; 8/6/2017 rec.1365/2015 y 20/7/2017 rec.3442/2015,...). También merece la pena recordar aquí la interesante STS 29/12/2020 rec.240/2018 porque con ella el Tribunal modifica su doctrina anterior que permitía los contratos por obra o servicio vinculados a la duración de la contrata. Ahora se entiende que falta justificación cuando la actividad esencial de la empresa se halla definida por la atención a los vínculos mercantiles que permiten su desarrollo, esto es, considera imposible la celebración de contratos por obra o servicio vinculados a la duración de la contrata.

⁹¹¹ Señala MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura...op.cit., pág.121, en concreto al art.10.1.c EBEP.

vacaciones⁹¹². Si bien, antes de la reforma laboral de 2021, el Tribunal Supremo ya había iniciado un cambio de tendencia rechazando la utilización de tal contrato para cubrir bajas durante el disfrute de vacaciones o para afrontar las insuficiencias crónicas o estructurales de plantilla⁹¹³.

⁹¹² A mayor abundamiento RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*, pág. 288-300. Se admitía la celebración del contrato eventual por acumulación de tareas por déficit de personal, entre otras, en STS 13/2/2006. Para GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La contratación flexible...op.cit.,pág.220, se avalaba por los Tribunales el recurso a esta modalidad contractual para cubrir vacantes, en lugar de recurrir al contrato de interinidad. Los laboristas criticaban la inseguridad jurídica que acarrea el criterio que se seguía: reconocimiento de su licitud para cubrir numerosos puestos vacantes e indeterminados, porque se estaría ante un supuesto de insuficiencia de plantilla y acumulación de tareas; y, de no darse estas circunstancias, había que acudir a la interinidad por vacante. Se admitía el contrato eventual para cubrir vacaciones porque la Administración no puede maniobrar, tan rápido como la empresa, en la contratación de personal cuando hay reducción acusada de plantilla, por ej. STS 9/12/2013 rec.101/2013.

⁹¹³ En la STS 9/2/2022 rec.u.d. 4892/2018 se sostiene que, salvo circunstancias excepcionales u ocasionales, las vacaciones no son causa justificativa del contrato eventual. La Administración, en cualquier caso, deberá probar que existe una necesidad imprevisible y fuera de cualquier ciclo de reiteración regular. Interesante la lectura de la STS 18/5/2022 rec. u.d. 4088/2020 que sintetiza la Jurisprudencia sobre la utilización de este contrato en el empleo público. Recuerda que se ha admitido la utilización de este contrato en los casos de insuficiencia de plantilla, cuando existe una situación de déficit de personal que sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles en ese momento, situación que se asimila a la de acumulación de tareas, doctrina que, incluso, permite este tipo de contrato para sustituir a trabajadores de vacaciones que estén debidamente identificados (SSTS 7/5/2020 rec.u.d. 743/2019; 16/5/2005 rec.u.d. 2412/2004; 7/12/2011 rec.u.d. 935/2011; 12/9/2017 rec.u.d. 2520/2015;31/5/2018 rec.u.d.3528/2016;...) Doctrina que se matiza, por otras, en SSTS 30/10/2019 rec.u.d. 1070/2017 y 10/11/2020 rec.u.d. 2323/2018, para indicar que la utilización del contrato eventual se ha admitido de forma particularmente excepcional en tales casos dadas las especificidades de la situación de insuficiencia de plantilla que cabía apreciar en el ámbito de la Administración. Si bien un desequilibrio genérico del volumen de la plantilla en circunstancias como las que concurren en la Administración que precisa del seguimiento de procedimientos reglados de creación de plazas, podría justificar extraordinariamente la contratación temporal, ésta sólo sería posible de acreditarse la concurrencia de los elementos que definen al contrato regulado en el art. 15.1 b ET; esto es, si concurrieran circunstancias no previsibles. El que los trabajadores de la plantilla se ausenten de su puesto de trabajo por circunstancias lícitas es una circunstancia plenamente previsible y, por consiguiente, no debe recurrirse al contrato eventual. Se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar. Este contrato obedece a la circunstancia extraordinaria en que pueda incurrir la plantilla de la empresa al concurrir una causa de suspensión del contrato. Nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de descanso y vacaciones, ni las suspensiones del contrato que conforman un determinado nivel de absentismo perfectamente conocido por la empleadora que constituye una situación estructural, incompatible con las causas de temporalidad del art. 15 ET. Se admite la contratación eventual como mecanismo coyuntural para suplir la insuficiencia de personal en los organismos públicos, limita su alcance a las situaciones en las que se produce un manifiesto desequilibrio entre el personal disponible y la actividad que debe desarrollar el organismo, por la existencia de vacantes que no pueden ser cubiertas de modo rápido ya que deben respetarse los mecanismos legales que rigen en materia de empleo público. En estos casos concurre la situación de que el organismo público que en un momento determinado tiene un número elevado de puestos sin titular, se encuentra en una situación de déficit de personal, en la que el trabajo sobrepasa la capacidad de los empleados disponibles, situación que puede prolongarse durante un cierto tiempo; pudiendo aparecer, por tanto, el supuesto propio de la acumulación de tareas.

Ahora bien, cuando la situación se reitera sistemáticamente en el tiempo convirtiéndose en una situación estructural en la que la empleadora, para organizar correctamente sus recursos, puede y debe tener en cuenta el nivel prolongado y sostenido de absentismo en su plantilla, y otros factores de estacionalidad repetida en las mismas fechas durante todos los años, ni existe situación de coyunturalidad, ni es posible explicar la temporalidad de los contratos, ni mucho menos justificar una sucesión de contratos temporales que se van sucediendo por las mismas o similares causas durante tan largo período de tiempo, ya que tal situación no

Como se decía arriba, la superación de los plazos máximos de duración del contrato se sancionaba con la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo (art.15.5 ET anterior al RD Ley 32/2021 y art.8.2 RD 2720/1998).

La extinción de estos dos tipos contractuales por sus causas específicas (art.49.1.c ET y 8 RD 2720/1998) da lugar a la indemnización de doce días de salario por año de servicio. Si esta extinción se produce por causas extintivas comunes, a estos contratos se les aplica el régimen extintivo de los contratos fijos.

El *contrato de interinidad* se concertaba cuando se trataba de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo⁹¹⁴, siempre que en el contrato de trabajo se especificase el nombre del sustituido y la causa de sustitución (art.15.1.c ET anterior a la publicación del RD Ley 32/2021)⁹¹⁵, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar era el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pasase a desempeñar el puesto de aquél. Asimismo, el art.5.2.b RD 2720/1998 permitía el contrato de interinidad por sustitución a tiempo parcial si se celebraba para complementar la jornada reducida de los trabajadores que ejercitasen los derechos reconocidos en el art.37.4 y 5 ET, o en aquellos otros casos en que, de conformidad con lo establecido legal o

sólo es contraria a la propia normativa vigente en materia de contratación sino que, a la vez, desvirtúa el efecto útil de las previsiones de la normativa europea sobre la cuestión y la fundamentación de la contratación temporal en nuestro ordenamiento jurídico que, con independencia de las modalidades que en cada momento autorice el legislador, se asienta sobre la previa existencia de necesidades no permanentes de mano de obra, ya que cuando tales necesidades derivan de la actividad habitual y estructural de la empresa, continuada o intermitente, se impone, de manera imprescindible, la contratación indefinida.

⁹¹⁴ En la STS 5/7/2016 rec.u.d. 84/2015 se resuelve que no es posible utilizar el contrato de interinidad por sustitución en los casos de excedencia voluntaria al no existir derecho a reserva de puesto de trabajo. Y tampoco es posible, en estos casos, reconvertir el contrato en uno de interinidad por vacante. Ante la ausencia de causa del contrato, la solución es la conversión del trabajador temporal en indefinido no fijo. También en la STS 19/1/2022 rec.3873/2018 rechaza que la cobertura de las vacaciones se lleve a cabo por la vía del contrato de interinidad por sustitución –con cita de SSTS 16/5/2005 rec.u.d.2412/2004; 12/6/2012 rec.u.d y 101/2013-. Tales ausencias al trabajo se producen dentro del normal desarrollo del contrato de trabajo y forman parte de la previsión organizativa que corresponde llevar a cabo al empleador, alejándose de la excepcionalidad que el contrato eventual viene a solventar. El contrato de interinidad obedece a la circunstancia extraordinaria en que pueda incurrirla plantilla de la empresa al concurrir una causa de suspensión del contrato. Nada de extraordinario resulta el disfrute de los periodos de vacaciones, ni otros descansos a los que tienen derecho todos los trabajadores de la empresa. Aunque parecería más lógico haber acudido al contrato de interinidad, la exigencia de la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo vetaba la celebración de este contrato. Entre otras, en la STS de 30/10/2019 rec. u.d. 1070/2019, se resuelve indicando que el contrato de interinidad no permite la inclusión de otras circunstancias en las que no existe obligación de prestar servicios que difieran de aquellas en las que se produce el denominado derecho de reserva del puesto de trabajo. En contrataciones en las que se sustitúan a trabajadores que pasaban a disfrutar de sus vacaciones anuales, permisos, descansos, el TS ha considerado que no pueden amparar la interinidad por sustitución por ser meras interrupciones ordinarias de la prestación de servicios.

⁹¹⁵ Sobre este contrato, ROMERO RÓDENAS, M.J.: “Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración Pública”, *Temas Laborales*, nº 45, 1997.

convencionalmente, se hubiese acordado una reducción temporal de la jornada del trabajador sustituido, incluidos los supuestos en que los trabajadores disfrutasen a tiempo parcial del permiso de maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de acuerdo con lo establecido en el art.48.4 ET.

El contrato de interinidad se podría concertar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, en cuyo caso el contrato debía identificar el puesto de trabajo⁹¹⁶ cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.

La duración del contrato de interinidad era la del tiempo de ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo o la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima. No obstante, la normativa laboral recogía una regla especial para los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas para la provisión de puestos de trabajo, en estos casos, y a diferencia de la empresa privada, la duración de los contratos coincidía con el tiempo que durasen dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica (art.4.1 y 2 RD 2720/1998). Coloquialmente se hablaba de una duración de tres años dado que ese es el plazo “improrrogable” – y sistemáticamente incumplido - que da el EBEP para la ejecución de la OEP o instrumento similar (art.70.1 EBEP).

La normativa no contempla indemnización para el caso de que se produzca la extinción de este contrato por finalización de las causas que dieron lugar a la interinidad

⁹¹⁶ Analiza GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La contratación flexible...op.cit.,pág.220, la benevolencia de los Tribunales al limitar al máximo los supuestos de fraude de ley de la Administración, flexibilizando los requisitos de este contrato. Así, por ejemplo, da por bueno, en lugar de la identificación concreta de la vacante, la vinculación del contrato a un número de la RPT, catálogo o plantilla (SSTS 20/6/2000 rec.4282/1999, 29/6/2005 rec.2170/2004). BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit.,pág.42, recuerda cómo se modulan exigencias de la celebración de este contrato como la posibilidad de sustituir al trabajador destinado temporalmente a un puesto de trabajo con reserva del anterior (STS 19/1/2022 rec.3873/2018); o la admisión de este contrato aun cuando no se ocupe el mismo puesto o las funciones que el sustituido realizaba (STS 26/5/2021 rec.122/2020). Recuerda MOLINA HERMOSILLA, O. en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pág.106, que este contrato se celebraba en relación a una plaza concreta hasta su cobertura mientras que el contrato eventual por acumulación de tareas se concertaba sin adscripción a una plaza específica lo que, a diferencia del contrato de interinidad, podía llevar a que se incorporase un titular produciendo su nombramiento efectos sobre un trabajador distinto al eventualmente contratado. Con frecuencia los así contratados solicitaban su calificación como interinos por vacante –alegando la necesidad estructural de sus puestos de trabajo – para mantener la relación hasta su amortización o cobertura definitiva.

(art.49.1.c ET y art.8.1.c RD 2720/1998). Si la finalización de la relación laboral de interinidad tiene lugar por las causas comunes, se somete al régimen extintivo e indemnizatorio de los contratos fijos⁹¹⁷.

b. La contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas tras la Reforma Laboral de 2021.

En nuestro ordenamiento laboral rige la regla de que para una necesidad de mano de obra permanente ha de celebrarse un contrato de trabajo fijo o indefinido y de que sólo podrá concertarse un contrato de trabajo de duración determinada para necesidades de mano de obra temporales⁹¹⁸. Tras la reforma laboral de 2021, la redacción del ET vuelve a proclamar que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido (art.15.1 ET)⁹¹⁹. Es por ello que, no obstante admitir la contratación temporal, esta admisión se hace de manera de manera restringida o excepcional ya que se condiciona a la concurrencia de una causa justificada de temporalidad- determinada legalmente- y a la necesidad de especificar con precisión en el contrato, además de la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista (art.15.1 ET)⁹²⁰. En definitiva, el RD Ley 32/2021 – y en el empleo público, junto al anterior, la Ley 20/2021 – busca materializar un arduo cambio de

⁹¹⁷ En relación con estas modalidades contractuales y con la falta de indemnización de los interinos puede consultarse RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Temporalidad en...op.cit.,pág. 27 y ss y 29.

⁹¹⁸ Como proclama la Jurisprudencia comunitaria y la nacional, vid MOLINA NAVARRETE, C.: “Ni “hito transformador” ni “tímo del tocomoho”: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 467, 2022, pág.10.

⁹¹⁹ Ya lo disponía así el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Estamos ante una presunción iuris tantum que para SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 41, implica “la alteración de la carga de la prueba procesal acerca de la naturaleza indefinida o temporal de un contrato de trabajo”. La redacción anterior daba a entender que el empresario podría elegir entre la indefinición y la temporalidad; aunque después la celebración de un contrato temporal debía ajustarse a los requisitos de causalidad del art.15 ET, vid por otros NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf> (visitado 23/1/2022). Como reconoce IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pág.258, “la reforma laboral devuelve al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”. A mayor abundamiento sobre la evolución de esta presunción en la normativa laboral española FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario la Ley*, nº 10060, 3 de mayo de 2022.

⁹²⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación tras el Real-Decreto Ley 32/2021”, *Labos*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022, pág.21 y 22, destaca que el principio de causalidad se manifiesta ahora de modo más rotundo en el art.15 ET, pero no se muestra muy confiado en su efectividad en relación a la intención del legislador de simplificar las causas de temporalidad y teme que la nueva redacción de este precepto inaugure una larga etapa de debates doctrinales y judiciales. Para COSTA REYES, A.: “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 467, 2022, pág.46, la exigencia de causa, circunstancias y conexión supone una decidida apuesta por la estabilidad en el empleo.

mentalidad entre el empresariado de nuestro país ya que la regla a seguir, a partir de ahora, debe ser la contratación fija y de no existir causa de temporalidad no podrá celebrarse un contrato temporal.

Entendemos que, al objeto de este trabajo, no es necesario profundizar en todos los motivos que llevan a la enésima modificación de la Ley del ET, cosa que sí hace la extensa EM del RD Ley 32/2021⁹²¹. No obstante, sí que señalaremos que, con el fin de rebajar los índices de temporalidad en nuestro país, así como de luchar contra el abuso y la precariedad en la contratación temporal⁹²², el RD Ley 32/2021 reduce y simplifica el catálogo de contratos laborales de duración determinada y mejora el régimen de garantías para los trabajadores temporales⁹²³. Así, desde el 30 de marzo de 2022, desaparecida la posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado⁹²⁴ - modalidad

⁹²¹En el marco del PRTR, su Componente 23 «Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo», contiene un paquete equilibrado y coherente de reformas estructurales en el marco del diálogo social para promover el crecimiento sostenible e inclusivo. En ese componente se recogen diferentes propuestas de reformas (<https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/05052021-Componente23.pdf>, visitado 15/01/2022). La presentación de la solicitud de pago de las contribuciones financieras queda condicionado a que las reformas, además de ser fruto del diálogo social, se presenten durante el cuarto trimestre de 2021. Aunque ya se habían adoptado reformas de este paquete, sin duda, las más importantes se incorporan por el RD Ley 32/2021. Su larguísima y ambiciosa EM comienza señalando los dos mayores problemas de nuestro mercado de trabajo: la temporalidad y el desempleo, que provocan gran precariedad laboral, merman la productividad y competitividad de nuestras empresas, afectando principalmente a jóvenes y mujeres. Este RD Ley 32/2021 pretende la reforma del mercado laboral español para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales, de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando, además, un impulso a las políticas activas de empleo, que se orientarán a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía.

⁹²² Un estudio sobre los efectos iniciales de la aplicación de la reforma puede consultarse en GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La reforma laboral de la contratación de 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf> (consultado 1/7/2022). También NIETO ROJAS, P.: “El impacto de la reforma en el empleo de las mujeres en las Administraciones Públicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/BriefNIETOROJASVF.pdf> (visitada 30/06/2022)

⁹²³ De la Reforma Laboral de 2021, NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pág. 134, subraya que “incorpora correcciones muy pertinentes a los efectos perversos de la reforma de 2012 y añade nuevos tratamientos normativos a problemas endémicos de nuestro mercado de trabajo, ... el nuevo esquema de los contratos temporales del art.15 ET se caracteriza por la simplificación de tipos contractuales, el tratamiento más abierto de sus causas justificativas y simultáneamente más exigente en cuanto a las condiciones de uso de dichas modalidades contractuales por las empresas...” Mayoritariamente, la doctrina laboralista se muestra optimista con la aprobación de esta reforma laboral como comienzo de un nuevo modelo de relaciones laborales y una mayor garantía de los derechos de los trabajadores temporales, por otros vid IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Las medidas sancionadoras...op.cit.,pág.254.

⁹²⁴ Recuerda MARTÍNEZ MORENO, C.: “Breve anotación a la reforma laboral”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf (visitado 8/1/2022) que este contrato provocaba mucho fraude y precariedad. Para GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit.,pág.22, la supresión de este contrato temporal “se compensa parcialmente...con cambios en la contratación fija discontinua, en la utilización de las empresas de trabajo temporal y...para el sector de la construcción, en el nuevo contrato indefinido adscrito a obra...”

contractual fuertemente cuestionada tanto por la Jurisprudencia interna como por la de la UE⁹²⁵- y contratos eventuales, el contrato de trabajo de duración determinada solo⁹²⁶ podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora.

Hasta esta reforma laboral, todas las Administraciones Públicas han recurrido con mucha asiduidad a la celebración de contratos temporales, principalmente contratos por obra o servicio determinado, como ya se ha comentado líneas arriba. Y puede decirse que han sido objeto de trato especial tanto por el legislador como por los Tribunales. Esta situación pretende cambiarse a partir de ahora, como destaca la doctrina, ya que el RD Ley 32/2021 contiene limitadas excepciones en su aplicación a la Administración Pública por lo que será ésta la que haya de adaptarse a los nuevos modelos de contrato temporal que establece la legislación laboral⁹²⁷- pese a que la reforma, negociada por sindicatos y empresarios, no cuenta con la intervención de la Administración Pública en su condición de empresario laboral-. Y ello, aunque la celebración de contratos fijos o fijos discontinuos por parte de la Administración Pública resultará algo más compleja que en el sector privado puesto que la maquinaria de contratación del empleo público viene limitada por las tasas de reposición⁹²⁸, las dotaciones presupuestarias, las RPT,... careciendo de la agilidad propia de la contratación laboral en el ámbito privado.

Existen otros contratos temporales como los nuevos contratos formativos del art.11 ET: el denominado contrato de formación en alternancia y el contrato formativo para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudio. Dada la ausencia de limitaciones en el art.11.1 EBEP, la Administración Pública puede celebrarlos; sin

⁹²⁵ Por ejemplo, STJUE 24/6/2021 C- 550/19 asunto Obra y servicios públicos y Acciona Agua, en relación con los fijos de obra.

⁹²⁶ GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma...op.cit.*,pág. 29 advierte del valor simbólico de ese “solo” que persigue reforzar el principio de causalidad en la contratación temporal revirtiendo las tendencias de nuestro mercado de trabajo.

⁹²⁷La presión desde las instituciones europea ha sido una pieza fundamental para dar comienzo a una nueva etapa en el empleo público español que, a partir de ahora, aspira a conseguir la estabilidad de la fuerza de trabajo, a juicio de BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.*, pág.77. Como detalla esta laboralista, “*la normativa laboral debe seguir avanzando en la completa equiparación de la contratación temporal en el sector público y en el privado, aunando conceptos y objetivos y cerrando excepciones; y también debe identificar aquellas peculiaridades de aplicación de la normativa laboral que resulten imprescindibles en atención a las peculiaridades de prestación de servicios en las Administraciones*”.

⁹²⁸ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.7.

embargo, por su relativo interés en este ámbito del empleo laboral no van a abordarse en este trabajo⁹²⁹.

La nueva regulación de la contratación temporal, a la espera de su deseable desarrollo reglamentario y de su interpretación por nuestros Tribunales de lo Social, coloca tanto a las empresas como a los intérpretes y profesionales del Derecho del Trabajo en una situación incómoda dada la inseguridad jurídica que está generando la indefinición o ambivalencia de muchos de los conceptos⁹³⁰ que entretejen este art.15 ET – indefinición quizás intencionada como única vía para lograr el ansiado pacto entre empresarios y sindicatos⁹³¹-.

Quiere comenzarse con el estudio del contrato por circunstancias de la producción y con el contrato de sustitución. A continuación, se planteará la subsistencia de otras modalidades de contratación temporal de utilización específica en la Administración Pública, lo que para la doctrina supone una mayor dosis de tolerancia con la temporalidad respecto del empresario privado⁹³².

i. El nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción

Como cualquier otro empresario laboral, la Administración Pública puede celebrar los nuevos contratos por circunstancias de la producción. Este contrato se presenta bajo

⁹²⁹Sobre los nuevos contratos de formación en alternancia y el contrato para la formación y el aprendizaje del art.11 ET, puede consultarse PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022; PÉREZ DEL PRADO, F.J.: “Contratos formativos en la reforma laboral de 2021”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-formativos-en-la-reforma-laboral-2021.pdf> (visitado 15/2/2022); RODRÍGUEZ ROMERO, R.M.: “Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos, Briefs de la AEDTSS, Maquetación 1 (aedtss.com) (visitado 15/2/2022). Tampoco se abordará el contrato de relevo o el contrato temporal de fomento del empleo de trabajadores con discapacidad (DA 1ª Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y el empleo) ni el de fomento del empleo en empresas de inserción (art.15 Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación de las empresas de inserción). A mayor abundamiento, sobre la celebración de otros contratos temporales, consultar ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 85 y ss.

⁹³⁰En palabras de IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Las medidas sancionadoras...op.cit.pág. 262, se asiste a una “proliferación de conceptos jurídicos indeterminados, con términos no utilizados con anterioridad, que provocan dudas e interrogantes al operador jurídico”. En el mismo sentido, vid MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato...op.cit.,pág.3.

⁹³¹ La UE condiciona la llegada de los fondos a que la reforma laboral sea paccionada, tenga origen en el diálogo social. Como señala, entre otros, GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.1, es de celebrar que la norma sea fruto del acuerdo pero, precisamente, “su carácter pactado es de forma simultánea su principal debilidad”.

⁹³² ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág. 82.

dos modalidades, en función de si las circunstancias de la producción que hacen necesaria su celebración son imprevisibles o previsibles⁹³³.

Así, puede concertarse para atender a un *incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere*. De alguna manera, esta modalidad contractual del contrato por circunstancias de la producción – denominada también como modalidad “larga” -podría sustituir al contrato eventual para circunstancias de la producción que atendía a circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos⁹³⁴. Cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias su duración no podrá ser superior a seis meses; aunque por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima⁹³⁵.

⁹³³GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,pág.23, reconoce que lo problemático que resulta el concepto de previsibilidad puesto que depende del horizonte temporal que se tome. Para SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral*...pág.43, califica la redacción de este precepto como desafortunada por la poca claridad en la definición de la causa de temporalidad. Asimismo GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.36, advierte de un “*perfil causal de suma complejidad*” y de “*estructura del precepto endiablada*” que en ocasiones nos recuerda al contrato eventual y en otras al contrato de obra o servicio determinado. Ello no nos debe engañar, estamos ante un contrato temporal nuevo, distinto a los anteriores. Para BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Miguel-Basterra-LA-REFORMA-LABORAL.pdf (visitado 15/1/2022) supone una reformulación del anterior contrato eventual pero, al posibilitar la atención de situaciones ocasionales, previsibles que tengan duración reducida y delimitada, permite integrar situaciones antes cubiertas por el desaparecido contrato por obra o servicio.

⁹³⁴ Vid NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit. En el mismo sentido, MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit., pág.39. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit.,pág.23, alerta de que la falta de claridad del precepto ha podido buscarse intencionadamente. Vid también GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.40, para quien, en este supuesto contractual “*la temporalidad obedece a razones estructurales principalmente de carácter cuantitativo...aun tratándose de la actividad normal de la empresa es el incremento ocasional o coyuntural de actividad lo que constituye el supuesto de hecho que habilita para realizar un contrato temporal. Ese incremento ocasional puede deberse a circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos como, de manera ejemplificativa establecía el anterior art.15.1.b ET, que en un corto período de tiempo van a desaparecer y que en otros momentos pueden volver a aparecer, aunque siempre con un grado de incertidumbre*”.

⁹³⁵Observa GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit.,pág.25, que por mucho que la norma contemple esos seis meses - duración máxima que recoge el ET-, o hasta los doce meses que se podría ampliar por convenio colectivo –, no significa que las partes contratantes tengan plena libertad ni para establecer la duración del contrato ni para agotarlo, hasta su duración máxima, en todos los casos. Siempre habrá que tener presente que el refuerzo de la causalidad en la contratación temporal que se produce al exigirse, por el art.15.1 ET, especificar con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. La exigencia de causa no

De una primera lectura de este primer párrafo del art.15.2 ET se deducen dos causas diferenciadas que tienen en común la limitación de no encajar en los supuestos del contrato fijo discontinuo⁹³⁶. Y, además, de la causa que justifica esta submodalidad de contrato por circunstancias de la producción, se advierte que su redacción está plagada de conceptos jurídicos indeterminados - “*incremento ocasional*”, “*incremento imprevisible*”, “*actividad normal*”, “*desajuste temporal*”, “*oscilaciones*”,...-.

Lo ocasional es lo que, sucede o se hace en alguna ocasión, pero no de forma habitual ni por costumbre. La ocasionalidad se manifestaría en situaciones a las que la empresa no puede atender con su plantilla fija pero que no justificarían, por su coyunturalidad, la ampliación de la misma con la contratación de nuevos trabajadores permanentes. En este sentido, el ET limita la celebración de este contrato a aquellos casos en los que la necesidad coyuntural de mano de obra no responda a los supuestos establecidos para el contrato de trabajo fijo discontinuo del art.16 ET. Esto es, si el incremento de la actividad productiva es intermitente o cíclico hay que acudir al contrato de fijo discontinuo⁹³⁷. O en otras palabras, este carácter de ocasional es el que lo diferenciaría de los supuestos en los que hay que celebrar un contrato de fijo discontinuo del art.16 ET – “*habitual, recurrente, cíclico o intermitente y cierto*”⁹³⁸-.

En cuanto al incremento de la actividad productiva, la norma está exigiendo su carácter de no previsible. Esto supone que la empresa no puede haberlo conocido de manera anticipada, que no lo ha podido prever porque es súbito o repentino – que “*no entra en la planificación ordinaria de la empresa*”⁹³⁹-. En conclusión, si hay necesidad de mano de obra para hacer frente a un trabajo imprevisible y la plantilla de la empresa está adecuadamente dimensionada con trabajadores permanentes, ésta puede recurrir al contrato por circunstancias de la producción para atender situaciones de desajuste que no

será suficiente para extender el contrato hasta su duración máxima salvo que se conecte con las circunstancias concretas y la duración prevista.

⁹³⁶ Vid MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit.,pág.6.

⁹³⁷ Así lo recuerda ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*,pág.63. Aunque en relación con el derogado contrato eventual por circunstancias de la producción, la STS 28/9/2016 rec.3936/2014 define lo “ocasional” como “*la necesidad de trabajo, en principio, imprevisible y fuera de cualquier ciclo de reiteración regular*”.

⁹³⁸Para BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.89 y 90. COSTA REYES, A.: “La reforma de la...op.cit., pág.49; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit., pág. 24, es “ocasional: el incremento de actividad que no responde a un patrón cíclico regular.

⁹³⁹ Para CABEZA PEREIRO, J.: “Contratos por circunstancias...op.cit.,pág.43, los adjetivos imprevisible y ocasional hay que leerlos de manera conjunta en el sentido de algo que es imposible de calendarizar.

se repiten en el tiempo. Ocasionalidad e imprevisibilidad han de concurrir para poder concertar esta modalidad de contrato temporal⁹⁴⁰.

Asimismo puede celebrarse para hacer frente a las *oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable y el que se requiere*. La RAE define “oscilar” como “*crecer y disminuir alternativamente, con más o menos regularidad, su intensidad*”. Si bien la redacción del precepto es confusa, mayoritariamente, se considera que se trata de una submodalidad- distinta de la anterior - del contrato por circunstancias de la producción. Aquí se está ante circunstancias organizativas de la empresa, internas o endógenas –“*en función bien de la situación de la plantilla estable bien de las propias estrategias empresariales*”⁹⁴¹-.

Ante la compleja redacción del precepto, la doctrina no se pone muy de acuerdo sobre la exigencia de imprevisibilidad o no de estas oscilaciones que hacen precisa la contratación temporal⁹⁴². En cualquier caso, una cosa es que se acepte la previsibilidad, y otra diferente que a través de este contrato puedan atenderse necesidades estacionales o de temporada para las que habría de acudir al art 16 ET⁹⁴³. La regla habría de ser que, en cualquier caso, si la plantilla de trabajadores es insuficiente para atender a las necesidades estructurales de la empresa, el empresario debe acudir al contrato fijo o al

⁹⁴⁰ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág78.

⁹⁴¹ GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.40.

⁹⁴²La copulativa “y” da pie a dos interpretaciones. Entender, por un lado, que se trata de una única modalidad de contrato, luego las oscilaciones también deberán ser imprevisibles; o que “imprevisible” no es aplicable a las oscilaciones de la demanda y que se está ante otra modalidad o submodalidad diferente, vid TODOLI SIGNES, A.: “Análisis del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción y sus tres modalidades” en el blog Argumentos de Derecho Laboral <https://adriantodoli.com/2022/01/03/analisis-nuevo-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-y-sus-tres-modalidades/>. Para SALA FRANCO, T.: *La Reforma...op.cit.*, pág.44, aunque podría concluirse que son un único supuesto y que las oscilaciones vienen motivadas por el incremento de actividad, al incluir las vacaciones anuales entre las oscilaciones, cabría deducir que éstas pueden ser previsibles. En esta línea, ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.63, aclara que estamos ante supuestos de acumulación de tareas en los que, aunque el volumen de trabajo se mantenga dentro de la normalidad, los empleados para atenderlo son insuficientes y entiende que no se exige imprevisibilidad pero sí que el desajuste temporal de mano de obra, como regla general, ha de quedar fuera del cualquier ciclo de reiteración regular porque, en ese caso, habría que acudir al art.16 ET. Tampoco para GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,, pág.39, sería exigible la imprevisibilidad. Ni para MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit.,pág.44, para quien la exigencia de ocasionalidad e imprevisibilidad solo es para la causa anterior del contrato.

⁹⁴³ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit.,pág.24.

fijo discontinuo, según los supuestos. Y podrá acudir a la contratación temporal cuando el desajuste de la mano de obra disponible en la plantilla y la necesaria sea coyuntural⁹⁴⁴.

Entre las situaciones que han de considerarse oscilaciones a los efectos de poder celebrar este contrato temporal, el art.15.2 ET incluye, expresamente, las derivadas de vacaciones anuales de las personas trabajadoras. La norma se sirve de la expresión “*entre otras*” luego también podría concertarse este contrato en supuestos de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto de trabajo (ej.art.45 ET) y el disfrute de otros permisos de trabajo – “*o necesidades derivadas de otro tipo de ausencias*”-⁹⁴⁵.

Con la reforma, la posibilidad de celebrar un contrato temporal por circunstancias de la producción para cubrir las vacaciones anuales suscita dudas⁹⁴⁶ ya que, si se tiene en cuenta que el trabajador tiene que conocer, al menos, dos meses antes de su disfrute las fechas que le corresponden de vacaciones (art.38.3 ET), resulta confuso que esta causa encaje en la exigencia de ocasionalidad e imprevisibilidad del nuevo art.15.2 ET- Mayoritariamente se defiende que esta posibilidad habría que entenderla con carácter no generalizado sino excepcional⁹⁴⁷. Esto es, no podrían cubrirse “*masivamente las vacaciones de los trabajadores mediante contratos eventuales...el desajuste no ha de ser estructural y permanente*”⁹⁴⁸. Se plantea su aplicación sólo a “*solo a vacaciones*

⁹⁴⁴ Para MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit.,pág.42, se trataría de oscilaciones de la actividad empresarial que producen déficit de plantilla. Esta versión del contrato por circunstancias de la producción crea, en su opinión, un nuevo contrato temporal por necesidades internas de la empresa, esto es, de naturaleza organizativa.

⁹⁴⁵ GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.40. CABEZA PEREIRO, J.: “Contratos por circunstancias...op.cit.,pág.44, las vacaciones solo se proponen como ejemplo de tales oscilaciones por lo que, en su opinión, cabe incluir permisos y licencias que producen desajustes de plantilla; no siendo admisible su celebración durante la aplicación de un ERTE o el ejercicio del derecho de huelga.

⁹⁴⁶ Recuerda MORENO VIDA, M.N.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.118, que al no ser las vacaciones un supuesto de suspensión contractual sino de mera interrupción de la prestación de servicios, la celebración de un contrato de interinidad resultaría un fraude de ley. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit., propone, alternativamente, la celebración de un contrato fijo discontinuo (si las vacaciones se disfrutaban en fechas ciertas y cíclicas) o a través de un contrato de sustitución en los que se podría haber aprovechado la oportunidad para incorporar, como causa de sustitución, tal circunstancia.

⁹⁴⁷ A juicio de BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.65, en la línea de la Jurisprudencia del TS, esta posibilidad tiene carácter excepcional y no expansivo. Por el contrario, sostiene MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato temporal...op.cit.,pág.43, la nueva redacción de este art.15.2 ET podría haber especificado que la suscripción de este contrato solo era posible en el supuesto de vacaciones que, de manera imprevista, provocan una desproporción entre la plantilla y la actividad de la empresa. Al no hacerlo, cabe deducir que las vacaciones son una excepción expresa, convirtiendo así “*en regla legal y de aplicación generalizada a empresas públicas y privadas lo que antes, en el ámbito de la privada, era excepcional...*”

⁹⁴⁸ Vid MORENO VIDA, M.N.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.119, “*cuando la empresa es concedora de las vacaciones y descansos correspondientes a la plantilla de la empresa con regularidad, ello forma parte del normal desarrollo de la actividad en la empresa y forma parte de la previsión organizativa de empresario y, no existe la excepcionalidad del contrato eventual...*”

irregulares u ocasionales, nunca a las planificadas regularmente o estables”⁹⁴⁹. La celebración de este contrato para cubrir la necesidad de mano de obra derivada de las vacaciones anuales, en todo caso, podría llevarse a cabo en el terreno en el que no sea obligatorio acudir al fijo discontinuo⁹⁵⁰.

La segunda modalidad de este contrato – denominada la “corta” porque no puede utilizarse por más de noventa días en el año natural- puede celebrarse para la atención de situaciones *ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada*. De nuevo la doctrina advierte de la cuestionable redacción de la norma y reclama una interpretación que no ignore el sentido teleológico de la reforma que la introduce⁹⁵¹.

Parece que esta modalidad podría dar cabida a situaciones para las que antes se celebraba un contrato por obra o servicio determinado⁹⁵²- *“pero ahora sin gran exigencia causal (antes se exigía sustantividad propia), poniendo el énfasis tan solo en la temporalidad de la necesidad (actividades normales o no de la empresa pero ocasionales de escasa duración para las que no puede obligarse a una contratación permanente...)”*⁹⁵³-. Textualmente el precepto dispone su celebración para situaciones ocasionales, previsibles, con duración reducida y limitada. No exige ni concreta nada más.

⁹⁴⁹ Creen GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.41, que aquí no sería exigible la imprevisibilidad. Lo lógico sería llevar las vacaciones anuales al contrato fijo discontinuo. La interpretación debe ser que en este precepto no caben las vacaciones anuales que tengan una planificación regular y estable. Para NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit., quizás podría explicarse la celebración de este contrato para atender a necesidades temporales de mano de obra por motivo de vacaciones anuales si se atiende *“al efecto y no a la causa, esto es, no a las vacaciones (causa organizativa) sino al desajuste organizativo que éstas pueden provocar en la producción (causa productiva)...las vacaciones no siempre generan una desorganización y un desajuste temporal entre el empleo disponible y el que se requiere para atender al mercado, la modalidad contractual adecuada para cubrirlas podrá ser la temporal del art.15.2 ET sólo cuando se demuestre que la contratación temporal presenta conexión con los requerimientos de la demanda y las oscilaciones se derivan de circunstancias imprevisibles de la producción. En otro caso, en empresas con vacaciones claramente establecidas, predecibles en el tiempo y en las necesidades cíclicas, lo procedente será el fijo discontinuo”*. Vid también, en cuanto a esta problemática GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,pág.24 y 25. Aunque ROJO TORRECILLA, E. es partidario de una interpretación amplia del precepto.

⁹⁵⁰. Exige desajuste imprevisible GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.3. En esta línea también se sitúa FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo sobre...op.cit., pág.106, para el que, si bien la Administración puede acudir a este contrato para cubrir vacaciones, sería admisible su celebración cuando *“el período vacacional coincida con un incremento puntual de necesidad de mano de obra”* pero sería discutible su uso sistemático y continuo para la cobertura de vacantes temporales.

⁹⁵¹ COSTA REYES, A.: “La reforma de la contratación...op.cit., pág.51.

⁹⁵²BALLESTER PASTOR, M.A.: La reforma laboral...op.cit.,pág.69

⁹⁵³ Para NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit., *“dejar de exigir que sea una obra con autonomía propia o un lanzamiento de actividad o cualquier otro motivo, demuestra un grado loable de respeto a la realidad empresarial y su diversidad, de tal modo que sea cada empresa la que decida en qué y cuándo se encuentra con esa necesidad temporal que permite activar un contrato plural que dé cabida a los trabajadores necesarios para satisfacer esa necesidad estrictamente temporal”*”.

Por ello se ha acusado a esta modalidad corta del contrato de circunstancias de la producción de falta de causalidad⁹⁵⁴. La doctrina considera que, tratándose de una submodalidad del contrato de circunstancias de la producción, una mínima causalidad siempre debería estar presente para evitar que este contrato se convierta en un contrato acausal. En este sentido, al menos, siempre debería exigirse *un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere*⁹⁵⁵.

Lo que sí parece ser objetivo es la exigencia de ocasionalidad, que queda delimitada a noventa días en un año⁹⁵⁶. Y ello reforzaría la idea de que no se trata de un contrato acausal porque su válida concertación precisa una necesidad de mano de obra reducida y limitada, si bien se define de manera muy amplia la causa de temporalidad⁹⁵⁷. Su válida celebración exige que se conozca de antemano que la necesidad de mano de obra es reducida y limitada. En efecto, la empresa deberá haber hecho una planificación previa mínima de la utilización prevista de ese contrato en el año siguiente⁹⁵⁸. Y es que el art.15.2 ET obliga a la empresa a informar o comunicar a la representación legal de los trabajadores, en el último trimestre de cada año, una previsión anual del uso de estos contratos⁹⁵⁹. Esta obligación viene a recordar la condición de previsibilidad de estos contratos así como es una muestra de transparencia para con los trabajadores⁹⁶⁰.

⁹⁵⁴La redacción del ET se sirve de dos conceptos –ocasionalidad y previsibilidad- antagónicos por lo que para MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato...op.cit.,pág.46, es un contrato temporal descausalizado que “*cubre necesidades ordinarias de la empresa, que se presentan cada temporada o que son de aparición intermitente, pero completamente previsibles y que debieran encauzarse por el fijo discontinuo o el tiempo parcial en cómputo anual*” .

⁹⁵⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,pág.26. No obstante, para GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral de...op.cit.,pág.42*, en ningún caso de su literalidad cabe deducir que se está “*ante un contrato acausal cuya temporalidad derive de la decisión autónoma de la partes porque ello no es compatible con la finalidad de la reforma: habría que interpretar que exige la concurrencia de algún tipo de circunstancias de la producción que habrían de estar debidamente identificadas en el contrato*”.

⁹⁵⁶ La causa de la temporalidad no es “*sólida, no es objetiva en realidad: decir que el contrato puede hacerse para períodos muy cortos y previsibles tampoco representa ningún avance objetivo...lo único objetivo es la ocasionalidad: se admitirá como ocasional todo aquello que, en el transcurso de un año, no exceda de los noventa días, siempre que éstos puedan distribuirse en al menos dos segmentos separados*” GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,, pág.26.

⁹⁵⁷ TODOLI, A.: “Análisis del nuevo contrato...op.cit.

⁹⁵⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit.pág.26.

⁹⁵⁹ Habrá de admitirse cierta flexibilidad en el cumplimiento de esta obligación porque no será fácil prever, con tanta antelación, las necesidades de mano de obra. GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.* pág.72, entiende que aquí se podrían incluir las vacaciones anuales si no fuera porque se incluyen en otra submodalidad de este contrato. GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág.43, este requisito no parece ser un requisito de regularidad de estos contratos, porque, de entenderlo así, no se podría celebrar este contrato en las empresas donde no hubiese representación legal.

⁹⁶⁰ VICENTE PALACIO, A. y BALLESTER PASTOR, I.: “Principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-Ley 32/2021)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO,

Las empresas solo podrán concertar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato⁹⁶¹. Esos noventa días son el máximo de días que la empresa puede recurrir a este contrato, para atender a situaciones ocasionales, previsibles y de duración limitada y reducida; pero “no se refieren a la vigencia del contrato”⁹⁶².

Tampoco genera mucha seguridad jurídica la dicción de esta parte del art. 15.2 ET. La doctrina parece tener claro que “es un contrato subjetivamente plural en tanto permite a las empresas gozar de noventa días de contrato, discontinuos, cuando se produzcan las situaciones previsibles, pero permitiendo, en el marco de cada contrato, la contratación de un número indeterminado de personas trabajadoras con carácter temporal para tender la situación a cubrir”⁹⁶³. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada y parece ser que lo lógico es entender que no son por empresa, sino por centro de trabajo⁹⁶⁴. El art.15.2 ET tan sólo indica que no podrán ser continuados, pero no dice que todos hayan de ser alternos o discontinuos –luego cabría efectuar, en el supuesto más extremo, un contrato de una duración de ochenta y nueve días y otro de un día-. En cuanto al número de trabajadores temporales contratados bajo esta modalidad aunque, como ya se ha dicho, la norma no establece un límite al número de contratados parece lógico pensar que deberá tener conexión con “necesidades estructurales temporales permitidas y no dedicarlas a tareas desconocidas de la necesidad que activa la nueva modalidad contractual”⁹⁶⁵.

S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022, pág.249, “aunque la norma no lleva aparejada sanción alguna al empresario en caso de incumplimiento (no parece que sin un calendario los temporales extra se conviertan en fijos)...que no es posible cumplir en empresas sin representación legal”.

⁹⁶¹ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*, 65, es como una bolsa de noventa días, independientemente de su volumen y del número de trabajadores que vayan a contratar en cada uno de dichos días; no se limita ni el número de trabajadores ni el de contratos que las empresas puedan celebrar esos días. Para MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit., pág.47, este máximo de noventa días actúa como límite entre este contrato y el fijo discontinuo.

⁹⁶² COSTA REYES, A.: “La reforma de la...op.cit.,pág.53

⁹⁶³ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit.,

⁹⁶⁴Como explica GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit., pág.26 y 27, la empresa dispone de una bolsa con un máximo de noventa días y, durante los mismos, la norma no le limita el número de trabajadores que puede contratar... “la limitación no es cuantitativa, sino cualitativa: los contratos necesarios para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, pero no más de los necesarios...la empresa ha de estar en condiciones de explicar y justificar la necesidad de los que haya de realizar”. MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del...op.cit.,pág. 51.

⁹⁶⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit.

En relación a qué actividades económicas pueden encajar en el objeto de este contrato⁹⁶⁶, no cabe duda, que si las necesidades previsibles no son ocasionales sino recurrentes –ocasionalidad no es lo mismo que estacionalidad-, esto es, si son actividades intermitentes, la figura a la que hay que acudir es el fijo discontinuo⁹⁶⁷. Sin embargo, pese a su intermitencia, parecería poco razonable exigir la celebración de un fijo discontinuo si la duración de la actividad es reducida y delimitada. Esto es, no sería muy razonable, en el caso de empresas con plantillas normalmente adecuadas o bien dimensionadas - de trabajadores fijos - , exigir la contratación de nuevos trabajadores fijos o fijos discontinuos para hacer frente a actividades que aunque intermitentes vienen caracterizadas por su brevedad o delimitación en el tiempo⁹⁶⁸.

En este punto hay quienes entienden que no sería posible recurrir a este contrato para actividades estacionales o de temporada, habituales en las empresas en determinadas épocas del año, como, por ejemplo, las rebajas de verano, las ventas en Navidad, la recogida de frutas u hortalizas en la agricultura, la hostelería en vacaciones de verano o Semana Santa⁹⁶⁹,... pero, sin embargo, sí que tendría cabida esta versión del contrato de circunstancias de la producción, en estos mismos sectores económicos, siempre que se tratase de necesidades de mano de obra muy específicas o muy puntuales. Así, podría concertarse para la *“realización de campañas concretas, lanzamientos, promociones, ventas extraordinarias, picos de producción, puesta al día de trabajos habituales atrasados como consecuencia de decisiones organizativas de movilidad del personal para hacer frente a concretas situaciones del mercado...actividades extraordinarias planificables que planteaban dudas al no existir la previa ocasionalidad externa...”*⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ En opinión de VICENTE PALACIO, A. y BALLESTER PASTOR, I.: “Principio de causalidad...op.cit.,pág.249, *“hay que evitar el uso indiscriminado de estos contratos... ya que ninguna condición se impone más que tengan una duración reducida y delimitada pues sólo hace falta resolver concretas situaciones que deben quedar identificadas en el contrato, nada más, pudiendo ser cualquiera realidad, ya sea razones organizativas internas...pero también razones completamente ajenas a ésta (cambio de forma de producción, comportamiento del mercado, rebajas, períodos punta de producción, festividades locales en el caso de la hostelería, nuevos mecanismos de ventas,...)”*

⁹⁶⁷ COSTA REYES, A.: “La reforma de la...op.cit.,pág.53; NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit.

⁹⁶⁸ CABERO MORÁN, E.: “La reordenación de...op.cit.,pág.12, diferencia cuándo hay que acudir al fijo discontinuo y cuándo al contrato por circunstancias de la producción. En este último caso, en el que la empresa puede recurrir al contrato por circunstancias de la producción por un máximo de noventa días, no deja de ser una situación ocasional, “aunque se pueda prever que se va a dar la situación...” y este concepto es diferente del de fijo discontinuo que exige *“prestación intermitente en períodos ciertos”*.

⁹⁶⁹Son de opinión contraria ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,, pág.6.

⁹⁷⁰ MORENO VIDA, M.N.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.123: *“parece que en cualquier caso la ley ha optado por permitir ese margen de temporalidad como una especie de extra complementario de duración muy reducida para hacer frente a circunstancias eventuales que previsiblemente pueden aparecer y deben estar planificadas. Se admite esa temporalidad extra para hacer frente a situaciones ocasionales*

En muchos de estos casos –por ejemplo, ferias, congresos, ventas extraordinarias, promociones puntuales o aisladas,...- antes se celebraba un contrato por obra o servicio⁹⁷¹.

No podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa – y que podrán recurrir al contrato fijo discontinuo-, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción. Posibilidad que tampoco deja muy clara el legislador⁹⁷². Como se refiere expresamente a contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, *“si la contratación es excepcional u extraordinaria...siempre que no sea previsible, en el sentido de formar parte del negocio normal de la empresa,...podría celebrarse un contrato temporal por circunstancias de la producción”*⁹⁷³.

En el momento de la regulación actual no parecen advertirse problemas para aplicar este contrato por circunstancias de la producción a la Administración Pública, no obstante la duración máxima de seis meses pueden resultar problemática. Aunque la actual denominación del contrato - *“circunstancias de la producción”*- es más propia de empresas que no se dedican a proporcionar servicios públicos, lo cierto es que ahora se

que puedan surgir pero deben estar planificadas y controladas...se regula este supuesto de contrato sin gran exigencia causal (referida de forma vaga y genérica a situaciones ocasionales y previsible de duración reducida, aunque deberá en cualquier caso justificarse), que debe por ello ser interpretado de forma restrictiva al constituir una excepción dentro de este contrato por circunstancia de la producción...”

⁹⁷¹MARTÍNEZ MORENO, C.: *Reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2022, pág.15. Para MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato temporal...op.cit.,pág.47, es válido su uso en el sector agrario y en el comercio. MOLINA NAVARRETE, C.: “Ni “hito transformador”...op.cit.,pág.12, reclama prudencia interpretativa para no reconducir por esta vía contratos temporales de causalidad más que dudosa.

⁹⁷² Para NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias...op.cit., parece que se sigue la doctrina del Tribunal Supremo (STS 29/12/2020 rec.240/2018) que pondría fin a la posibilidad de celebrar contratos temporales por obra o servicio vinculados a una contrata porque ello supondría autorizar como temporal la parcelación de lo que no es más que la actividad habitual y permanente de la empresa, rechazando que concorra una causa temporal estructural. Así ahora la celebración de una contrata en sí misma no permitiría la contratación temporal para su cumplimiento. Pero lo que sí se permite es que una empresa, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, acuda a la contratación temporal por circunstancias de la producción cuando se den situaciones ocasionales, puntuales y determinadas en las que concurren las causas (previsibles o no) exigidas por el art.15 ET”.

⁹⁷³ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,, pág.28, *“la STS 2/2/2021 rectifica la anterior y añade el matiz de que corresponde a la empresa la carga de probar la concurrencia de los elementos jurídicos y de hecho que pudiesen justificar el recurso a esa clase de contrato temporal, en función de las peculiaridades de tales tareas dentro de las que constituyen el objeto habitual y ordinario de su actividad empresarial...esta limitación a las contrata es la medida más importante en cuanto a la reducción de la tasa de temporalidad en España”*. Para poder hacer realidad esta posibilidad, la contrata deberá ser extraordinaria, ocasional, que suponga un incremento de la actividad de la empresa.

utilizan expresiones como “*incrementos ocasionales e imprevisibles de actividad*”, “*oscilaciones de la actividad normal de la empresa*” mucho más adecuadas para su aplicación en el ámbito del empleo público laboral que “*las circunstancias del mercado...o el exceso de pedidos*” de la regulación ahora derogada.

ROQUETA estudia cuándo puede acudir a este contrato por circunstancias de la producción. El incremento ocasional e imprevisible de la actividad que produce un desajuste temporal entre el empleo estable del que se dispone y el que se requiere – y siempre que no sea preciso acudir al fijo discontinuo- se produciría, a juicio de esta laboralista, en los supuestos de déficit de plantilla. De este modo, en el caso de *déficit estructural* de plantilla, pese a tener la plantilla cubierta al completo el número de empleados públicos, ésta es insuficiente para atender los servicios públicos que la Administración Pública debe prestar a los ciudadanos. En estos supuestos, no podrían acudirse al contrato de sustitución por vacante si el puesto no se ha creado y no está incluido en la RPT. Asimismo, en los supuestos de *déficit temporal* de plantilla, ante el supuesto de empleados públicos laborales que estén disfrutando de permisos o vacaciones, puede celebrarse este contrato como recoge expresamente ahora el art.15.2 ET. Puntualiza que, en todo caso, la Administración Pública que vaya a celebrar este contrato con motivo de las vacaciones anuales deberá aportar “*prueba precisa y exhaustiva de las concretas y específicas circunstancias concurrentes , el número de puestos de trabajo y vacantes de lo que pueda deducirse la justificación de este contrato*” – no siendo suficiente “*una abstracta y genérica invocación de los periodos de vacaciones, licencias y permisos de los que disfruta la plantilla*”-. Por otra parte, la desproporción entre el trabajo a realizar y el personal disponible por la existencia de vacantes en la RPT sin cubrir debe atenderse con el contrato de sustitución por vacante⁹⁷⁴.

Se ha observado también⁹⁷⁵ que al no poder verse afectada la Administración Pública por lo dispuesto en un convenio colectivo sectorial no negociado por ella, este contrato – en su versión larga- podría tener una menor duración en el ámbito del empleo público que en el sector privado. Vendría a ser el equivalente al nombramiento de funcionario interino por exceso o acumulación de tareas que en la actualidad puede tener una duración de nueve meses, en un período de dieciocho meses, por lo que de nuevo el régimen funcional resulta más atractivo para la Administración – y menos protector

⁹⁷⁴ Para ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.63-65.

⁹⁷⁵ Por GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.”,pág.2,

para el empleado público – que el régimen laboral. Por ello se sostiene que la mención de este art.15 ET, en el ámbito de la Administración Pública, deberá entenderse hecha al convenio colectivo celebrado en la misma⁹⁷⁶.

En cuanto a la versión corta del contrato, por otra parte, cabe advertir del problema de información o comunicación del art.15.2 ET que esto supone para los pequeños entes locales, sin representación legal de los trabajadores; si bien, se está exigiendo únicamente información, pero no negociación⁹⁷⁷.

ii. Contrato por sustitución de la persona trabajadora

De la segunda de estas modalidades de contratación temporal, el contrato de sustitución⁹⁷⁸, se ha dicho que presenta pocas novedades respecto al anterior contrato de interinidad al que viene a suceder. En la actual redacción de este art.15.3 ET, puede celebrarse para la sustitución de una persona con derecho a reserva de puesto de trabajo, para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora y para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo⁹⁷⁹.

Del primer supuesto -sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo- cabe destacar que, para su celebración, es imprescindible que la persona trabajadora tenga derecho a reserva de puesto de trabajo; y éste puede venir reconocido en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual⁹⁸⁰. Obsérvese

⁹⁷⁶ En este sentido vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit., pág.125, quien remite a sentencias como SSTS 6/5/2019 y 4/7/2019.

⁹⁷⁷ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.,pág.3.

⁹⁷⁸ Para NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pág.135, la denominación es incorrecta porque, a diferencia la tradicional de contrato de interinidad, no permite abarcar todos los supuestos causales porque no en todos puede hablarse propiamente de sustitución. De la misma opinión, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, pág.172.

⁹⁷⁹La DA 4ª RD Ley 32/2021 únicamente menciona el contrato de sustitución en su modalidad de cobertura de vacante sin embargo, no cabe deducir de su lectura la imposibilidad de que la Administración Pública pueda recurrir al resto de causas del contrato de sustitución. Recuerda NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.136 esta modalidad contractual se vincula a razones organizativas de la empresa, al margen de las circunstancias productivas o de prestación de servicio de la misma.

⁹⁸⁰ Estaríamos hablando de las posibilidades de suspensión del contrato de trabajo del art.45.1 ET – exceptuando la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por fuerza mayor o por ejercicio del derecho de huelga-, y de los permisos previstos en la normativa, en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo. Salvo pacto en contrario no hay reserva de puesto de trabajo en una excedencia voluntaria - salvo los supuestos del art.46.3 ET de excedencias para cuidado de hijos y familiares durante los doce primeros meses o durante los quince o dieciocho meses en el caso de familias numerosas -pero sí en excedencia por ser víctima de violencia de género o terrorismo, vid SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral...op.cit.*, pág.48; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de...op.cit., pág.29. NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág. 136, quien recuerda que no cabría su

que no se exige la suspensión del contrato de trabajo, haciéndose eco, de este modo, de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el contrato de interinidad⁹⁸¹.

Este contrato debe formalizarse por escrito especificando el nombre del trabajador sustituido y la causa de su sustitución. No se exige que el puesto a cubrir por el sustituto o las funciones a desempeñar por el mismo hayan de coincidir con el puesto de trabajo del trabajador sustituido – como ya permitía el art. 5.2.b RD 2720/1998-, lo cual proporciona flexibilidad a las empresas⁹⁸². Es totalmente razonable que las funciones concretas que realizaba el empleado sustituido sean encomendadas durante su ausencia a otro trabajador de la empresa, que conociéndolas mejor pueda desarrollarlas más adecuadamente que el interino, pasando éste a efectuar funciones no coincidentes con las del sustituido, siempre que el puesto de trabajo, objeto de la sustitución, quede identificado plenamente⁹⁸³.

Como novedad destacable, respecto al contrato de interinidad anterior, la prestación de servicios podrá iniciarse incluso antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días. En este supuesto se simultanearán, hasta un máximo de quince días, los contratos del trabajador sustituido y del sustituto y aquí sí que se exige que durante este periodo las funciones a desarrollar por el sustituto coincidan con las del sustituido⁹⁸⁴. La posibilidad de este solapamiento temporal entre la persona sustituida y el interino puede resultar un mutuo beneficio tanto para el trabajador temporal como para la empresa que lo contrata porque, sin duda, facilitará la adaptación del primero a las exigencias y particularidades del trabajo que se le demanda⁹⁸⁵. Sin embargo, se echa en falta que esto mismo no se contemple en el tramo final del contrato, vísperas de la incorporación del trabajador

celebración en caso de “*permisos o interrupciones periódicas de la prestación*”, como podría ser la sustitución de trabajadores durante el disfrute de sus vacaciones (STS 30/12/2019 rec.1070/2017).

⁹⁸¹ El art.4.2.a RD 2720/1998 permite entender que el trabajador sustituido pueda seguir prestando servicios en la misma empresa por lo que es factible que el puesto que deja vacante, con reserva del mismo, pueda ser ocupado por otro (STS 26/5/2021 rec.u.d. 2199/2019).

⁹⁸² Como se sostiene, entre otras, STS 1/12/2021 rec.122/2020. Por otros, GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.*,pág.74. Señala NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.”, pág.138.

⁹⁸³ STS 1/12/2021 rec.u.d. 122/2020.

⁹⁸⁴ MOLINA HERMOSILLA, O. en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral...op.cit.*, pág.100.

⁹⁸⁵ Para GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.34, no habría impedimento para aplicar esta posibilidad a los dos otros supuestos de contrato de sustitución.

sustituido – “para poder poner al día al trabajador que se incorpora, especialmente tras ausencias de larga duración”⁹⁸⁶.

La duración de esta primera modalidad del contrato de sustitución coincidirá con la de la reserva del puesto de trabajo. Una vez extinguida ésta, con independencia de que el trabajador sustituido se incorpore o no al puesto de trabajo, quedará extinguido el contrato de sustitución. Además, el contrato se extinguirá con la reincorporación del trabajador sustituido o el vencimiento del plazo legal o convencional previsto para la reincorporación (y por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo) (art.8.1.c RD 2720/1998).

Otra posibilidad que contempla el nuevo art.15.3 ET es que se concierte para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas⁹⁸⁷ o reguladas en el convenio colectivo. En este caso, en el contrato habrá de especificarse tanto el nombre de la persona sustituida como la causa de la sustitución. Esta medida promueve y es coherente con el derecho de a la conciliación de la vida personal y laboral y también es una novedad introducida con la reforma. Sin embargo, aun promocionándose así, se ha alertado de que supone una limitación el que no pueda ampararse en un pacto contractual “*pues desincentiva a las empresas a la hora de atender a peticiones de reducción de jornada basadas en múltiples razones que puedan afectar a las personas a lo largo de la vida y que no se contemplan necesariamente en la ley o el convenio colectivo*”⁹⁸⁸. El contrato temporal se extinguirá con la reincorporación a su jornada completa del trabajador sustituido.

⁹⁸⁶ GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.*,pág.74. Para GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.34, “puede ser igualmente necesario para garantizar el desempeño adecuado del puesto”. Para MOLINA HERMOSILLA, O. en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral...op.cit.*,pág.100, la referencia expresa a los quince días introduce rigidez. Hubiera sido deseable dejar la concreción de su duración a la negociación colectiva, en función de las características del puesto de trabajo.

⁹⁸⁷ Con excepción de las reducciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor del art.47 ET, ya que no sería posible la sustitución de trabajadores, como indica SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral...op.cit.*,pág.49. Recuerda GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.35, que esto se recogía en el art.5.2.b RD 2720/1998 y que lo novedoso es la incorporación actual a un texto con rango de ley.

Los supuestos de reducción de jornada – como recuerda MOLINA HERMOSILLA, O. en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral...op.cit.*,,pág.104 – son los del art.37.4 a 8 ET, cualquier otro supuesto recogido en norma legal o convencional, incluyendo los supuestos de disfrute a tiempo parcial de la prestación por nacimiento y cuidado de menor

⁹⁸⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación...op.cit.,pág.30.

En tercer lugar, el contrato de sustitución podrá ser también celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción -promoción interna o concurso de traslado- para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Este supuesto de contrato de interinidad, que se recogía ya en el art.4.2.b RD 2720/1998, presenta como novedosa su incorporación a un texto con rango de ley y además la exigencia expresa de que el puesto a cubrir sea de fijo.

Su duración no podrá ser superior a tres meses o el plazo inferior que disponga el convenio colectivo aplicable⁹⁸⁹. Se prohíbe la celebración de un nuevo contrato de sustitución con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima. Como se ha dicho, no se contempla derecho a indemnización para los contratos de sustitución en el art.49.1.c ET, incluso en supuestos de larga duración⁹⁹⁰.

Este régimen jurídico del contrato de sustitución es plenamente aplicable a la Administración Pública, sin embargo, existe alguna especialidad cuando se celebra para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo. Esa plaza vacante, además de estar dotada presupuestariamente, habría de reflejarse en la RPT o-instrumento similar – plantilla o catálogo - como de personal laboral fijo (art.74 EBEP), y estar incluida en la correspondiente OEP⁹⁹¹.

En los procesos de selección llevados a cabo por la Administración Pública para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincide con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica. Luego, en este contrato, se mantiene el régimen especial para la Administración Pública al no quedar limitada su duración a un máximo de tres meses. Esta especialidad del contrato de

⁹⁸⁹ Como indica NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.141, el convenio colectivo puede reducir la duración pero no ampliarla; por otras, vid STS 27/4/2021 rec.618/2020.

⁹⁹⁰ FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo...op.cit.,pág.108, habla de un “vacío de tutela” y remite al voto particular de la STS 13/3/2019 rec.u.d. 3970/2016. Analiza CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de 2021 y el personal laboral sustituto por vacante en el sector público”, *Trabajo y Derecho*, nº 99, 2023, pág.2, que el TJUE sostiene que no se vulnera la Directiva 1999/70/CE por no reconocer indemnización a la finalización de los contratos de sustitución en los casos de extinción por reincorporación de la trabajadora sustituida o por la cobertura definitiva de la plaza, ya que existe razón objetiva que justifica esa diferencia de trato en relación con el trabajador fijo.

⁹⁹¹ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.76, recuerda que hay que incluir la plaza vacante en la OEP como paso previo a su cobertura definitiva, a no ser que la vacante vaya a cubrirse con concursos de traslado o movilidad interna. Por otros, vid también NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.143. Para GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*,pág.144, la contratación sólo será lícita si existe una vacante, de lo contrario nos encontraremos con que la inexistencia de causa convierte al trabajador en indefinido no fijo.

sustitución por vacante no deja de tener su lógica puesto que la selección de empleados públicos, como se ha dicho páginas atrás, es más compleja que la contratación en el sector privado debido a que debe someterse a la normativa administrativa y garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad con el fin de elegir al mejor candidato posible. Ello hace que los procesos de selección, para la posterior contratación, hayan de ser más largos⁹⁹². Como observa la doctrina laboralista, a diferencia del funcionario interino por vacante, no se establece expresamente un plazo máximo de duración de este contrato de interinidad por vacante por lo que se reclama que sea la normativa la que incorpore que su duración no podrá ser superior a tres años- bien modificando el RD 2720/1998 o directamente derogándolo y publicando una norma nueva adaptada al RD Ley 32/2021⁹⁹³-.

La DA 4ª RD Ley 32/2021 indica que se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*. De esta remisión, en primer lugar, cabe señalar que a pesar de que la DA 4ª RD Ley 32/2021 únicamente indica que los contratos de sustitución se podrán concertar para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, cabe su celebración para atender a las necesidades de mano de obra temporal durante los procesos de selección, promoción interna o provisión de puestos de trabajo⁹⁹⁴.

Esta remisión es confusa dado que se produce a toda una Ley, cuyo contenido principal, además de los procesos de estabilización de empleo público temporal de larga duración, gira en torno a la modificación del art.10 EBEP, precepto dedicado a los funcionarios interinos. Dado que la llamada de la DA 4ª RD Ley 32/2021 tiene que ver con el contrato de sustitución por vacante, además de un recordatorio de la aplicación de

⁹⁹² RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de...op.cit.,pág.145. NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.141, cita las SSTS 11/4/2006 rec.1387/2004, 2025/2005, 1184/2005, 1394/2005; 18/6/2020 rec.1911/2018; 27/4/2021 rec.618/2020.

⁹⁹³ BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: Debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades”, *Temas Laborales*, nº162, 2022, pág.86. Son la doctrina y la Jurisprudencia las que llegan a la conclusión de que esa ha de ser su duración, vid CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de...op.cit.

⁹⁹⁴ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.76, en realidad sería más adecuado hablar de provisión y selección – por promoción interna o acceso libre-.

los principios constitucionales de acceso al empleo público laboral temporal o de la limitación de la contratación temporal fuera de necesidades excepcionales de mano de obra⁹⁹⁵, parece que la remisión habría de hacerse a lo previsto en la Ley 20/2021 para el funcionario interino por vacante⁹⁹⁶. Y de seguir esta interpretación, este contrato podría celebrarse ante la existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por trabajadores fijos, por un máximo de tres años⁹⁹⁷. No obstante, la normativa sigue sin ofrecer un respaldo legal al plazo máximo de duración de estos contratos y ha sido la Jurisprudencia, tras el asunto IMIDRA, la que sostiene que la duración máxima ha de ser de tres años⁹⁹⁸ - vid STS 28/6/2021 rec.u.d.3263/2019-. Por otra parte, no se ha entendido que esa remisión a la Ley 20/2021 implique la exportación completa de las reglas del régimen del funcionario interino por vacante, en concreto art.10.1.a y 4 EBEP, al laboral con contrato de sustitución por vacante. Así que, estos últimos se rigen por el art.15 ET, aunque con las especialidades aportadas por nuestros Tribunales.

El contrato se extinguiría una vez que es cubierta la vacante (adjudicación de la vacante) tras los procedimientos administrativos de selección, promoción interna o provisión de ese puesto de trabajo (concurso o libre designación) y también si la Administración decidiese modificar su RPT y suprimir o amortizar ese puesto de trabajo de su RPT⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ Para ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.76, si no se estuviese en una situación de necesidad o urgencia, “*hay que proveer ese puesto de trabajo con un trabajador con contrato por tiempo indefinido por medio de procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo, bien concurso o libre designación según el puesto de trabajo y las determinaciones de la RPT, u otras fórmulas previstas por la legislación vigente con idéntico fin*”.

⁹⁹⁶ En este sentido, ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.74, duda que la remisión sea al art.10 EBEP, dado que se refiere a una relación en régimen de Derecho Administrativo y recoge causas de nombramiento de interino diferentes a las de cobertura de vacante. CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales...op.cit.,, pág.5, enumera hasta tres posibles interpretaciones de esta DA 4ª RD Ley 32/2021. Entender que se produce un reenvío al art.10 EBEP y por ello, salvo excepción, serían abusivas los contratos con duración superior a tres años. O aplicar el art.70 EBEP y limitar estos contratos a tres años. O sostener que no existe duración máxima de este contrato laboral cuando el empleador es una Administración Pública.

⁹⁹⁷ En línea con la doctrina jurisprudencial – por ejemplo, STS 11/1/2022 rec.1140/2021- se establece el plazo máximo de tres años del art.70.1 EBEP, como detalla MOLINA NAVARRETE, C.: “Ni “hito transformador”...op.cit.,, pág.13. Para MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit., pág. 127, el igualar la duración máxima de este contrato con la regulación administrativa del funcionario interino por vacante, “*eliminaría la prerrogativa de la Administración de mantener contratos temporales ilimitados*”.

⁹⁹⁸ El RD Ley 32/2021 pierde la ocasión de incluir el plazo de tres años, como sí hace la Ley 20/2021 con los funcionarios interinos por vacante. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo hace una interpretación analógica de dicho precepto al sostener que la Administración debe convocar y ejecutar el proceso selectivo en el plazo de tres años, vid PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de...op.cit.*,pág.94.

⁹⁹⁹ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*, pág.80.

iii. *La contratación temporal por la Administración Pública en el marco de la DA 5ª RD Ley 32/2021.*

Las Administraciones Públicas podrán suscribir contratos de duración determinada siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución del de *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos. En realidad, la DA 5ª RD Ley 32/2021, que recoge esta posibilidad de contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas, habla de entidades que integran el sector público reguladas en el art.2 *Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*¹⁰⁰⁰. Y ese precepto remite, a su vez, al art.2.1 Ley 40/2015. Igualmente podrán suscribir contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea.

Ante la derogación de los contratos temporales, esta DA 5ª RD Ley 32/2021 quiere aclarar que en estos supuestos – en los que la Administración Pública venía concertando contratos por obra o servicio¹⁰⁰¹ – sigue siendo posible la contratación temporal. Y que la duración de tales contratos temporales será la del programa o proyecto, esto es, la que resulte necesaria para la culminación del éste.

Aunque quiera rodearse a los contratos a los que hace referencia la DA 5ª RD Ley 32/2021 de limitaciones para reforzar su causalidad – los primeros han de estar asociados a la estricta ejecución de *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos, mientras que los segundos obedecerán a la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea¹⁰⁰²-, se echa de menos que el citado RD Ley no concrete

¹⁰⁰⁰ MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.120, indica que resultan de aplicación a entidades sin ánimo de lucro, Administraciones públicas territoriales y el sector público institucional.

¹⁰⁰¹ Considera excesivo ROQUETA BUJ, R.: “La aplicación de la reforma laboral en las Administraciones Públicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (visitado 10/02/2022), que no pueda celebrar contratos por obra o servicio determinado en ningún caso. De hecho, para MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.120, se estaría ante contratos específicos o innominados, asociados a la estricta ejecución del plan que los financia y a su duración, por lo que recuerdan al derogado contrato por obra o servicio determinado.

¹⁰⁰² Parece no exigirse que la íntegra financiación de los mismos provenga de fondos europeos, pero sí que se conecta la duración del contrato temporal al programa a ejecutar, vid ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.66.

algo más el régimen jurídico de los mismos¹⁰⁰³ porque van a ser un importante foco de contratación temporal, sin limitación temporal.

En cualquier caso, la DA 5ª RD Ley 32/2021 exige que la celebración de los antecitados contratos se realice de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público¹⁰⁰⁴. Si se acude a esa Ley 20/2021, la referencia de empleo público temporal que encajaría en estos supuestos, y aunque concerniente al funcionario interino, es 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 del EBEP (art.10.1.c EBEP)¹⁰⁰⁵.

La doctrina reclama un futuro desarrollo normativo que precise a qué contrato temporal acudir en estos supuestos para atender a necesidades temporales de mano de obra. Con los nuevos contratos temporales, no parece posible que la solución pase por acudir al contrato por circunstancias de la producción ni tampoco al contrato de sustitución. Por ello se piensa que quizás la solución pase por reintroducir el contrato por obra o servicio –con ésta u otra denominación- para atender a este tipo de situaciones o crear modalidades contractuales específicas o *ad hoc* para estos proyectos o programas¹⁰⁰⁶.

Sin embargo, según indica la *Nota conjunta de la Dirección General de Trabajo y el Servicio Público de Empleo Estatal para la aplicación inmediata de la reforma de la contratación laboral del Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo* (10/02/2022), la contratación de duración determinada vinculada a los fondos europeos va a poder realizarse en el marco de un

¹⁰⁰³ BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.79. En cuanto al régimen jurídico de estos contratos ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.57, señala que el art.10.3 EBEP no reconoce derecho a compensación alguna a estos trabajadores temporales cuando son cesados al terminar el programa o proyecto o, en todo caso, por el transcurso de los antecitados tres o cuatro años, a diferencia de la normativa anterior que les reconocía una indemnización de doce días por año de servicio.

¹⁰⁰⁴ GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit.”,pág.5, luego les resulta de aplicación la DA 17ª EBEP, pero la DA 5ª RD Ley 32/2021 no establece un período máximo de duración de estos contratos.

¹⁰⁰⁵ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág. 56.

¹⁰⁰⁶ BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO”...op.cit.”,pág.84, puntualiza que podría la Administración trasvasar su necesidad de mano de obra temporal de los contratos laborales a la figura del funcionario interino vinculado a programas administrativos de carácter temporal de larga duración.

contrato de causa específica, diferente de las reguladas en el art.15 ET, que se denominará contrato de duración determinada vinculado a programas financiados con fondos europeos. Luego estos contratos no son los del art.15 ET, sino que son contratos específicos. Indica también esta Nota que tendrán la duración necesaria para la ejecución de proyectos y programas de carácter temporal cuya financiación provenga de Fondos de la Unión Europea. Se identificarán de manera diferenciada los asociados a la ejecución del PRTR, financiados con el mecanismo de Recuperación y Resiliencia (Next Generation EU), y aquellos vinculados a la ejecución de programas financiados con otros fondos de la Unión Europea.

Ante la exigüidad de la norma, cabe preguntarse también sobre el momento extintivo de estos contratos. Una vez ejecutado el proyecto, y previa denuncia, el contrato se extingue; sin embargo, no se prevé indemnización¹⁰⁰⁷, aunque podría aplicarse la del art.49.1.c ET.

Por último, señalar que también la DA 9ª *Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo*¹⁰⁰⁸, posibilita a las Administraciones Públicas y, en su caso, las entidades sin ánimo de lucro la celebración de contratos para la mejora de la ocupabilidad y la inserción laboral en el marco de los programas de activación para el empleo¹⁰⁰⁹, cuya duración no podrá exceder de doce meses¹⁰¹⁰. Luego se trata de contratos de duración determinada vinculados a programas de activación para el empleo.

La doctrina se muestra crítica con este trato de favor a la Administración Pública. Si bien el objetivo de la reforma laboral es la restricción de la contratación temporal reduciendo el número de contratos y aquilatando sus causas, parece que en el ámbito del empleo público se invita a la Administración a la celebración de contratos temporales adicionales a los que ya puede celebrar en virtud del art.15 ET. Estos contratos de los que

¹⁰⁰⁷ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit., pág.67.

¹⁰⁰⁸ Añadida por la DF 2ª RD Ley 32/2021.

¹⁰⁰⁹ El RD 818/2021, de 28 de septiembre, regula los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. Y el contrato más utilizado ha sido el de obra o servicio determinado.

¹⁰¹⁰ A mayor abundamiento vid ROQUETA BUJ, R.: *La reforma...op.cit.*, pág.88. Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit., pág.52, la falta de mayor concreción de estas dos disposiciones adicionales, precisada de desarrollo reglamentario y de cuestionable conformidad con la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE, por la ausencia de medidas ante su uso abusivo, porque escapan de la protección del art.15 ET. En opinión de GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos...op.cit., pág.5, “se trata de ofrecer una solución a los entes locales para que puedan continuar con sus programas de fomento de empleo...antes recurrían al contrato por obra o servicio determinado”.

no se beneficia el sector privado, no se rigen por el art.15 ET lo que significa que no entran en juego las medidas de protección para el trabajador temporal y de control del abuso de la temporalidad de los art.15.4 y 5 ET¹⁰¹¹.

iv. *La contratación temporal en el marco de la Ley Orgánica de Universidades y la Ley de la Ciencia*

Como acaba de apuntarse, la Administración Pública tiene mayores posibilidades de recurrir a la contratación laboral temporal que un empleador laboral privado puesto que el legislador concibe para ella modalidades contractuales laborales temporales propias o a medida de sus necesidades. Prueba de ello es la normativa laboral especial contenida en normas como la *Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*¹⁰¹² (en adelante, LOU) o la *Ley 40/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, de la Tecnología y la Innovación*¹⁰¹³ (en adelante, LCTI).

En el caso de la LOU, su art.47 dispone que el personal docente e investigador de las Universidades públicas estará compuesto de funcionarios de los cuerpos docentes universitarios – *Profesores Titulares de Universidad y Catedráticos de Universidad*¹⁰¹⁴– y por personal laboral. En cuanto a este último¹⁰¹⁵, la LOU ha permitido a las

¹⁰¹¹Por otros, vid ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit., pág.67. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit.,pág.65, se plantea si esto supone una vulneración del Acuerdo Marco.

¹⁰¹² El régimen jurídico del personal docente e investigador se contiene en la LOU y en la normativa de CCAA en el marco de sus competencias (art.48.6 LOU). Apunta MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel”, *Trabajo y Derecho*, nº 33, 2017, pág.2, que la normativa autonómica ha de limitarse a acomodar “*las previsiones generales de la LOU*” y es necesaria para “*la correcta y completa fijación del régimen contractual en cada territorio...*” También presta servicios en la universidad pública personal de administración y servicios, vid art.73 LOU.

¹⁰¹³ Interesante lectura de RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “La contratación temporal...op.cit., pág. 27 y ss. Vid también CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTIN, Volumen I, 2009, pág.461 y ss.; ROMERO BURILLO, A.Mª. y MORENO GENÉ, J.: *El personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas: aspectos legales y negociación colectiva*, Ed. Bomarzo, 2010; MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las Universidades Públicas”, *Lan Harremanak*, nº 36, 2017-I, pág.75-137.

¹⁰¹⁴ A los anteriores cabe añadir el cuerpo de profesores Titulares de Escuela Universitaria. Esta figura fue creada por la *Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria* (art.33.1d), pero desaparece con la LOU. Con la entrada en vigor de la LOSU, estos profesores mantienen sus derechos y conservan su plena capacidad docente; si bien, aquellos que posean el título de doctor o lo obtengan posteriormente, y obtengan la acreditación, accederán directamente al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad (DA 11ª LOSU).

¹⁰¹⁵La contratación de profesores por las Universidades Públicas se llevará a cabo a través de contratos laborales, y no por medio de contratos administrativos. Vid, por otros, NOGUEIRA LÓPEZ, A.: “El nuevo marco competencial del profesorado universitario”, *Revista Administración Pública*, nº 163, 2004, pág. 225; CAPODIFIERRO CUBERO, D.: “El régimen jurídico del profesorado contratado en el sistema universitario”, *Revista Vasca Administración Pública*, nº 104-I, 2016, pág. 21. Con la publicación de la LOU se califica de “*desembarco vikingo de lo laboral*” en el particular sector de la docencia universitaria, como recuerda MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva e inaudita “relación laboral especial”: el régimen

Universidades públicas acudir a las modalidades previstas en el ET en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, a través del contrato de interinidad del art.15.1.c ET y, para la contratación de personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado (art.15.1.a ET), para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art.48.1 LOU). Sin embargo, como ya se ha dicho, con la entrada en vigor del RD Ley 32/2021 desaparece el contrato por obra y servicio¹⁰¹⁶; y, conforme a la DT 3ª RD Ley 32/2021, los contratos por obra o servicio determinados celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, previstos en normas con rango de ley, vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años y que estén vigentes en la fecha señalada en el párrafo anterior, mantendrán su vigencia hasta el cumplimiento de la duración fijada de acuerdo a su normativa de aplicación, con el límite máximo de tres años contados a partir de la citada fecha. Luego, tras el 30 de marzo de 2022, “*queda derogada la posibilidad tanto para la iniciativa pública como para la privada salvo que los proyectos se financien, aunque sea parcialmente, con fondos de la UE en el sentido de la DA 5ª RD Ley 32/2021*”¹⁰¹⁷.

Salvedad hecha de estas modalidades contractuales, ha de acudirse a los modelos de contratación laboral exclusivos y específicos del ámbito universitario¹⁰¹⁸: los que se

de contratación de personal docente e investigador tras la LOU”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 44, 2004, pág.74-76, en referencia al surgimiento de un “*modelo dual puro de carrera profesional, posibilitándose la prolongada permanencia en figuras contractuales no estables*” articulando mecanismos de “*estabilización y carrera profesional*”.

¹⁰¹⁶ Otro de los privilegios de la Administración ha sido la prácticamente ilimitada contratación temporal, como observa MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del empleo...op.cit. Hasta la reforma de 2021, podían contratar temporalmente como personal investigador y docente en las Universidades Públicas o con contratos vinculados a un proyecto de investigación o inversión. La DD Única RD Ley 32/2021 deroga expresamente el contrato por obra o servicio determinado en cualquier norma del ordenamiento jurídico y, en particular, en la LOU y en la LCTI, que se utilizaba para la contratación de investigadores.

¹⁰¹⁷ Como señala ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*, pág.55; o MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de...op.cit.”, pág.62.

¹⁰¹⁸ Recoge la EM LOU la creación de nuevas figuras contractuales como las de profesor ayudante doctor y la del profesor contratado doctor, y se introducen criterios de calidad para la contratación estable de este profesorado por parte de las Universidades, dotando al procedimiento de selección de un alto nivel de transparencia y rigor mediante el requisito de la evaluación externa de la actividad previa de los candidatos. A mayor abundamiento puede consultarse a MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales...op.cit.”, pág.75-137. BAYLOS GRAU, A.: “El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista Derecho Social*, nº 44, 2008, pág.52 y ss. Subraya MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor...op.cit.”, pág.2, “*que éste sería el elenco general de docentes de las Universidades públicas españolas. El particular de cada Universidad...requerirá, ...el manejo de una serie nada desdeñable de normas autonómicas (de Universidades o sistema universitario), de reales decretos de desarrollo, de Estatutos de Universidad, y en último nivel de convenios colectivos*”.

corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante (art.48.2 LOU)¹⁰¹⁹. Figuras que se entienden más idóneas tanto para encauzar el proceso formativo e investigador del profesorado universitario como para disponer de profesionales altamente cualificados, en aras de proporcionar la mayor calidad a la prestación del servicio público de la educación superior¹⁰²⁰; y que, sin embargo, no consiguen soslayar un cierto grado de inestabilidad, por lo tanto de precarización, del personal docente e investigador.

¹⁰¹⁹ Para parte de la doctrina, en virtud del art.149.1.7º CE, las Comunidades Autónomas no podrían intervenir en el desarrollo normativo de las figuras contractuales laborales del personal docente e investigador universitario, correspondiéndoles únicamente la ejecución de la normativa laboral. Vid, por otros, DE LA VILLA GIL, L.E.: “Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y de las Universidades en materia de contratación laboral del profesorado universitario”, *RGDTSS*, nº 6, 2004. Sin embargo, otros consideran que “*la competencia autonómica en materia de universidades constituiría el título competencial concurrente que justificaría el desarrollo que, sin alterar ni desfigurar las instituciones jurídico laborales, permitiese adaptar la configuración del régimen jurídico del profesorado contratado a la política autonómica de universidades, concretando algunos aspectos como la duración del contrato, dedicación, existencia de varios niveles en alguna de las categorías,...*” en NOGUEIRA LÓPEZ, A.: “El nuevo marco...op.cit.,pág. 244. En opinión de BAYLOS GRAU, A.: “El personal docente...op.cit.,pág.50, “*se recupera en la LOU la función directiva de la norma estatal en el diseño de las modalidades de contratación laboral que pueden realizarse para el sector de PDI. Las normas autonómicas y la negociación colectiva no pueden por consiguiente escapar de esta precisión legal. Cabe desde luego que se precise y desarrolle sus orientaciones, pero no puede alterarse el contenido y las funciones definidas en la LOU ni tampoco crear nuevas formas de inserción diferentes a las que señala dicha norma*”.

El Tribunal Constitucional entiende que la materia de régimen jurídico del profesorado universitario se subsume en los títulos competenciales contemplados en los art.149.1.1º y 30º CE, que se refieren a la enseñanza universitaria permitiendo una actividad legislativa autonómica de desarrollo (STC 87/2014 de 29 de mayo; STC 107/2014 de 20 de junio). En redacción del art.48.6 LOU, la doctrina defiende que el “*régimen jurídico del profesorado universitario contratado sería esencialmente un aspecto del derecho a la educación el art.27 CE. Como tal, se trata de un ámbito material sobre el que las Comunidades Autónomas gozarían de la capacidad para desarrollar, precisar y ejecutar la regulación general fijada por el Estado a partir de la previa habilitación estatutaria al respecto...la regulación de cualquier aspecto del derecho a la educación por parte de los Estatutos de Autonomía no puede suponer alteración ni una modificación de los derechos fundamentales y las libertades públicas constitucionalmente reconocidos, cuyas condiciones básicas deben ser garantizadas por el Estado*”, en CAPODIFIERRO CUBERO, D.: “El régimen jurídico...op.cit.,pág. 28. Vid también MOLINA NAVARRETE, C.: “Improvisación de la LOU, “perversión” de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, *Revista Derecho Social*, nº 25, 2004, pág. 91 y ss. Como concluye MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor...op.cit.,pág.2, “*la regulación infraestatal no debería ser, en teoría (la práctica ha sido muy diferente), más que una acomodación de las previsiones generales de la LOU. En todo caso –por contener regulación singular o simple precisión de la LOU- el manejo de la normativa autonómica –completada con la estatutaria y la convencional –deviene imprescindible para la correcta y completa fijación del régimen contractual en cada territorio*”. El art.48.2 LOU literalmente se refiere a que las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de Ayudante, Profesor Ayudante Doctor, Profesor Contratado Doctor, Profesor Asociado y Profesor Visitante. La utilización del verbo “corresponder” permitiría que las Comunidades Autónomas, sin llegar a crear nuevas figuras, utilizaran otras denominaciones para señalar al profesorado universitario, como así ha hecho Cataluña. En el art.144.2 Decreto 246/2003, de 8 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Universidad de Barcelona, se utilizan las voces de profesor lector, profesor agregado y catedrático. Sin embargo, la mayoría de las Comunidades Autónomas mantienen las denominaciones de la LOU. Vid CAPODIFIERRO CUBERO, D.: “El régimen jurídico...op.cit., pág. 37.

¹⁰²⁰ Como se reconoce en la EM *Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*, las modalidades contractuales específicas del ámbito universitario, por las características propias del trabajo y por las condiciones de la relación laboral,

Repasemos brevemente estas figuras¹⁰²¹. La LOU posibilita la contratación laboral temporal de aquellos que hayan sido admitidos o a quienes estén en condiciones de ser admitidos en los estudios de doctorado, a través del *contrato de ayudante* (art.49 LOU). La finalidad principal del contrato será la de completar la formación docente e investigadora de dichas personas, principalmente, de elaboración de la tesis doctoral, lo que justificaría que su duración no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco, pudiendo prorrogarse o renovarse si se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima, siempre que la duración total no exceda de los indicados cinco años. Si bien, propiamente no pueden ser llamados profesores, colaborarán en tareas docentes de índole práctica hasta un máximo de sesenta horas anuales.

Aunque fuera del ámbito universitario esta afirmación podría resultar contraria a los intereses de la estabilidad en el empleo, lo deseable en este particular enclave del mercado de trabajo es que dicho contrato temporal se concatene con otro contrato temporal, el *contrato de ayudante doctor* (art.50 LOU). Contrato laboral especial en el ámbito de la universidad pública que se celebra con doctores y cuya celebración se condiciona a la obtención de la previa evaluación positiva de la actividad del futuro contratado por parte de la *Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación* (en adelante, ANECA) o del órgano de evaluación externa que la ley de la Comunidad Autónoma determine. Su finalidad es la de desarrollar tareas docentes y de investigación y su duración no podrá ser inferior a un año ni superior a cinco, pudiendo prorrogarse o

no pueden subsumirse en las figuras previstas en la legislación laboral general. La especificidad de estas modalidades contractuales obedece tanto a la necesidad de completar la formación en el caso de los ayudantes y de los profesores ayudantes doctores, como a la oportunidad de aportar a la universidad el conocimiento y la experiencia de profesionales del sector productivo –profesores asociados– o de docentes e investigadores de prestigio de otras universidades –profesores visitantes–. Debido a las especiales características de la labor docente e investigadora que realiza la universidad, es necesario establecer para estas modalidades mecanismos de temporalidad que favorezcan el desarrollo del proceso académico y que, por otro lado, partan de la lógica conservación de la fuente de conocimiento y experiencia que aportan estos profesionales a la universidad y que es la característica principal que dota de sentido a figuras como la del profesor asociado o la de profesor visitante.

¹⁰²¹ Además de en la LOU, el RD 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, también resulta aplicable a este colectivo. A las anteriores figuras laborales cabe añadir la del profesor colaborador. La DT 2ª Ley Orgánica 4/2007 y el Real Decreto 989/2008, de 13 de junio, por el que se regula la contratación excepcional de profesores colaboradores, recogen la posibilidad de que la Universidad pueda contratar de forma excepcional a este colectivo de profesores no doctores, para la cobertura de necesidades docentes singulares que no puedan ser atendidas a través de las modalidades de contratación específicas del ámbito universitario previstas en la LOU. Tras la publicación de la LOSU, pueden continuar con sus funciones docentes e investigadoras de acuerdo con lo previsto en su contrato. Si tuviesen el título de doctor, o lo obtuviesen tras la entrada en vigor de la LOSU, y reciban la evaluación positiva del art.82.a LOSU, accederán directamente a la figura de Profesora o Profesor Permanente Laboral, en sus propias plazas (DT 5ª LOSU).

renovarse si se hubiera concertado por duración inferior a la máxima, siempre que la duración total no exceda de los indicados cinco años. En cualquier caso, el tiempo total de duración conjunta entre esta figura contractual y la de ayudante, no podrá exceder de ocho años.

La extinción de los contratos temporales de ayudante y de ayudante doctor no tienen prevista indemnización alguna.

Contratos de celebración sucesiva cuya temporalidad y concatenación no tiene otra finalidad, como se ha dicho, que canalizar el proceso de formación e investigación del profesorado universitario, quien deberá justificar al finalizar cada uno de estos contratos su aptitud para ir promocionando hasta poder conseguir, finalmente, celebrar el ansiado contrato fijo y a tiempo completo de *profesor contratado doctor* (art.52 LOU)¹⁰²². La finalidad de este contrato será la de desarrollar, con plena capacidad docente e investigadora, tareas de docencia y de investigación, o prioritariamente de investigación¹⁰²³.

En toda esta dura carrera de obstáculos, tiene un papel principal la ANECA, entidad independiente de cuya intervención se hace depender la acreditación de los méritos que demuestran la valía de este personal. Requisito imprescindible para poder promocionar de uno a otro contrato temporal y, finalmente, al contrato fijo y, en el mejor de los casos, acceder a los cuerpos docentes universitarios como *profesor titular de universidad* y gozar de la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera (art.56 y ss. LOU).

Otros contratos laborales temporales son los *contratos de profesor asociado* (art.53 LOU), muy numerosos en esta institución pública tras las reducciones en la financiación y las limitaciones en la tasa de reposición, medidas adoptadas a consecuencia de la crisis económica, y la necesidad de atender al servicio público de la docencia universitaria,

¹⁰²² Este contrato fijo laboral a tiempo completo se celebrará con doctores que reciban la evaluación positiva por parte de la ANECA o del órgano de evaluación externo que la ley de la Comunidad Autónoma determine. En la LOSU ya no existe esta figura, por lo que los contratados doctores mantienen sus derechos y deberes de su contrato. No obstante, previa solicitud, podrán integrarse en la modalidad de profesores permanentes laborales, en las mismas plazas que ocupen. Asimismo, las universidades promoverán procesos de estabilización de profesores contratados doctores interinos a la figura de profesor permanente laboral, en los términos de la Ley 20/2021. Las Universidades Públicas promoverán concursos a plazas de profesores titulares de universidad para los profesores contratado doctor y doctor interino que hayan obtenido la acreditación a profesor titular (DT 5ª LOSU).

¹⁰²³ Dentro de su ámbito competencial, como se decía líneas arriba, algunas Comunidades Autónomas han establecido distintas categorías dentro de la figura del profesor contratado doctor y a las que se va promocionando tras lograr las pertinentes acreditaciones, vid MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales...op.cit.,pág.89.

como parte integrante del derecho a la educación¹⁰²⁴. Este contrato podrá celebrarse con especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario¹⁰²⁵, puesto que la finalidad del mismo es la de enriquecer la docencia a través de la aportación de sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad¹⁰²⁶. La acreditación del ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario es un requisito imprescindible por lo que ha de producirse en el momento de celebración del contrato y posteriormente, mientras el mismo continúe en vigor o en sus renovaciones¹⁰²⁷ (art.48 y 53 LOU). Así, el art.20.2 *RD 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario*, dispone que se entenderá por desarrollo normal de la actividad profesional el ejercicio, fuera del ámbito universitario¹⁰²⁸, de cualquier actividad profesional remunerada de aquellas para las que capacite el título académico que el interesado posea durante un período mínimo de tres años dentro de los cinco anteriores a su contratación como profesor asociado por una Universidad. No obstante, indica también el citado precepto, las universidades podrán contratar a personas de reconocida competencia en los términos que prevean sus estatutos.

La duración del contrato es trimestral, semestral o anual, pudiéndose renovar por períodos de igual duración, siempre que se siga acreditando el ejercicio de la actividad

¹⁰²⁴LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: “Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n^o411, 2017, pág. 30.

¹⁰²⁵Recuerda CÁMARA DEL PORTILLO, D.: “Los profesores asociados: ¿fraude de ley en la contratación temporal?”, *Diario la Ley*, n^o 8806,19/7/2016, que esta figura nace con la *Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma universitaria*, para su celebración con carácter temporal con especialistas de reconocida competencia que desarrollasen su actividad profesional fuera de la Universidad. Exigiendo después la *Ley 53/1984 de incompatibilidades* su dedicación a tiempo parcial. Poco después, y en desarrollo de la *Ley 11/1983*, el *RD 898/1985* permite su contratación por la Universidad a tiempo completo o parcial, bastando además con que el profesional hubiera realizado su actividad profesional fuera de la Universidad durante un período de tres años dentro de los cinco anteriores. Y excepcionalmente permite contratar a personas en las que no concurren dichos requisitos temporales. El *RD 70/2000* elimina la expresión “excepcionalmente” y pasa a indicar que, sin perjuicio de los anteriores requisitos, en los términos previstos los Estatutos, las Universidades podrán contratar a personas de reconocida competencia.

¹⁰²⁶ Indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor ...op.cit.,pág.1, el interés de esta modalidad contractual para los estudiantes porque les acerca al mundo profesional; no obstante, con mucha frecuencia “se ha convertido en una especie de comodín para los gestores universitarios”.

¹⁰²⁷Para MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico laborales de la contratación irregular de los profesores asociados de Universidad”, *Revista Información Laboral*, num.11/2017, BIB 2017\43181, pág. 16, “no sólo se deberá acreditar el desempeño de una actividad profesional distinta a la universitaria, sino también, que ésta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que, a su vez, esta actividad profesional se haya desempeñado durante un determinado lapso de tiempo que le confiera al candidato la condición de profesional e reconocido prestigio...cuando no se cumplen los presupuestos que legitiman este tipo de contratación, así como cuando la actividad docente desempeñada está absolutamente desvinculada de la actividad profesional que desempeña el docente fuera de la universidad se desvirtúa la esencia de esta modalidad contractual”.

¹⁰²⁸ La exigencia es que la actividad principal se realice fuera del ámbito académico universitario, pudiendo ejercer como docentes con contrato de profesor asociado trabajadores o funcionarios de la Universidad que se dediquen, por ejemplo, a actividades propias de la administración o de servicios.

profesional fuera del ámbito académico universitario (art.53 LOU) –luego las renovaciones podrán ser ilimitadas-. Los estatutos de las universidades establecerán la duración máxima de estos contratos, su carácter o no de renovables, las condiciones en que, en su caso, las sucesivas renovaciones puedan producirse y el número máximo de estas (art.20.9 RD 898/1985).

Según su normativa reguladora, el cumplimiento del término señalado en el contrato implicará la extinción automática del mismo, sin necesidad de denuncia, salvo que las partes con anterioridad acuerden la renovación del contrato por el período que autoricen los estatutos u otro inferior (art.20.10 RD 898/1985). La extinción del contrato de los profesores asociados por expiración del tiempo convenido no dará derecho a indemnización alguna, salvo previsión en contrario de los Estatutos de la universidad en que preste su actividad docente (art.20.11 RD 898/1985).

Como después se dirá, en la práctica se ha producido un uso desviado de esta figura con lo que la precarización se incrementa, dado que a la falta de estabilidad se añade la parcialidad del tiempo de trabajo. Fundamentalmente por los obstáculos que tiene que salvar quien quiere ser contratado laboralmente como profesor a tiempo completo para conseguir la acreditación de ANECA. Estas dificultades llevan a que muchos profesores, en realidad falsos asociados, celebren contratos temporales de profesor asociado con sus Universidades mientras tratan de incrementar y perfeccionar su curriculum, fundamentalmente, investigador. Sus empleadoras, conscientes o no del problema – y, a veces, limitadas por las restricciones impuestas por las tasas de reposición- , lo han consentido como mal menor con el que atender sus necesidades de mano de obra, en algunos casos incluso, permanente.

Menos numerosos son los contratos de *profesores visitantes* (art.54 LOU) que se podrán celebrar con carácter temporal, con la duración que se acuerde entre las partes (a tiempo completo o parcial), con profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, con el objeto de desarrollar tareas docentes o investigadoras a través de las que se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de los indicados profesores a la universidad¹⁰²⁹. Y los *contratos de profesores eméritos* (art.53 LOU) que podrán nombrar

¹⁰²⁹Al igual que ha pasado con el profesor asociado, recuerda MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit., pág. 76, se ha recurrido a esta figura de modo fraudulento – “falsos visitantes”-.

con carácter temporal las universidades entre profesoras y profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la universidad¹⁰³⁰.

La LOU establece límites máximos de inestabilidad en el empleo al disponer que el personal docente e investigador contratado laboral, computado en equivalencias a tiempo completo, no podrá superar el 49% del total de personal docente e investigador de la universidad (art.48.4 LOU) y que el personal docente e investigador con contrato laboral temporal no podrá superar el 40% de la plantilla docente¹⁰³¹ (art.48.5 LOU).

Todo este mapa de modalidades contractuales cambia con la nueva *Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario*¹⁰³² (en adelante, LOSU), que quiere poner fin a la precariedad de determinadas figuras del profesorado laboral, incentivar programas de estabilización y promoción y garantizar la equiparación de derechos y deberes académicos del profesorado funcionario y laboral permanente; y en materia de personal investigador esta norma configura pasarelas entre la carrera investigadora y la Universidad. Esta norma, además de necesitar una abundante financiación, y un no menos abundante desarrollo reglamentario y por parte de las Comunidades Autónomas, efectúa constantes llamadas a la autonomía universitaria y a la negociación colectiva para la concreción de aspectos clave de la relación de servicio de estos empleados públicos (E.M. LOSU)¹⁰³³. Con fecha de 9 de marzo de 2023, se aprueba esta ley orgánica que en relación con el personal docente e investigador mantiene la dualidad funcional y

¹⁰³⁰ CAPODIFIERRO CUBERO, D.: “El régimen jurídico...op.cit.,pág. 20, considera que se trataría de un “vínculo excepcional y eventual con la Universidad” y en el caso del emérito predomina el “componente honorífico de la carrera académica de los docentes jubilados para aprovechar su experiencia”.

¹⁰³¹ La LOU apuesta por una laboralización del empleo del profesorado universitario, dualizando el mismo. El funcionario de carrera ha de tener una presencia mayoritaria pero la LOU se conforma con que, aún cumpliendo esta premisa, esa mayoría de funcionarios permita la máxima presencia posible de personal laboral, un 49%, contemplándose en la práctica una equiparación. Ello, junto a los obstáculos que pone ANECA para acreditar a quienes quieren promocionar del régimen laboral a los cuerpos docentes universitarios, demuestra una voluntad decidida de los poderes públicos de laboralizar el empleo público y con ello buscar una mayor flexibilidad a través de una degradación de la estabilidad en el empleo. Esto es, cada vez hay más laborales, reduciéndose el número de funcionarios. Recuerda MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales...op.cit.,pág.80, que este porcentaje limitador de la presencia de personal laboral no se respeta en la práctica, sobre todo en materia de contratación temporal de investigadores y profesores.

¹⁰³² Conforme a la DT 5ª LOSU el personal docente e investigador con contrato de carácter temporal a la entrada en vigor de la LOSU permanecerá en su misma situación hasta la extinción del contrato y continuará siéndole de aplicación las normas específicas que correspondan a cada una de las modalidades contractuales vigentes en el momento en que se concertó su contrato de trabajo. Desde la entrada en vigor de la LOSU no se podrán convocar plazas para figuras previstas en la LOU.

¹⁰³³ Esta norma es muy contestada desde todos los colectivos universitarios porque, entre otros motivos, no resuelve los problemas de la Universidad y genera mucha incertidumbre; ha faltado negociación y consenso; por los problemas de financiación o de transitoriedad que su puesta en marcha implica.

laboral¹⁰³⁴ y establece que el profesorado funcionario será mayoritario sobre el total del personal docente e investigador – pero no se concreta cuánto de mayoritario¹⁰³⁵ - y que el personal laboral temporal no podrá superar el 8% (art.64.3 LOSU), del que excluye a los ayudantes doctores y asociados de ciencias de la salud.

En cuanto al personal docente e investigador en régimen laboral, las Universidades públicas podrán contratarlo a través de las modalidades de contratación específicas del ámbito universitario que se contemplan en la LOSU, no efectuando ninguna mención a las modalidades contractuales del ET, a diferencia de su predecesora, la LOU – o de la LCTI-. Asimismo, podrán contratar, con financiación interna de la universidad o con financiación externa, personal investigador en las modalidades de contrato predoctoral, contrato de acceso de personal investigador doctor, contrato de investigador/a distinguido/a y contrato de actividades científico técnicas en los términos de la LCTI (art.77.1 LOSU). El régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contratación laboral será el dispuesto en esta LOSU¹⁰³⁶ y sus normas de desarrollo, aplicándose supletoriamente el ET y sus normas de desarrollo, los convenios colectivos aplicables y, en su caso, el EBEP (art.77.2 LOSU).

Las modalidades contractuales laborales contempladas por la LOSU son la de profesor ayudante doctor; profesor asociado; profesor sustituto; profesor emérito; profesor permanente laboral; profesor visitante y profesor distinguido¹⁰³⁷. Como se observa, de esta relación de figuras laborales se ha suprimido el contrato de ayudante lo cual ha sido muy criticado porque, conocida la escasez de ayudas predoctorales en nuestro país, plantea el problema de quiénes van a poder permitirse la elaboración de una tesis doctoral y que podría solventarse celebrando el contrato predoctoral de la LCTI¹⁰³⁸.

¹⁰³⁴ Si bien equipara en derechos y deberes al personal laboral y funcionario permanente, vid art.82 LOSU. En opinión de GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario y contratación laboral en la reciente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU): del grupo normativo regulador a las fuentes del Derecho de aplicación”, Briefs AEDTSS, nº 31, AEDTSS, 2023 (visitado 11/04/2023), esta norma plantea “una creciente e intensa laboralización del empleo público universitario”.

¹⁰³⁵ La DT 6ª LOSU establece que la mayoría de profesorado funcionario establecida en el art. 64.3 LOSU deberá ser una realidad dentro del periodo previsto en el art. 155.2 *Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, relativo al plan de incremento del gasto público en educación*.

¹⁰³⁶ Señala GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario...op.cit., que son imprescindibles “*otras fuentes reguladoras so pena de producir vacíos normativos que las hacen difícilmente reconocibles y, sobre todo, aplicables en la actividad docente e investigadora universitaria*”.

¹⁰³⁷ La LOSU presenta un esbozo de estas figuras pero apenas las regula, como observa GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario...op.cit.

¹⁰³⁸ A diferencia del itinerario que describe la LCTI, que contempla un contrato predoctoral previo al contrato de acceso de personal investigador doctor. Este contrato predoctoral (art.21 LCTI) posibilitará al trabajador, una vez obtenido su doctorado, optar a los contratos de ayudante doctor (art.78 LOSU).

Desaparecido el contrato laboral temporal de ayudante¹⁰³⁹, las universidades podrán contratar con dedicación a tiempo completo como *ayudantes doctores* a personas con el título de doctor sin necesidad de acreditación¹⁰⁴⁰ - entendiendo que la no exigencia de este requisito resultará más atractiva para los futuros candidatos-. La finalidad del contrato será desarrollar las capacidades docentes – para lo cual realizarán el primer año de contrato un curso de formación docente inicial-, de investigación y, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento¹⁰⁴¹, y de desempeño de funciones de gobierno de la universidad. Desarrollarán tareas docentes hasta un máximo de ciento ochenta horas lectivas por curso académico¹⁰⁴², de forma que puedan compatibilizarlas con el desarrollo de tareas de investigación para atender a los requerimientos para su futura acreditación. Ninguna persona podrá ser contratada mediante esta modalidad, en la misma o distinta Universidad, por un tiempo superior a seis años¹⁰⁴³, transcurridos tres de los cuales la Universidad realizará una evaluación orientativa de su desempeño con el objeto de valorar el progreso y calidad de la actividad docente e investigadora¹⁰⁴⁴, que deberán conducirlo a alcanzar los méritos requeridos para obtener la acreditación necesaria para concursar a una plaza de profesorado permanente una vez finalizado el

¹⁰³⁹ Al desaparecer la figura de ayudante – figura que favorecía la realización de la tesis doctoral- podrá recurrirse al contrato predoctoral de la LCTI, con esta finalidad. MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de Ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las Universidades Públicas?” *Temas Laborales*, nº 165, 2022, pág.58, lamenta que la supresión del contrato de ayudante lleve a la unificación de la obtención del título de doctor a través del contrato de investigador predoctoral, con bastante peores condiciones laborales que los primeros.

¹⁰⁴⁰ La acreditación de profesor ayudante doctor vigente a la entrada en vigor de la LOSU se considerará mérito preferente a efectos de acceso a la figura de profesor ayudante doctor LOSU (DT 3ª LOSU). Para MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit., pág.59, quizás se trata de rebajar los requisitos para hacer más atractivas estas figuras pero se corre el riesgo de dejar excesiva discrecionalidad a las comisiones de selección.

¹⁰⁴¹ Para MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral del...op.cit., estos profesores deberían centrarse en su formación y no tanto en tareas de transferencia e intercambio de conocimiento y de gobierno más propias del profesorado permanente.

¹⁰⁴² Como hasta la entrada en vigor de la LOSU se han seguido convocando plazas de profesor interino, ayudante doctor y asociado conforme a la legislación LOU, van a plantearse situaciones como la de que ayudantes doctores LOU con una carga docente de doscientas cuarenta horas, durante los próximos cuatro años, coexistan con ayudantes doctores LOSU cuya carga docente es sólo de ciento ochenta horas. Para MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit.,pág.60, sigue siendo una cifra muy alta de horas lectivas comparadas con las cien del contrato de acceso de personal investigador doctor de la LCTI.

¹⁰⁴³ Podrá ser de ocho años en el caso de trabajadores con discapacidad.

¹⁰⁴⁴ Un mal resultado en esta evaluación no será causa de extinción de este contrato, vid ROMERO BURILLO, A.M.: “La contratación laboral del Personal Docente e Investigador en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario”, Briefs AEDTSS, nº 29, AEDTSS, 2023

contrato (art.78 LOSU)¹⁰⁴⁵. No se reconoce indemnización a la finalización de este contrato¹⁰⁴⁶.

Los *profesores sustitutos* se contratarán para sustituir al personal docente e investigador con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspenda temporalmente la prestación de sus servicios por aplicación del régimen de permisos, licencias o situaciones administrativas, incluidas las bajas médicas de larga duración, distintas a las de servicio activo o que impliquen una reducción de su actividad docentes¹⁰⁴⁷. De la redacción del art.80.2 LOSU cabe entender que también puede celebrarse para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva. Estas necesidades de mano de obra, antes de la LOSU se atendían mediante el contrato de asociado a tiempo parcial. La selección de este profesorado se llevará a cabo mediante los procedimientos de concurso público aplicables, pudiendo las universidades establecer instrumentos específicos para su gestión y cobertura, incluidas las bolsas de empleo. El contrato comprenderá la actividad docente lectiva y no lectiva, no pudiendo superar la asignada al profesor sustituido, ni extenderse a actividades universitarias de otra naturaleza en la universidad de contratación, como las de investigación o el desempeño de funciones estructurales de gestión y coordinación, salvo que tengan directa relación con la actividad docente. La duración del contrato, incluidas sus renovaciones o prórrogas, se corresponderá con la de la causa objetiva que lo justificó con lo cual pueden plantearse situaciones de duraciones inusualmente largas, por ejemplo, cuando se celebra para cubrir a profesores que tienen descargas por cargos académicos o cargos sindicales. La contratación de profesorado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección para su cobertura definitiva se realizará de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en los

¹⁰⁴⁵ Los ayudantes doctores LOU que al finalizar su contrato, no hayan obtenido la acreditación para la figura de Profesor Permanente Laboral, se les prorrogará su contrato un año adicional (DT 5ª.2 LOSU).

¹⁰⁴⁶ Criticable al compararlo con la indemnización a la finalización del contrato de acceso del personal investigador doctor de la LCTI, vid MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit., pág.63.

¹⁰⁴⁷ Como reconoce MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: “El Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario. Una reflexión sobre la contratación temporal en las Universidades españolas”, *Trabajo y Derecho*, nº 94, 2022, se evitará así tener que recurrir al profesor asociado. Podrá ser sustituido tanto personal docente investigador laboral como funcionario, vid GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario...op.cit., esta figura viene a sustituir al contrato de interinidad y permite la sustitución de profesores que no suspendían su contrato de trabajo -ej.desempeño de cargo académico o sindical-, sino que meramente reducían su actividad docente, vid MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit.,pág.54. O ROMERO BURILLO, A.M.: “La contratación laboral...op.cit. Ante la falta de concreción de la LOSU en relación a los requisitos para contratar con esta modalidad contractual, se plantea si el sustituto deberá reunir los mismos que la persona sustituida. Esto, en nuestra opinión, dificultará la contratación de estos profesores. Piénsese, por ejemplo, en que haya de sustituirse a un catedrático.

términos de la Ley 20/2021 (art.80 LOSU), luego hay que entender que no podrá tener una duración superior a tres años.

Podrán también ser nombrados *profesores eméritos* entre el personal docente e investigador funcionario o laboral jubilado que haya prestado servicios destacados en el ámbito docente, de investigación o de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación en la misma Universidad. Su nombramiento tendrá por finalidad contribuir desde su experiencia a mejorar la docencia e impulsar la investigación y la transferencia e intercambio del conocimiento e innovación (art.81 LOSU).

La contratación de *profesores visitantes* se llevará a cabo entre docentes e investigadores de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, que puedan contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios. Su finalidad será desarrollar tareas docentes y/o investigadoras, así como, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación, en la especialidad en la que la persona contratada haya destacado. El contrato tendrá una duración máxima de dos años, improrrogables y no renovables, y conllevará una dedicación a tiempo completo o parcial, según acuerden las partes (art.83 LOSU).

Por último, los nuevos *profesores distinguidos* serán docentes e investigadores, tanto españoles como extranjeros, que estén desarrollando su carrera académica o investigadora en el extranjero, y cuya excelencia y contribución científica, tecnológica, humanística o artística, sean significativas y reconocidas internacionalmente, determinándose la duración y condiciones de acuerdo con lo dispuesto en la LCTI para la modalidad de investigador distinguido. Desarrollarán tareas docentes, investigadoras, de transferencia e intercambio del conocimiento, de innovación o de dirección de grupos, centros de investigación y programas científicos y tecnológicos singulares. Podrán desarrollar tareas docentes por un máximo de ciento ochenta horas lectivas por curso académico (art.84 LOSU).

Además de estos contratos temporales, las Universidades podrán celebrar contratos de *profesores permanentes laborales* –figura que sustituye al profesor contratado doctor¹⁰⁴⁸ y que quiere equipararse en el ámbito laboral al profesor titular de

¹⁰⁴⁸ Según la DT 5ª.4 LOSU, previa solicitud los contratados doctores podrán integrarse en las mismas plazas que ocupen como profesores permanentes laborales. Para ROMERO BURILLO, A.M.: “La contratación laboral...op.cit., intenta equiparar a este tipo de profesorado al Titular de Universidad. Tras la publicación de la LOSU, y como sucedía con el contratado doctor, nada obsta a que pueda incluirse dentro

Universidad¹⁰⁴⁹- con doctores que cuenten con la acreditación correspondiente, de ANECA o de la agencia de calidad de la correspondiente Comunidad Autónoma-. Desarrollarán tareas docentes, de investigación, de transferencia e intercambio del conocimiento y, en su caso, de desempeño de funciones de gobierno de la Universidad. Su contrato será de carácter fijo e indefinido con derechos y deberes de carácter académico y categorías comparables a los del personal docente e investigador funcionario, y conllevará una dedicación a tiempo completo, aunque, en algunos supuestos, se contempla la posibilidad de su desempeño a tiempo parcial (art.82 LOSU).

Por último, se podrá contratar como *profesores asociados* a especialistas y profesionales de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad principal fuera del ámbito académico universitario, cuando existan necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional. Desarrollarán tareas docentes a través de las que aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la Universidad, en aquellas materias en las que esta experiencia resulte relevante – tareas docentes que no incluirán el desempeño de funciones estructurales de gestión y coordinación— hasta un máximo de ciento veinte horas lectivas por curso académico. Este contrato se celebra a tiempo parcial, sin estar sujeta su convocatoria a tasa de reposición de efectivos, ni su contratación forme parte de la OEP ni instrumentos similares de gestión de necesidades de personal del art. 70 EBEP. Este contrato es indefinido y se extingue, además de por las causas ordinarias, por el acaecimiento de una de las dos condiciones resolutorias impuestas por la LOSU. Una condición subjetiva consistente en la pérdida sobrevenida de los requisitos que hicieron posible la contratación como profesor asociado, esto es, cuando el trabajador deja de ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico. En el supuesto de cese en su actividad principal, la finalización del contrato con la Universidad se producirá una vez concluya el curso académico en el que se desarrolla la actividad docente (art.79 LOSU), lo que parece más coherente con la atención al servicio público. Y otra de carácter objetivo al desaparecer las necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional, se entiende debería poder recurrirse a las vías del

de los profesores permanentes laborales distintas categorías o niveles profesionales. En el mismo sentido, GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario...op.cit., entiende que será posible la existencia incluso de la figura de catedrático contratado doctor, produciéndose así una laboralización completa de este colectivo, reconociéndosele garantías reales, aunque no de inamovilidad, sí de estabilidad. No es necesario que previamente se haya tenido un contrato de ayudante doctor o de investigador doctor.

¹⁰⁴⁹ Aunque no totalmente porque no se prevé que puedan llegar a ser Rectores (art.51.1 LOSU), vid MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit.,pág.64.

art.51 y 52.c ET¹⁰⁵⁰. Y aquí se plantea el dilema de cómo conciliar la legítima expectativa de los profesores ayudantes doctores a convertirse en profesorado permanente con el reconocimiento del carácter indefinido del profesorado asociado. Si la solución pasa por amortizar puestos de trabajo de asociados para contratar profesorado permanente a tiempo completo, supondrá la declaración judicial de improcedencia de esas extinciones –con las consecuentes indemnizaciones- porque será difícil justificar que ya no existen necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional y, a continuación, ofertar esas plazas de permanentes.

A grandes rasgos, por su parte, la *Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, de la Tecnología y la Innovación*¹⁰⁵¹, dispone que el personal investigador podrá estar vinculado con la universidad pública u organismo para el que preste servicios mediante una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo o temporal (art.13.2 LCTI)¹⁰⁵². En cuanto al personal laboral, la LCTI permite a los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado y los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas y a las Universidades públicas¹⁰⁵³, contratar personal

¹⁰⁵⁰ En opinión de MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit., pág.69. Ante el silencio de la LOSU, no debería haber problema para acudir al despido por causas objetivas como las del art.52.c y 51 ET, vid ROMERO BURILLO, A.M.: “La contratación laboral...op.cit.

¹⁰⁵¹Las últimas modificaciones de la LCTI tienen lugar por el *Real Decreto Ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación*, predecesor de la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la LCTI. Para BALLESTER LAGUNA, F.: “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de 2021”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 472, 2023, pág.54, con la reforma de la LCTI, por la Ley 17/2022, se apuesta por la contratación indefinida y se amplía el ámbito subjetivo de los potenciales empleadores y trabajadores que podrían concertarlo. Considera interesante también que la Ley 17/2022 permita a las Universidades Públicas dedicar fondos propios estables para financiar estas modalidades contractuales específicas.

¹⁰⁵²Como novedad de esta norma, señala MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales...op.cit.,pág.79, el que se reconoce con cierta igualdad al investigador funcionario y al investigador personal laboral. A mayor abundamiento puede consultarse MARINA JALVO, B.: “Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 30, 2012; LUJÁN ALCARAZ, J.: “La contratación del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia” en HORGUÉ BAENA, C., BONACHERA LEDRO, M^a I. y CARO MUÑOZ, A.I. (coord.): *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2012, pág. 175 y ss.; CUETO PÉREZ, M.: “Incidencia de la nueva Ley de la Ciencia en el régimen jurídico de las Universidades”, *Revista Administración Pública*, nº 187, 2012, pág.269-304; SERRANO ARGÜELLO, N.: “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *RGDTSS*, nº 36, 2014; NOGUEIRA FERREIRO, L.: “El nuevo régimen jurídico de la relación laboral de los investigadores en España tras la Ley de la Ciencia: ¿una solución a la falta de personal cualificado?”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 23, 2016, pág. 123-149.

¹⁰⁵³ Además de otros enumerados en la DA 1^a LCTI. Como advierte BALLESTER LAGUNA, F.: “Los contratos laborales de...op.cit, pág.26, una de las novedades introducidas por la Ley 17/2022 es que estos contratos pueden financiarse incluso con cargo a gastos de personal (capítulo I) – aunque, en este caso,

investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo específicas que se establecen en dicha Ley, además de las modalidades contractuales establecidas en el ET (art.20.2 LCTI)¹⁰⁵⁴.

Como se ha anticipado líneas arriba, centros y organismos públicos de investigación, así como universidades públicas, y otros como centros vinculados al Sistema Nacional de Salud, consorcios y fundaciones de investigación¹⁰⁵⁵ recurrían al contrato común por obra o servicio determinado – el del derogado art.15.1.a ET – para llevar a cabo trabajos de investigación, de innovación y de gestión, de duración determinada, dentro de proyectos de investigación, con financiación externa y de duración determinada¹⁰⁵⁶ -vinculados a la duración del proyecto-. Así lo possibilitaban el art.48.1 LOU y el art.13.2 y 20.2.b LCTI hasta su derogación por la DDU RD Ley 32/2021. Recuérdese, no obstante, que la DA 5ª RD Ley 32/2021 sigue permitiendo la celebración de contratos de duración determinada –sin precisar cuáles – por parte de las entidades del sector público cuando se encuentre asociados a la estricta ejecución del PRTR y sólo por el tiempo necesario para la ejecución de dichos proyectos; así como los que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la UE¹⁰⁵⁷- Si bien, la DA 10ª Ley 17/2022 limita tal

previa autorización-, ya que ahora no se les limita únicamente a ser perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i.
¹⁰⁵⁴ De los contratos laborales “comunes” regulados en el ET, el más utilizado en este ámbito era el contrato por obra o servicio determinado para la contratación de personal investigador vinculado a proyectos, contratos o convenios de investigación, en MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales...op.cit.b,pág.80; también del mismo autor 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?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 340, 2011, pág.110-112. Así, podrán recurrir al contrato de fijo discontinuo, al contrato por circunstancias de la producción, o al de sustitución de persona trabajadora. El contrato formativo quizás pueda plantearse para el personal técnico o administrativo de gestión pero no tanto para atender a las necesidades que surjan, propiamente, en el ámbito de la actividad investigadora, como observa BALLESTER LAGUNA, F.: “Los contratos laborales de...op.cit, pág.28. Aunque VALVERDE ASECIO, A.J.: “La reforma de los contratos de trabajo del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación: el nuevo contrato de actividades científico-técnicas”, *Temas Laborales*, nº 165, 2022, pág.30, aunque posible, no ve sencillo acudir a las nuevas modalidades del ET.

¹⁰⁵⁵La DA 1ª LCTI enumera otros posibles empleadores que también pueden contratar bajo estas modalidades contractuales. Como señala MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato...op.cit.,pág.58, además de los principales receptores del colectivo de investigadores (universidades públicas y organismos públicos de investigación), la LCTI permite el uso de estos contratos a otros agentes públicos y privados de investigación: universidades privadas, entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a la investigación, consorcios y fundaciones del sector público que realicen actividades de investigación....

¹⁰⁵⁶ Como estudia CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Implicaciones de la derogación del contrato para obra o servicio determinado del art.15.1.a) LET sobre los contratos de obra o servicio derivados de proyectos de investigación”, NET21, nº 8, 2022, <https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/> (visitada 4/5/2022).

¹⁰⁵⁷ La derogación del contrato por obra o servicio crea un problema para organismos y centros públicos y universidades públicas, como explica CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Implicaciones de...op.cit.,porque “

posibilidad a que la financiación dependa de fondos europeos no competitivos¹⁰⁵⁸ – ej.subvenciones directas-.

Volviendo a la vigente LCTI, del personal laboral indica que se regirá por el ET, sus normas de desarrollo y normas convencionales y, asimismo, por aquellos preceptos del EBEP que le resulten de aplicación¹⁰⁵⁹ (art.13.4 LCTI). Las modalidades de contratación de trabajo específicas del personal investigador son el *contrato predoctoral*, *el contrato de acceso de personal investigador doctor* y *el contrato de actividades científico-técnicas*, además *el contrato de investigador distinguido* (art.20.1 LCTI)¹⁰⁶⁰. Con este abanico de contratos laborales se dibuja un itinerario de consolidación de la carrera investigadora¹⁰⁶¹ que, comenzando con el contrato predoctoral, culmina estabilizando al investigador con el contrato de actividades científico-técnicas¹⁰⁶².

En relación con las modalidades contractuales laborales temporales de la LCTI, el *contrato predoctoral*¹⁰⁶³ se celebra para la realización de tareas de investigación, en el

mayoritariamente los proyectos de investigación que se realizan en España cuentan con financiación específica y finalista de carácter nacional, autonómico y local, no proveniente de fondos europeos”.

¹⁰⁵⁸ Como señala BALLESTER LAGUNA, F: “Los contratos laborales...op.cit., pág.53.

¹⁰⁵⁹ El personal investigador de universidades públicas se regirá por el EBEP y su normativa de desarrollo, el real decreto que apruebe el estatuto del personal docente e investigador universitario, los estatutos de las Universidades y las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas (art.13.5 LCTI).

¹⁰⁶⁰Lo dispuesto en el art.20.1 LCTI se entenderá sin perjuicio de que corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente la competencia exclusiva para la regulación de sus propios centros y estructuras de investigación la definición y regulación del régimen de contratación de personal investigador de sus propios centros y estructuras de investigación, en el marco de la legislación laboral vigente. En este sentido, MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral...op.cit.,pág. 86, valora positivamente que esta ley posibilite la participación de las Comunidades Autónomas y recuerda que el régimen jurídico del personal laboral investigador deberá mantenerse dentro del respeto a las competencias exclusivas del Estado. Puede consultarse también, MARINA JALVO, B.: “Cuestiones esenciales...op.cit.; GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “La contratación de investigadores por Universidades Públicas en la Ley de la Ciencia de 2011”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 404, 2016, pág. 41-76; NOGUEIRA FERREIRO, L.: “El nuevo régimen jurídico...op.cit., pág.123-149; MOLINA HERMOSILLA, O.: “Principales novedades...op.cit.,pág.56-60.

¹⁰⁶¹La reforma de la LCTI pretende diseñar un itinerario postdoctoral que conduzca a la incorporación estable de investigadores/as al sistema y su desarrollo profesional posterior. La introducción de este itinerario postdoctoral estable al sistema se inspira en el modelo anglosajón denominado *tenure track* y se diseña para facilitar la reducción de la edad de incorporación al sistema y de la endogamia, y para mejorar la predictibilidad y estabilidad en cuanto a las condiciones de entrada y los tiempos empleados para ello. De forma simultánea, se establecerá un sistema de evaluación y acreditación que proporcione incentivos de desarrollo profesional a lo largo del programa, y garantice que las personas que completan el itinerario puedan optar a la incorporación estable al sistema público de ciencia (E.M.Ley 17/2022).

¹⁰⁶² MORENO GENÉ, J.: “Una primera aproximación a la contratación del personal investigador tras la reforma de la Ley de la Ciencia”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, nº 63, 2022, pág. 295. A mayor abundamiento, puede consultarse MARÍN ALONSO, I.: “Tenure track y precariedad laboral de los investigadores. La investigación científica en la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, nº 61, 2022.

¹⁰⁶³ Como estudia MORENO GENÉ,J.: “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 3/2012, BIB 2012\988, supone el tránsito de un modelo de dos años de beca y, posteriormente, dos años de contrato en prácticas a un

ámbito de un proyecto específico y novedoso, con la finalidad de que el así contratado elabore su tesis doctoral. Podrá celebrarse con quienes estén en posesión del título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Graduado Universitario con Grado de, al menos, trescientos créditos ECTS (*European Credit Transfer System*) o Máster Universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Este personal tendrá la consideración de personal investigador predoctoral en formación (art.21.a LCTI). En líneas generales, este contrato temporal, con dedicación a tiempo completo, tendrá una duración no inferior a un año, ni superior a cuatro. Si se concierta por una duración inferior a cuatro años podrá prorrogarse sucesivamente sin que, en ningún caso, las prórrogas puedan tener una duración inferior a un año. Ningún trabajador podrá ser contratado mediante esta modalidad, en la misma o distinta entidad, por un tiempo superior a cuatro años, incluidas las posibles prórrogas (art.21.c LCTI). La actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación será evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación (art.21.c LCTI).

El contrato ha de celebrarse por escrito y debe acompañarse de 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. Cuando el contrato esté vinculado en su totalidad a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirá del trámite de autorización previa (art.21.b LCTI). En cuanto a su retribución no podrá ser inferior al 56% del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación durante los dos primeros años, al 60% durante el tercer año, y al 75% durante el cuarto año. Tampoco podrá ser inferior al SMI que se establezca cada año (art.21.d LCTI). Una de las novedades que introduce la *Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la LCTI*, es el reconocimiento a este trabajador temporal una

modelo de cuatro años de contrato laboral, que puede celebrarse con investigadores cualquiera que sea su edad y el tiempo transcurrido desde la finalización de sus estudios universitarios. Indica el mismo MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral de...op.cit.,pág.88, que debería servir para conseguir “*el final del estado de excepción laboral en la ciencia... suponer la eliminación de las becas de investigación en beneficio de la contratación laboral de estos investigadores y la extensión a los mismos de la protección laboral y social dispensada por nuestro ordenamiento jurídico*”.

indemnización por la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, de doce días por año de salario por cada año de servicio (art.21.e LCTI).

Conseguido el título de doctor, se pone fin a la etapa de formación del personal investigador - aunque el contrato incluye la orientación postdoctoral por un máximo de doce meses-. A partir de ese momento da comienzo la etapa postdoctoral, cuya fase inicial está orientada al perfeccionamiento y especialización profesional del personal investigador y se ha venido desarrollando mediante procesos de movilidad o mediante la contratación laboral temporal. El acceso a las plazas del itinerario postdoctoral se produce en concurrencia competitiva a través de una evaluación científica, y, tras finalizar un período de adquisición progresiva de competencias, independencia y liderazgo científico, todas las personas que han seguido este itinerario podrán optar a una plaza estable (EM Ley 17/2022).

Es por ello que la LCTI prevé que el contrato anterior pueda concatenarse con el *contrato de acceso de personal investigador doctor* – contrato que sustenta el itinerario postdoctoral de incorporación-, cuyo régimen jurídico se contiene en el art.22 de la citada norma, habiendo de acudir supletoriamente al EBEP y al ET (art.22.1.g LCTI). El personal laboral postdoctoral contratado con este contrato por las universidades públicas tendrá la consideración de personal docente e investigador a los efectos del desarrollo de la función investigadora (art.22.4 LCTI). El contrato de acceso de personal investigador doctor se celebrará en el marco de un itinerario de acceso estable al *Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación* (en adelante, SECTI), con un trabajador que tenga el título de doctor¹⁰⁶⁴. La finalidad del contrato será la de realizar primordialmente tareas de investigación, desarrollo, transferencia de conocimiento e innovación, orientadas a la obtención por el personal investigador de un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de su experiencia profesional (at.22.a y b LCTI). Los así contratados podrán llevar a cabo actividad docente hasta un máximo de cien horas anuales¹⁰⁶⁵, previo acuerdo en su caso con el departamento implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con

¹⁰⁶⁴ Podría asemejarse a un contrato de inserción mientras que en el contrato predoctoral predominaría la finalidad formativa, vid MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales de...op.cit.,pág.106-108.

¹⁰⁶⁵ BALLESTER LAGUNA, F: “Los contratos laborales de la...op.cit.,pág.38, valora positivamente el incremento de su actividad docente ya que favorecerá su estabilización en las Universidades públicas – aunque sus horas de docencia son inferiores a las del ayudante doctor LOU, de cara a la acreditación sus méritos investigadores seguramente son superiores-.

sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (art.22.f LCTI).

El contrato, que será temporal y con dedicación a tiempo completo, tendrá una duración de al menos tres años, y podrá prorrogarse hasta el límite máximo de seis años –ocho en el caso de personas con discapacidad-. Las prórrogas no podrán tener una duración inferior a un año (art.22.c y d LCTI). La retribución no podrá ser menor a la que corresponda al personal investigador que realice actividades análogas, y será fijada, en su caso, dentro de los límites establecidos por las leyes de presupuestos, por el órgano competente en materia de retribuciones. Cuando el contrato esté vinculado en su totalidad a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirá del trámite de autorización previa. Como en el contrato predoctoral, a la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, se reconoce el derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para los contratos de duración determinada en el art. 49.1.c ET (art.22.1.g LCTI).

El personal investigador así contratado podrá optar a partir de la finalización del segundo año de contrato a una evaluación de la actividad investigadora desarrollada que, de ser positiva de acuerdo a requisitos previamente establecidos, le podrá ser reconocida con los efectos previstos en el itinerario de acceso estable al SECTI. Esta evaluación se utilizará únicamente a efectos de promoción y reconocimiento a lo largo del itinerario postdoctoral (art.22.2 LCTI). Superada esta evaluación, el investigador podrá obtener una certificación como investigador/a establecido/a (certificado R3), que será reconocido en los procesos selectivos de personal de nuevo ingreso estable que sean convocados por las universidades y organismos públicos de investigación (art.22 bis 1 LCTI). Así, por ejemplo, en el caso de personal contratado por las universidades públicas, las de profesorado titular y profesorado contratado doctor. El certificado R3 se tendrá en cuenta a los efectos de su valoración como méritos investigadores en dichos procesos selectivos, y se proyectará sobre las pruebas o fases de valoración del currículum del personal investigador que forme parte de estos procesos, de forma que tendrá efectos de exención o compensación de parte de las pruebas o fases de evaluación curricular o equivalentes, para todas las Administraciones Públicas. Del mismo modo, en el ámbito universitario, dicha compensación o exención de la evaluación de méritos investigadores para las personas que estén en posesión del certificado R3 se llevará a cabo en el proceso de

acreditación a las figuras de profesorado contratado doctor –ahora equiparable al profesor permanente laboral- o de profesorado titular de universidad¹⁰⁶⁶.

Con independencia de la Administración Pública que los convoque, el contrato de acceso de personal investigador doctor finalizará a partir del momento en que se haga efectivo el ingreso estable (art.22 bis 1 LCTI).

En esta relación de contratos especiales, la LCTI incluye en su art.23 los *contratos de investigador distinguido*, que pueden celebrarse por la duración que las partes acuerden (temporal o indefinida fija), con investigadores doctores españoles o extranjeros de reconocido prestigio y que gocen de una reputación internacional consolidada basada en la excelencia de sus contribuciones en el ámbito científico o técnico¹⁰⁶⁷. El objeto del contrato será la dirección de equipos humanos como investigador principal, dirección de centros de investigación o transferencia de conocimiento e innovación, o de instalaciones y programas científicos y tecnológicos singulares de gran relevancia en el ámbito de conocimiento de que se trate, en el marco de las funciones y objetivos del empleador. El investigador distinguido contratado bajo esta modalidad contractual podrá realizar actividad docente hasta un máximo de cien horas anuales, previo acuerdo en su caso con el departamento u organismo implicado, con la aprobación de la entidad para la que presta servicios, y con sometimiento a la normativa vigente de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de las posibilidades de rescisión del contrato por parte del empleador por causas procedentes, el contrato podrá extinguirse por desistimiento del empleador, comunicado por escrito con un preaviso de tres meses, teniendo derecho a percibir la indemnización prevista para el despido improcedente en el ET, sin perjuicio de la que pudiera corresponderle por incumplimiento total o parcial del preaviso.

En relación a estos contratos, la novedad más interesante, recientemente introducida en la LCTI, por el *Real Decreto Ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación*, es el contrato de actividades científico técnicas (art.23 bis

¹⁰⁶⁶ El art.71 LOSU, se reservará un 15% del total de las plazas de profesorado permanente, que convoquen las Universidades –laboral o funcionario –a investigadores doctores que cuenten con el certificado I3 ó R3.

¹⁰⁶⁷ Asimismo, se podrán celebrar también con tecnólogos que gocen de una reputación internacional consolidada basada en la excelencia de sus contribuciones, tanto en el avance de técnicas concretas de investigación, como en valorización y transferencia del conocimiento e innovación que han generado.

LCTI)¹⁰⁶⁸, que puede suscribirse por el SECTI a partir del 31 de marzo de 2022. De este modo, quiere cubrirse el hueco dejado por los derogados contratos por obra o servicio determinado -utilizados casi en exclusividad en este ámbito- y por los contratos eventuales por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos¹⁰⁶⁹. Asimismo, la creación de este nuevo contrato indefinido quiere responder al hecho de que la carrera científica en España presenta, en la actualidad, oportunidades limitadas para el talento disponible, habiéndose retrasado la estabilidad en la profesión y una parte importante del personal investigador establece sus carreras en el extranjero para evitar la inseguridad y la precariedad. Con el mismo se pretende proporcionar al SECTI herramientas para atraer a los mejores candidatos y retener al talento científico, tecnológico e innovador.

Este contrato se diseña con un amplio objeto que comprenderá la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I¹⁰⁷⁰ (art.23 bis.1 LCTI). Esto es, puede celebrarse con personal investigador y con el cada vez más imprescindible – dada la complejidad de la tramitación de los proyectos - personal técnico de apoyo a la

¹⁰⁶⁸ Esta modificación legal forma parte del Componente 17 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, relativo a la reforma del SECTI con tres ejes clave: mejora de la gobernanza, puesta en marcha de una nueva carrera científica y transferencia de conocimiento. Esta modalidad de contrato indefinido entronca de manera clara con el RD Ley 32/2021, que generaliza la contratación indefinida en todos los sectores. Sin embargo, para MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: por fin, una clara apuesta por la contratación indefinida del personal investigador”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/06/20-MORENO-GENE-brief-AEDTSS-contrato-cientifico-tecnico.pdf> (visitado 25/6/2022), “esta modalidad está continuamente vinculada al mantenimiento de la financiación de la que trae causa el contrato, por lo que se verá extinguido cada vez que dicha financiación finalice o resulte insuficiente...desde una vertiente práctica, se diferencia del contrato por obra o servicio, ahora derogado, en que la indemnización por extinción resultará más elevada”. Vid también del mismo MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades...op.cit.

¹⁰⁶⁹ Los celebrados entre el 31 de diciembre de 2021 y el 30 de marzo de 2022 se regirán por la normativa legal o convencional vigente en la fecha de su concertación pero su duración no podrá ser superior a seis meses (DT 4ª RD Ley 32/2021).

¹⁰⁷⁰ Se trataría de englobar así a todas las peculiaridades de la actividad investigadora, vid CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El nuevo contrato indefinido en el ámbito de la investigación: el contrato de actividades científico técnicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-nuevo-contrato-de-trabajo-indefinido-en-el-ambito-de-la-investigacion-el-contrato-de-actividades-cientifico-tecnicas/> (visitado 28/6/2022).

investigación. Estos contratos se registrarán por la LCTI, y en lo no previsto resultará de aplicación el EBEP y el ET (art.23 bis.4 LCTI).

Se trata de contratos laborales de duración indefinida¹⁰⁷¹, esto es, fijos o permanentes que se podrán celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora. Asimismo, se podrá celebrar con personal cuya formación, experiencia y competencias sean acordes con los requisitos y tareas a desempeñar en la posición que se vaya a cubrir. Quiere terminarse así con la atomización de las relaciones laborales en el ámbito del SECTI ya que, hasta ahora, lo habitual era la suscripción de numerosos contratos de duración determinada para el desarrollo de diferentes proyectos de investigación, desarrollo e innovación¹⁰⁷². La celebración de este contrato indefinido garantizará el pleno disfrute de los derechos laborales por parte de los trabajadores del SECTI.

Estos puestos de trabajo no estarán sujetos a tasas de reposición ni formarán parte de la OEP ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el art.70 EBEP¹⁰⁷³, ni su convocatoria estará limitada por la masa salarial

¹⁰⁷¹ El precedente de este contrato era el regulado en la ahora derogada DA 23ª LCTI –introducido en la citada norma por *Real Decreto Ley 3/2019, de 8 de febrero-*, al mismo tiempo que regulaba las peculiaridades de la celebración de contratos de obra o servicio determinado con cargo a proyectos de investigación. Dicho contrato indefinido podía celebrarse por entidades sin ánimo de lucro - Administraciones, organismos públicos, universidades públicas y otras entidades del sector público consideradas agentes de ejecución del SECTI-, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, para la ejecución de planes y programas públicos de investigación científica y técnica o de innovación financiados mediante consignaciones presupuestarias anules consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, de conformidad con la *Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*, vinculados a la duración de los correspondientes planes y programas. Erróneamente se creyó que sustituiría al masivamente celebrado contrato por obra o servicio pero no fue así por la inseguridad que se generaba cuando se extinguían los fondos externos que lo financiaban, vid MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: una apuesta decidida por la contratación indefinida de los investigadores”, *RDS*, nº 98, 2022, pág.60. CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El nuevo contrato indefinido...op.cit., en la línea con el RD Ley 32/2021, este nuevo contrato quiere terminar con la temporalidad y precariedad de los investigadores.

¹⁰⁷² Alerta VALVERDE ASECIO, A.J.: “La reforma de los contratos...op.cit., pág.33, de un posible exceso de discrecionalidad al determinar los requisitos de acceso y destaca que la contratación se ha venido vinculando a la fuente de financiación, y específicamente, al proyecto por lo que ahora la novedad consiste en vincularla a líneas de investigación, que definen los organismos de investigación y la universidades.

¹⁰⁷³ Como precisa la EM RD Ley 8/2022, se trata de habilitar a las administraciones, organismos y entidades públicas que conforman el SECTI de los instrumentos necesarios para poder proceder a la contratación de personal investigador mediante procedimientos ágiles que, sin merma de las irrenunciables garantías de igualdad, mérito y capacidad, permitan la contratación laboral indefinida del personal que resulte preciso para poder abordar los retos de la investigación, el desarrollo y la innovación en España, habilitando la posibilidad de suscribir tales contratos mediante un sistema inspirado en la celeridad administrativa y no sujeto, en consecuencia, a las limitaciones propias de la OEP ni de los instrumentos similares de gestión de

del personal laboral. Lo cual, para la doctrina laboralista, “*es coherente con la financiación externa y finalista que justifica y habilita la celebración de este tipo de contrato, alejada de la contratación estructural y estable de los entes y centros de investigación e innovación*”¹⁰⁷⁴. En todo caso, cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirán del trámite de autorización previa (art.23.bis.3 LCTI)¹⁰⁷⁵, con lo cual se ganará en agilidad. Los procedimientos de selección del personal laboral previsto en este artículo se regirán en todo caso a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

A la finalización de la relación laboral le corresponderá a este personal contratado, la indemnización que resulte procedente¹⁰⁷⁶. Nada más precisa la norma pero, sin duda, habrá que valorar la conexión en este contrato entre proyecto, fuente de financiación y línea de investigación a la hora de determinar la causa extintiva¹⁰⁷⁷. Ante la ausencia de mayor precisión en la norma, puede entenderse que la pérdida o finalización de esa financiación externa actuaría como condición resolutoria- no teniendo derecho a

las necesidades de personal del art.70 EBEP y sin limitar su convocatoria por la masa salarial del personal laboral. Con ello, la actividad desarrollada por tales entidades no sufrirá interrupciones indeseadas ni situaciones de pendencia injustificada a la hora de cubrir las estrictas necesidades laborales que precisen en cada momento, y que requieren de sistemas efectivos de contratación que, de manera urgente, puedan ponerse en marcha a fin de no perjudicar la actividad investigadora en España ni arriesgar la pérdida de líneas, programas y proyectos de investigación actualmente en marcha

¹⁰⁷⁴ CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El nuevo contrato indefinido...op.cit. Para MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades...op.cit.,pág.77, con este nuevo contrato indefinido se flexibilizan los requisitos de contratación que, se piensa, fueron causa del fracaso de su precedente. Recuerda VALVERDE ASENCIO, A.J.: “La reforma de los contratos...op.cit., pág.24, que siempre ha existido una vinculación entre este personal y la fuente de financiación asociada a proyectos. Y que la fuente de financiación condiciona el régimen jurídico aplicable a estos contratos.

¹⁰⁷⁵ El contrato permite tanto financiación externa pero también del propio agente de ejecución, aunque no debe ser financiación estructural por lo que para CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El nuevo contrato indefinido...op.cit., permite “*mantener los contratos en los eventuales periodos de vacío entre dos fuentes de financiación*”. En el mismo sentido, a diferencia del anterior contrato indefinido, advierte el mismo MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades...op.cit.,pág.76, que no parece exigir financiación externa posibilitando contratos financiados con fondos propios de carácter finalista de la propia entidad contratante (programas propios de I+D+I financiados con fondos no estructurales).

¹⁰⁷⁶ Lo califica de “*vaga e imprecisa mención*” MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas...op.cit. Mención incorrecta porque habrá supuestos de finalización del contrato en las que no habrá derecho a indemnización alguna, por ejemplo, si el trabajador dimite.

¹⁰⁷⁷ VALVERDE ASENCIO, A.J.: “La reforma de los contratos...op.cit.,pág.43.

indemnización¹⁰⁷⁸ - o acudir a los art.51 y 52.c ET¹⁰⁷⁹, o mayoritariamente se considera que debería aplicarse la causa de despido objetivo prevista en el art.52.e ET – teniendo derecho a la indemnización de veinte días de salario por año de servicio-. Según este precepto, el contrato de trabajo podrá extinguirse... *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”*¹⁰⁸⁰. No obstante, como la aplicación de esta causa

¹⁰⁷⁸ De ser así, para CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Implicaciones de...op.cit.,no habría mucha diferencia entre la extinción del anterior contrato por obra o servicio cuya duración se condicionaba a la financiación para la consecución de un determinado objeto y este nuevo contrato que se extingue cuando termina la financiación. La pérdida de los fondos externos que lo financian como causa extintiva de este contrato por condición resolutoria se estudia por BALLESTER LAGUNA, F: “Los contratos laborales de...op.cit.,pág.52. Nos encontraríamos ante una condición potestativa mixta, que combina la voluntad extintiva del empresario con la concurrencia de un hecho objetivo futuro e incierto. Como apunta, este tipo de cláusulas, si bien son admisibles en nuestro Derecho Civil (art.1115 CC) plantea problemas en el Derecho del Trabajo, ordenamiento que impone limitaciones a la autonomía de la voluntad en aras a garantizar, por ejemplo, el principio de estabilidad en el empleo. En su opinión, resulta más garantista aplicar el procedimiento y las causas del despido objetivo del art.52.e ó c ET. No obstante, subsidiariamente, podría pensarse en la condición resolutoria vinculada a la pérdida de la financiación externa que lo costea. Para VALVERDE ASENCIO, A.J.: “La reforma de los contratos...op.cit.,, pág.43, resultaría complejo contemplar como causa de extinción las del art.49.1.a y b ET....

¹⁰⁷⁹ MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas...op.cit. Cabría acudir a esta vía, como apunta BALLESTER LAGUNA, F: “Los contratos laborales de...op.cit.pág.51, de no entender comprendidas a las Administraciones en la expresión “entidades sin ánimo de lucro” del art.52.e ET. La derogación de la DA 16ª ET en realidad no prohibiría los despidos por causa del art.51 y 52.c ET, sino reconduciendo a la Administración a la regulación de carácter general, pensada para la empresa privada. Se plantea la aplicación de la causa organizativa *“cuando el puesto de trabajo quede vacío de funciones”* ante el cierre total o parcial de la línea de investigación por la pérdida de financiación externa.

¹⁰⁸⁰ Analiza esta causa extintiva BALLESTER LAGUNA, F: “Los contratos laborales de...op.cit.,pág.48, que tras la reforma laboral de 2012 suprime la mención a las Administraciones Públicas junto a las entidades sin ánimo de lucro y al mismo tiempo reconocía la posibilidad de recurrir a los despidos por vía del art.51 y 52. C ET en la DA 16ª ET. El problema de la indemnización a la extinción de este contrato se transmite del derogado contrato de la DA 23ª LCTI. Hubiera sido muy sencillo para el legislador mencionar expresamente que podía extinguirse por la vía del art.52. e ET. Pese a ello, y aunque plantea dudas, interpreta incluidas en la expresión “entidades sin ánimo de lucro” entidades privadas o públicas como las Administraciones Públicas. Advierte, no obstante, para aplicar el art.52.e ET y el procedimiento recogido en el art.53 ET para el despido por causas objetivas habremos de estar, como exige ese art.52.e ET, ante un contrato financiado por ingresos externos de carácter finalista sin dotación económica estable. Luego no alcanzará a todos los supuestos dado que este contrato puede financiarse con financiación, externa y propia, estable o no -*“una aportación significativa de la financiación con fondos propios de las entidades contratantes puede repercutir en materia de extinción del contrato, pudiendo convertir en inviable la vía del art.52.e ET”*-. De igual modo, se plantea este laboralista cómo abordar los casos en los que se produce un retraso en los fondos externos que financian el contrato o qué hacer en los supuestos de cofinanciación entre la entidad contratante y la que concede las ayudas. También cree MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas...op.cit.,pág. 80, *“la opción más pragmática sería la modificación de este precepto (art.52.e ET), para que permitiera de modo indubitado que las entidades del sector público de investigación pudieran proceder a la extinción de este contrato cuando se acreditara*

extintiva a la Administración Pública no ha estado clara, la doctrina entiende que debería adaptarse el art.52.e ET, que exige ausencia de ánimo de lucro en los empresarios, para poder acomodar esta causa extintiva a estos contratos a las Administraciones y Universidades Públicas¹⁰⁸¹. Asimismo, pese a declararse formalmente indefinido, es obvio que su existencia va a estar condicionada al mantenimiento de las fuentes de financiación de esa actividad investigadora por lo que esta nueva figura no consigue sortear el riesgo de temporalidad y precariedad del que venía huyendo.

La existencia de una regulación especial en materia de contratación laboral, en el ámbito universitario e investigador, tiene su razón de ser en la búsqueda de la adaptación de la normativa laboral a las singularidades propias de este sector del empleo público, en el que se trata de canalizar una carrera profesional que conjuga formación, con docencia e investigación. La nueva LOSU y la LCTI, especialmente con el contrato de actividades científicas, han supuesto una apuesta decidida por la estabilidad de estos empleados públicos y una mejora de sus derechos como trabajadores temporales, no obstante, siguen existiendo vacíos en el régimen jurídico de estos contratos que, además de inseguridad, pueden continuar generando precariedad laboral.

3. La reacción del ordenamiento en defensa de los empleados públicos temporales.

El Derecho Administrativo no se ha caracterizado precisamente por contemplar medidas para luchar contra la temporalidad de los empleados públicos. De hecho, como se ha adelantado, tanto el legislador como la actuación de los Tribunales – de lo social y de lo contencioso administrativo- han consentido la creación de un sistema que ha amparado unos niveles de temporalidad inaceptables y unas condiciones de trabajo, en muchos casos, precarias para los empleados públicos. Si bien, como después se verá, esta situación puede ir rectificándose con la publicación de normas como la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*.

la pérdida total o sustancial de los fondos finalistas con los que se ha financiado el contrato". Así también lo cree MARÍN ALONSO, I.: "La cuadratura...op.cit., pág.124.

¹⁰⁸¹En el momento extintivo plantea la misma inseguridad jurídica que su precedente por lo que, MORENO GENÉ, J.: "El nuevo contrato de actividades...op.cit., pág.80, no descarta que se pueda recurrir al art.51 y 52.c ET pese a la derogación de la DA 16ª ET, y plantea recurrir al art.52.e ET cuando "*se acreditara la pérdida total o sustancial de los fondos finalistas con los que se financia el contrato*". Ésto puede ser considerado un "privilegio" para universidades y organismos públicos de investigación porque actuaría como "*una especie de presunción iuris et de iure del cumplimiento de la causa resolutoria del contrato*".

A diferencia del Derecho Administrativo, aunque de manera insuficiente o no totalmente satisfactoria¹⁰⁸², el protector Derecho del Trabajo ha venido diseñando un escudo de instrumentos en favor de los trabajadores temporales. La normativa laboral concibe distintas herramientas que, con menor o mayor nivel de protección, tratan de favorecer la estabilidad en el empleo, principio cardinal del ordenamiento social. Nos referimos a medidas como las recientemente introducidas por el *Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad y la transformación del mercado de trabajo*, buena parte de las cuales son fruto de las “presiones” de las instituciones europeas, principalmente, de la “insistencia” del TJUE en la correcta transposición y aplicación, en particular, de la Directiva 1999/70/CE.

Una y otra norma pretenden ser un revulsivo que ponga coto a la temporalidad y a sus abusos en el mercado de trabajo español¹⁰⁸³. En el caso del empleo público, la Ley 20/2021 y el RD Ley 32/2021 actúan de forma conjunta, a modo de barrera, para luchar en un sector que ostenta el “glorioso” récord de ser campeón en temporalidad. El objetivo no puede ser eliminar el empleo público temporal porque, ya hemos dicho, es necesario y conveniente para el funcionamiento de la Administración Pública, pero sí reducir los niveles de temporalidad -se pretende al 8%¹⁰⁸⁴- y mejorar las condiciones laborales de los empleados públicos temporales.

3.1. La defensa de la estabilidad en el empleo del trabajador temporal por el ordenamiento laboral.

En relación con los empleados públicos laborales, el Derecho del Trabajo es aplicable a la Administración Pública – aunque con especialidades- en su faceta de empleador laboral (art.1.2 ET), dado que uno de los principios de acción de ésta es el sometimiento al principio de legalidad (art.103.1 CE). A continuación, se revisa este

¹⁰⁸²Puede consultarse, por otros, SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal”, *Trabajo y Derecho*, nº 38, 2018.

¹⁰⁸³Como explica BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit.,pág.42, con estas dos normas se pretende un cambio de paradigma que rompa con “*para romper con la inercia de la tibiaza con el abuso e ilicitud en la temporalidad*”.

¹⁰⁸⁴Analizando estas dos normas, MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura...op.cit.,pág.139, llega a la conclusión de que las principales medidas que se introducen por ellas para reducir la temporalidad – procesos selectivos de consolidación y compensación en los supuestos de superación del plazo de permanencia, fundamentalmente- no van a ser suficiente para, al menos a corto plazo, hacer frente a situaciones como la jubilación masiva o la digitalización. Defiende que, tras la derogación de la DA 16ª ET, no es posible el despido de personal laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por lo que la Administración reduce sus herramientas para hacer frente a un exceso de personal.

abanico de medidas concebidas por la legislación laboral en favor de la estabilidad en el empleo y de la protección del trabajador temporal y se advierte de las especialidades de su aplicación en el empleo público laboral en la Administración Pública.

Este sector de nuestro ordenamiento contiene distintas medidas penalizadoras de la contratación temporal y en favor de la indefinición del contrato de trabajo. Aunque ya se ha comentado que la principal defensa en favor de la estabilidad en el empleo se efectúa en el art.15.1 ET cuando, retomando antiguas redacciones de esta norma, proclama que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. De esta forma, se supera la versión anterior que admitía que el contrato de trabajo podía concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada; si bien, la libertad del empresario para celebrar un tipo u otro de contrato no era tal dado que la exigencia de causalidad en la contratación temporal la limitaba, al menos teóricamente.

Dejando a un lado las medidas de fomento del empleo indefinido inicial y las ayudas al empresario que transforma contratos temporales en fijos, nos interesa recabar en otras como las presunciones en favor de la fijeza existentes en nuestra normativa laboral. Comenzaremos con la presunción iuris tantum del art.8.2 ET que dispone que, de faltar el requisito de forma escrita, en aquellos casos en que tal sea precisa, el contrato se considera celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

La nueva redacción del art.15.4 ET, por su parte, dispone que las personas trabajadoras contratadas incumpliendo lo establecido en este precepto, tanto para el contrato por circunstancias como para el contrato por sustitución, adquirirán la condición de fijas. Merece destacar que no se utiliza la expresión “indefinida” sino “fija” y que la conversión en fijo se activa cualquiera que sea el incumplimiento de lo dispuesto en tal precepto. Por ejemplo, si se recurre a uno de estos contratos y no concurre causa justificada de temporalidad para su celebración como, por ejemplo, si se celebra un contrato temporal debiendo celebrar un contrato de fijo discontinuo. O, si no se especifica con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. También si se superan los límites de duración de estos contratos¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸⁵ Se prescinde de la presunción iuris et de iure del anterior art.15.3 ET y art.9.3 RD 2720/1998 que establecía que “*se presumen por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*”.

Tras la modificación del art.15 ET por el RD Ley 32/2021, creemos que la presunción del art.8.2 ET se va a ver desplazada en la contratación temporal porque se va a ver superada por la aplicación de lo dispuesto en el art.15 ET que ofrece mayor protección al trabajador temporal. La lectura del art.15.1 ET parece invitar a la celebración por escrito del contrato temporal. Así exige que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista; o, en el contrato de sustitución habrán de especificarse el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. La necesidad de esta “especificación” da pie a entender que, aunque no se diga expresamente, se va a producir por escrito. La garantía que contempla el art.15.4 ET –conversión en fijos superior a la que proporciona el art.8.2 ET- presunción de su indefinición salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal-.

Del mismo modo, se convierte en fija la persona trabajadora que no hubiera sido dada de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el periodo de prueba, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, circunstancia que antes tenía la consideración de presunción iuris tantum (art. 15.2 ET)¹⁰⁸⁶.

Con la fijeza se sanciona también el abuso en el encadenamiento o sucesión de contratos temporales¹⁰⁸⁷. De esta forma, las personas trabajadoras que en un período superior a veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por ETT, adquirirán la condición de fijas, conforme al art.15.5 ET¹⁰⁸⁸. Previsión que

Se refiere GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral...op.cit.*,pág.51, a “una sustancial ampliación de los casos en los que se produce la conversión en fijo (cualquier incumplimiento de las previsiones legales)...” En el mismo sentido, sobre la mayor amplitud y alcance del actual art.15.4 ET, vid VICENTE PALACIO, A. y BALLESTER PASTOR, I.: “Principio de causalidad...op.cit., pág.238.

¹⁰⁸⁶ El art.15.2 ET- en su redacción anterior - y art.9.2 RD 2720/1998, consideran fijos, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos, y todo ello sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

¹⁰⁸⁷ Con independencia de que la conducta empresarial sea o no fraudulenta, vid NIETO ROJAS, P.: “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021: Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022, pág.36.

¹⁰⁸⁸ Conforme a la DT 5ª RD ley 32/2021 este límite en el encadenamiento de contratos resultará de aplicación a los contratos suscritos desde el 30/3/2022. En relación con los celebrados antes de la entrada en vigor del RD Ley 32/2021, a los efectos del cómputo del número de contratos, del período y del plazo previsto en el nuevo art.15.5 ET, se tomará en consideración sólo el contrato vigente a la entrada en vigor

también resultará de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial, conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Este mecanismo no era desconocido en nuestro Derecho del Trabajo, si bien ahora se modifica para proporcionar mayor protección al trabajador temporal. La dicción anterior del precepto hablaba de encadenamiento de dos o más contratos temporales –ahora se indica expresamente que han de ser contratos por circunstancias de la producción- que superasen una duración de veinticuatro meses en un lapso de treinta meses, duración y marco temporal que ahora se ven reducidos.

Novedosamente, el art.15.5 ET, contempla la posibilidad de que un trabajador se convierta en fijo –incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con ETT -, cuando ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un período de veinticuatro meses con contratos por circunstancias de la producción. En estos supuestos el encadenamiento de contratos se produce en el puesto de trabajo no en la persona del trabajador temporal, que puede incluso ser un recién llegado a la empresa. Aunque probablemente surjan problemas con qué entender por puesto de trabajo¹⁰⁸⁹, supone una mejora interesante ya que, antes de la reforma laboral de 2021, el ET remitía a la negociación colectiva la determinación de los requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad.

El art.15.5 ET cita expresamente a los contratos por circunstancias de producción lo que permite deducir que no incluye al resto de contratos temporales¹⁰⁹⁰. Esto es, no afectaría a los contratos de sustitución¹⁰⁹¹, ni a los de fomento o a los de relevo, así como los contratos que celebre la Administración Pública que se encuentren asociados a la

del RD. Se muestra muy crítica con la redacción de este precepto DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “RDL 32/2021: el fin...op.cit., dado que no se pueden suscribir contratos por circunstancias de la producción.

¹⁰⁸⁹Comenta CABEZA PEREIRO, J.: “Contratos por circunstancias...op.cit.,pág.51, que se corre el riesgo de que la empresa defienda la falta de identidad del puesto desempeñado en cada uno de los sucesivos contratos. Para NIETO ROJAS, P.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.36. A juicio de GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.,.78*, no resulta sencillo determinar qué se entiende por puesto de trabajo “cuando varios trabajadores están realizando actividades similares es mucho más complejo poder individualizarlos, especialmente si las actividades que realizan son totalmente polivalentes”.

¹⁰⁹⁰ Únicamente afecta a este contrato temporal y no a otros, ni a la combinación de este contrato con otras modalidades temporales, y ha de haberse celebrado tras la entrada en vigor del RDLey 32/2021, vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral...op.cit.,pág.63.

¹⁰⁹¹Para RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “La reforma del encadenamiento...op.cit.,, pág.172, podrán encadenarse sin límite.

estricta ejecución de PRTR o aquellos necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la UE¹⁰⁹²; o a los contratos temporales recogidos en la LOU, LOSU, LCTI o cualesquiera otras normas con rango de ley¹⁰⁹³. Como decíamos arriba, esto supone que la normativa laboral está amparando una mayor precarización del personal laboral en el empleo público ya que, como acaba de decirse, en el ámbito de la universidad pública pueden concatenarse contratos temporales y no resultar aplicable la disposición del art.15.5 ET¹⁰⁹⁴.

Otra medida que pretende penalizar la celebración de contratos temporales se despliega desde el terreno de la Seguridad Social. Los contratos de duración determinada inferior a treinta días tendrán una cotización adicional a cargo del empresario a la finalización del mismo¹⁰⁹⁵. Esta medida se añade a la mayor cotización por la contingencia por desempleo a la que están sujetos los contratos de duración temporal, y que hasta la fecha no ha tenido demasiada fortuna para modificar las políticas de contratación de muchos empresarios, que han optado por contratos de escasa duración y de elevada rotación de trabajadores¹⁰⁹⁶.

Muy interesante también la intervención del legislador en relación al incremento en las sanciones administrativas por fraude en la contratación temporal. Por una parte, el art. 7.2 *Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, Texto Refundido Ley de Infracciones y sanciones del orden social* (en adelante, LISOS) dispone la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva. A estos efectos se considerará una infracción por cada una de las personas

¹⁰⁹² En BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de...op.cit.* pág.80.

¹⁰⁹³ Por otros, ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación...op.cit.*, pág.93.

¹⁰⁹⁴ Vid MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales de los profesores...op.cit.”,pág.87.

¹⁰⁹⁵ Sustituye así al incremento del 40% en la cuota empresarial por contingencias comunes en los contratos con duración igual o inferior a cinco días. La misma se calculará multiplicando por tres la cuota resultante de aplicar a la base mínima diaria de cotización del grupo 8 del Régimen General de la Seguridad Social para contingencias comunes, el tipo general de cotización a cargo de la empresa para la cobertura de las contingencias comunes (art.151.1 y 2 LGSS).

¹⁰⁹⁶ Vid NIETO ROJAS, P.: “La contratación temporal...op.cit.”,pág.41.

trabajadoras afectadas. Y por otra, el art.40.1.c bis LISOS¹⁰⁹⁷ que incrementa la cuantía de las infracciones graves, entre ellas la del art.7.2 LISOS, antes citada.

Por último, también medidas disuasorias de la contratación temporal son las indemnizaciones por finalización de contrato temporal. Cuanto menor sea la ventaja obtenida por el empresario con la celebración de un contrato de duración determinada, más inclinado se sentirá a la concertación de contratos fijos. En este sentido, tras la reforma laboral de 2021, el contrato por circunstancias de la producción, tanto si es concertado para atender a circunstancias previsibles como imprevisibles, tiene reconocida una indemnización por extinción de doce días de salario por año de servicio, conforme al art.49.1.c ET. El contrato de sustitución – por reserva de puesto de trabajo, para completar jornada reducida o por cobertura de vacante – no tiene prevista indemnización alguna por finalización del contrato. En cualquier caso, los trabajadores temporales tendrán derecho a las indemnizaciones por extinciones de su contrato procedentes o improcedentes, cuando así lo prevea la normativa laboral.

Todas estas medidas de acción, bien para limitar la temporalidad o bien para garantizar derechos del trabajador temporal, en principio resultan plenamente aplicables, se insiste, al empleo público laboral temporal. Si bien, la conversión en indefinido no fijo del art.15.4 ET, de tratarse de un empleado público laboral temporal, tendría lugar por incumplimientos del art.15 ET¹⁰⁹⁸ pero no por los incumplimientos relacionados con la superación de la duración máxima del contrato que disfrutaban del tratamiento especial que les otorga la DA 17ª.5 EBEP, como después se dirá. Tampoco parece aplicable en la Administración Pública lo dispuesto en el art.15.9 ET – en los supuestos del art.15.4 y 5 ET, la empresa facilitará al trabajador un documento justificativo de su condición de fijo, puesto que, como se dirá, el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo solo puede hacerse por sentencia judicial.

En la actualidad las especialidades de la normativa laboral respecto a estas disposiciones, en el caso de que el contrato de trabajo temporal se haya celebrado con una Administración Pública, se contienen en la DA 15ª ET. Esta Disposición Adicional ha quedado muy mermada de contenido puesto que regulaba los efectos que tenían que ver

¹⁰⁹⁷ Vid a mayor abundamiento GARCÍA BLASCO, J.: “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf> (visitado 23/2/2022).

¹⁰⁹⁸ Por otros, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en...op.cit.,pág.61.

con el contrato por obra o servicio en la Administración Pública, y con la reforma laboral este contrato ha desaparecido¹⁰⁹⁹. Sigue, no obstante, manteniendo la ventajosa regla sobre el empresario privado de que, para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el art. 15.5 ET, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas¹¹⁰⁰.

Al favorable trato anterior hay que añadir que, en todo caso, lo dispuesto en dicho art. 15.5 ET no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU o en cualesquiera otras normas con rango de ley (DA 15ª.3 ET)¹¹⁰¹.

Sin embargo, como se ha adelantado, la mayor modalización en los efectos de la contratación temporal laboral anómala o irregular ha venido siendo la no consideración de fijo de plantilla del trabajador temporal de la Administración Pública, en estos supuestos, sino en su conversión en trabajador indefinido no fijo. Sin embargo, tras la

¹⁰⁹⁹ La derogada DA 15ª.1 ET disponía que si bien el art.15.5 ET surtía efectos en las relaciones laborales temporales de estas empleadoras, debía hacerlo sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no sería obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo. En cumplimiento de esta previsión el trabajador afectado por estas circunstancias adquiriría la condición de indefinido no fijo y continuaría desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se procediese a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se produciría la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador accediese a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo. Esta regla no era de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la LOU o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años. A mayor abundamiento vid MORENO GENÉ, J.: “La contratación por obra o servicio...op.cit.; DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: “El empleo público en tiempos de crisis: comentario a las últimas disposiciones normativas”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, Iustel, nº 24, 2011.

¹¹⁰⁰ Entiende ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación...op.cit.*,pág.93, que “como las Administraciones Públicas y los organismos públicos son configurados como unidades de referencia para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos temporales con un mismo trabajador, tampoco se podrán considerar los contratos temporales celebrados con las entidades instrumentales que tengan una forma de personificación jurídico privada (sociedades mercantiles y fundaciones públicas) en cambio, como el DA 15ª.3 ET no alude a estas entidades instrumentales, los grupos constituidos por sociedades mercantiles públicas y/o entidades del sector público se rigen por la regla general del art.15.5 ET”.

¹¹⁰¹ Expresamente la DA 23ª LCTI confirma estas especialidades para el caso de *Administraciones públicas, organismos públicos, universidades públicas y otras entidades del sector público consideradas agentes de ejecución del SECTI de acuerdo con el art. 3.4 LCTI, que formalicen contratos temporales para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica*. Los requisitos para que no entre en juego esta limitación temporal del contrato por obra o servicio son que se trate de alguna de las modalidades de contrato de trabajo previstas en la LOU o en cualesquiera normas con rango de ley; o que el contrato se haya celebrado por una Administración Pública o por un organismo público vinculado o dependiente de aquella, vid RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág. 278.

publicación del RD Ley 20/2021, cabe preguntarse en qué supuestos concretos sigue siendo posible el reconocimiento de este tipo de trabajadores. Al trabajador indefinido no fijo dedicaremos un próximo capítulo.

3.2. El cambio de actitud del ordenamiento administrativo ante la inestabilidad y precariedad del empleo público temporal.

La normativa administrativa no se ha distinguido por ser especialmente generosa en herramientas de protección al empleado público temporal. Como ya se ha dicho, son contadas las ocasiones en las que se contempla alguna medida para combatir la temporalidad. Esta tendencia cambia radicalmente con la publicación de la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público* - que viene a sustituir tácitamente al *Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio*, con el mismo nombre, pero del que se mantiene en vigor su DF 2ª-. Junto al RD Ley 32/2021, van a actuar como un doble frente que permita, simultánea o paralelamente, reducir los índices de temporalidad en el empleo público y en el mercado de trabajo privado. En su *EM* se advierte de que el constante y sostenido aumento de la tasa de empleo público temporal es muestra de la insuficiencia de las medidas que lo limitaban a casos excepcionales, de indudable y estricta necesidad, y que los mismos sólo podían realizarse, por el tiempo imprescindible, hasta su cobertura por funcionarios de carrera. Obedece este aumento, entre otros motivos, a la aplicación de criterios restrictivos para la dotación de plazas de nuevo ingreso del personal al servicio de todas las Administraciones Públicas en el marco de las directrices presupuestarias de contención del gasto público¹¹⁰². También responde a la insuficiente utilización de la planificación estratégica en la ordenación del empleo público, así como la falta de regularidad de las convocatorias y procedimientos de selección de personal para la cobertura de vacantes con carácter definitivo¹¹⁰³.

¹¹⁰² A pesar de la progresiva flexibilización, estas previsiones han limitado las posibilidades de reposición de las bajas ocasionadas en las plantillas de personal fijo, funcionario o laboral y, al mismo tiempo, han frenado la dotación presupuestaria para acometer nuevas actividades. A esta situación se ha añadido una disonancia entre la dimensión de las necesidades y la capacidad real de financiación de las administraciones territoriales, especialmente en importantes servicios como la educación, la sanidad o los servicios sociales, que se extienden a toda la población, y que son particularmente sensibles a los cambios sociales y demográficos que están teniendo lugar de manera intensa y acelerada en los últimos años.

¹¹⁰³ No siempre existe una práctica asentada de convocatoria periódica y sistemática, preferentemente con carácter anual, de las plazas vacantes, para su provisión definitiva. La prestación del servicio por la Administración. Los procesos de selección son excesivamente lentos y dilatados en el tiempo, ocasionando en muchos casos la necesidad de provisión temporal de los puestos por el tiempo necesario hasta la cobertura efectiva. En estas condiciones, el recurso al nombramiento de personal interino y a la contratación

A esto hay que añadir, como se aborda en otro apartado de este trabajo, que al empleo público le resulta de aplicación la Directiva 1999/70/CEE sobre el contrato de duración determinada. Y que el TJUE ha reclamado a España la adopción de medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad. Las diferencias en el régimen jurídico del personal temporal y del fijo deben basarse únicamente en razones objetivas que puedan demostrar la necesidad de estas diferencias para lograr su fin.

La Ley 20/2021, que trata de aportar soluciones a la reducción de la temporalidad en el empleo público español, se enmarca dentro del Componente 11 –*Modernización de las Administraciones Públicas* – del PRTR. El objetivo de esta norma de reforma del empleo público temporal es situar la tasa de temporalidad estructural por debajo del 8% en el conjunto de las Administraciones Públicas españolas, actuando la reforma en tres dimensiones: adopción de medidas inmediatas para remediar la elevada temporalidad existente, articulación de medidas eficaces para prevenir y sancionar el abuso y el fraude en la temporalidad a futuro y, por último, potenciación de la adopción de herramientas y una cultura de la planificación para una mejor gestión de los recursos humanos¹¹⁰⁴.

De las medidas que introduce esta norma, que, en definitiva, pretende hacer más eficiente el funcionamiento de las Administraciones Públicas, su régimen jurídico y la ineludible planificación de la gestión de los recursos humanos para garantizar la prestación de unos servicios públicos de calidad¹¹⁰⁵, quieren abordarse dos. Por una parte, se reparará en la incorporación de una Disposición Adicional 17ª al EBEP en la que se contiene un régimen de responsabilidades en el caso de incumplimiento, por los gestores públicos, de la normativa de acceso al empleo público. Y, a continuación, se hará una sintética referencia a los procesos excepcionales de estabilización.

3.2.1. Medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público: lectura de la DA 17ª EBEP.

La DA 17ª EBEP – añadida por Ley 20/2021 - contiene medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público. Previsiones normativas que van a resultar aplicables respecto al personal temporal nombrado o contratado con posterioridad a la

de personal temporal se ha constituido en una alternativa organizativa que ha acabado suponiendo un incremento excesivo de la temporalidad.

¹¹⁰⁴ Incorpora el contenido del *Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas, fruto del acuerdo entre el Gobierno de España y CCOO, UGT y CSI-F (5/7/2021)*.

¹¹⁰⁵ La temporalidad de los recursos humanos dificulta el poder ofrecer servicios públicos de calidad.

entrada en vigor de dicha norma¹¹⁰⁶ (DT 2ª Ley 20/2021). Entre estas previsiones puede destacarse la responsabilidad de las Administraciones Públicas ante incumplimientos de la normativa sobre empleo público, la nulidad de las actuaciones que superen el plazo máximo de permanencia como personal temporal y, por último, el derecho a una compensación económica para los empleados públicos temporales afectados por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia. Previsiones, las ahora mencionadas, de cuya eficacia duda la doctrina, ante la carencia de elementos para hacerlas efectivas y por el riesgo de quedarse en un mero precepto programático.

La exigencia de responsabilidades de los apartados 1 y 2 de la DA 17ª EBEP nos trae a la memoria tanto a la DA 34ª *Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2017* (en adelante, LPGE 2017), como a la DA 43ª *Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018* (en adelante, LPGE 2018). Redacción que también se reproduce para el personal estatutario de los servicios públicos de salud en el art.9 quater 1 y 2 *Ley 55/2003, tras RD Ley 12/2022*.

La Ley 20/2021 incluye en su ámbito de aplicación tanto a funcionarios como laborales. Junto con el RD Ley 32/2021, no sólo producen un cambio normativo, quieren ser el revulsivo que modernice nuestro mercado de trabajo, que transforme los hábitos de la contratación laboral en nuestro mercado de trabajo de la temporalidad a la permanencia en el empleo. Persigue implantar un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y disuasorio de futuros incumplimientos que, además, permita clarificar cualquier vacío o duda interpretativa que la actual regulación haya podido generar. En términos generales se hace responsable a las Administraciones Públicas del cumplimiento de las previsiones contenidas en el EBEP – sobre selección de empleados públicos-. Posteriormente, se les exige que, en especial, velen por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal y los nombramientos de personal funcionario interino. Asimismo, las Administraciones Públicas promoverán, en sus ámbitos respectivos, el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición, así como una actuación coordinada de los distintos

¹¹⁰⁶ CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.130, no entienden por qué se limita el acceso a la indemnización de la DA 17ª.4 y 5 EBEP a los empleados públicos temporales con nombramientos o contratos celebrados con posterioridad. Para PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los trabajadores...op.cit.*,pág.125, debería aplicarse también a los contratos celebrados con anterioridad.

órganos con competencia en materia de personal¹¹⁰⁷. Las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas.

En definitiva, lo que hace esta DA 17ª. 1 y 2 EBEP no es otra cosa que recordarle a la Administración Pública que ha de cumplir las normas sobre selección y mantenimiento en el empleo de empleados públicos temporales – que sistemáticamente venía incumpliendo-, que ha de vigilar las irregularidades en el cumplimiento de estas normas por parte de los empleados públicos a quienes se tenga encomendado la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública y, finalmente, que hay que hacer responsables a los mismos por los incumplimientos en que incurran. Es gratuito e innecesario que la DA 17ª haga este recordatorio a la Administración Pública de que debe cumplir la ley – en su actuación está sometida al principio de legalidad – y que debe exigir responsabilidades a los empleados públicos que incumplan las obligaciones de sus funciones y cargos – vid art.94.1 EBEP¹¹⁰⁸, por ejemplo-. Para la doctrina laboralista estamos ante una norma programática, con la que se quiere enviar un mensaje y eso es positivo¹¹⁰⁹. Si pretende ser realmente efectiva y exigir responsabilidades a la persona u órgano responsable de la contratación o del nombramiento temporal deberá acompañarse de *“mecanismos efectivos para exigir esta responsabilidad a las autoridades o empleados públicos que de forma artificial alargan la relación de servicios o laboral”*¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.243, la describe como *“declaración grandilocuente y, por ello, vacía de contenido”*.

¹¹⁰⁸ Como tal responsabilidad disciplinaria, CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.246, entienden que tendría encaje en el tipo descrito en el art.95.1.d EBEP.

¹¹⁰⁹Vid GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.*,pág.140; SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, 2022, pág.65, es un brindis al sol.

¹¹¹⁰ RAMOS MORAGUES, F.: *“Incidencia de la reforma...op.cit.*,, pág.146. Como analiza VIVERO SERRANO, J.B.: *“Contratos temporales y empleo público. El reto de la disminución de la excesiva temporalidad”*, *Documentación Laboral*, nº 124, 2021, pág.65, deberían plantearse *“previsiones específicas sobre depuración de responsabilidades... acompañadas de otro tipo de medidas pensadas para la efectiva depuración. Medidas de transparencia, de obligada información sobre la depuración de responsabilidades, y de penalización presupuestaria..., de pasividad administrativa frente a las autoridades y funcionarios responsables de irregularidades en materia de empleo público temporal...no se prevén mecanismos para presionar a la autoridades a la hora de convocar de manera efectiva y plena los correspondientes procesos de estabilización pero sí se fuerza a los empleados públicos a que concurran a los procesos so pena de perder la indemnización por extinción contractual por cobertura de vacante...”* Concluye PERCHÍN BENITO, N.: *“La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas emergentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”*, *Diario La Ley*, nº 10075, 24/5/2022, pág.3, que esta previsión *“no tiene contenido y excesivamente laxa...no se conoce ningún caso en el que se exija responsabilidad concreta por su intervención en la celebración de contratos laborales en fraude de ley”*.

La norma utiliza una redacción demasiado genérica y abierta, que incluye expresiones como “*actuaciones irregulares*” o “*cualquier tipo de irregularidad en la contratación*”. Del mismo modo, tampoco se encarga de precisar la responsabilidad en que podría incurrir ese responsable que actuó irregularmente así que tendrían cabida tanto responsabilidades disciplinarias, con base en el art.94 EBEP, pero también responsabilidad civiles o patrimoniales o incluso penales¹¹¹¹. En definitiva, nos encontraríamos ante normativa básica necesitada de desarrollo en cada nivel de Administración Pública¹¹¹².

Asimismo, en la DA 17^a.3 EBEP se dispone la nulidad de pleno derecho de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal¹¹¹³. Esto es, según dice la norma, superados los plazos máximos de permanencia se produce la nulidad del nombramiento de funcionario interino o el fin del contrato de trabajo temporal. Para la doctrina estamos ante un supuesto de ineficacia

¹¹¹¹ Vid GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*,pág.141. Apuntan CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,146, que la Administración Pública empleadora podría incurrir en responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento del art.32 Ley 39/2015 y los empleados públicos responsables de las actuaciones irregulares en responsabilidad disciplinaria (art.93-98 EBEP); responsabilidad penal (Título XIX y XXI CP) y responsabilidad civil derivada de la penal (art.116 CP). Para SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral...op.cit.*pág.65, exigir responsabilidad penal sería excesivo. Señala DOGANOC DE LEON, M.: “Comentarios a la disposición adicional 17^a del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, nº 11, 2022, pág.2, que, hasta la fecha, nunca se han exigido responsabilidades a un responsable público por la celebración de contratos laborales en fraude de ley. Interpreta que la responsabilidad a la que se refiere esta DA 17^a EBEP es la disciplinaria, en concreto, a la falta tipificada como muy grave del art.95.2.d EBEP.

¹¹¹² En GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*, pág.141. Acertadamente, CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de 2021...op.cit.,pág.8, califica esta disposición de difusa y duda de su eficacia porque remite a las Administraciones, potenciales responsables, concretar los mecanismos que sancionen sus incumplimientos. Habría que distinguir la responsabilidad política de la que debería derivar responsabilidad penal, pese a las dificultades reales para su exigencia; y la responsabilidad del personal funcionario o laboral, que gestiona los recursos humanos, que debería tener encaje en la responsabilidad disciplinaria, probablemente en los art.95.2.d y g EBEP. Del mismo modo habría que diferenciar los supuestos de responsabilidad del gestor por incumplimiento de la normativa de aquellos supuestos en los que la tasa de reposición limita la celebración de convocatorias en plazo.

¹¹¹³ Con la misma redacción y para el personal estatutario de los servicios de salud vid art.9 quater 3 Ley 55/2003, tras RD Ley 12/2022. En palabras de GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*,pág.141. Recuerdan CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.246, que estaríamos en un supuesto de nulidad absoluta del art.47.1 Ley 39/2015. MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria y personal interino: un futuro incierto (en todos los sentidos)”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021, pág.105, observa, por una parte, que solo se pone el foco en los incumplimientos de los plazos máximos de permanencia; y, por otra parte, parece no pensar en que, en muchos supuestos, los incumplimientos no se producen por actos o acuerdos expresos sino por inacción u omisión de la Administración empleadora.

contractual sobrevenida ex lege¹¹¹⁴ y el contrato de trabajo se extinguiría automáticamente sin necesidad, si quiera, de intervención judicial.

Aquí, la norma de empleo público, como normativa especial¹¹¹⁵, estaría desplazando a la norma laboral que, como ya se ha dicho supra, ante el incumplimiento de lo dispuesto en el art.15 ET protege al trabajador temporal convirtiéndolo en fijo. Efectivamente, la superación de la duración máxima del contrato temporal debería, de ser aplicable lo dispuesto en el art.15.4 ET, suponer la conversión del empleado público laboral en indefinido no fijo. Sin embargo, no es así porque expresamente la DA 17ª.3 EBEP dispone la nulidad de ese contrato¹¹¹⁶ y prevé, en su lugar, la percepción de una compensación económica.

En sus apartados 4 y 5, la DA 17ª EBEP recoge los efectos para el empleado público temporal de la finalización de su prestación de servicios, con incumplimiento del plazo máximo de permanencia¹¹¹⁷. Se prevé la percepción de una compensación económica,

¹¹¹⁴ En opinión de PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021, de...op.cit.,pág.4. En el mismo sentido, Por otros, SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral. La...op.cit.*,pág.41. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en...op.cit., pág.61; ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*, pág.96. También para ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.84, el efecto de la nulidad del acto administrativo en el contrato de trabajo ha de ser la extinción automática de la relación laboral. Para DOGANOC DE LEÓN, M.: “Comentarios a la disposición...op.cit.,pág.2, no sería necesario la declaración judicial de nulidad ya que ésta se produciría por mandato legal. Para GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*,pág.141, la consecuencia de esta nulidad ha de suponer que entren en juego las reglas sobre fraude en la contratación y, por tanto, la conversión en indefinido no fijo del trabajador temporal afectado. CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de...op.cit.,pág.9, diferencia dos supuestos. En el caso de que la Administración, superado el plazo máximo de duración del contrato temporal, cesa al trabajador y le abona la compensación, sin perjuicio de que éste acuda a la Jurisdicción social. O que, superado dicho plazo, la Administración no hace nada. En este segundo caso, el trabajador podría interponer una acción declarativa de fijeza, tras la cual su relación podría convertirse en indefinida no fija y, en estos casos, la nulidad de la que habla esta DA 17ª EBEP imposibilitaría el reconocimiento de tal figura y llevaría al cese del trabajador temporal. Llega a esta conclusión recordando que el art.15.4 ET no se aplica al empleo público laboral temporal que cuenta con regulación propia – descartando la conversión en fijo o en indefinido no fijo; y además considerando que “*la ausencia de referencia a la exigencia de que la condición de indefinido no fijo sea declarada a través de una resolución judicial podría encontrar su fundamento en la aplicación del régimen previsto en la nueva DA 17ª EBEP y confirmar implícitamente la imposibilidad de recurrir a esta figura*”.

¹¹¹⁵ GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral...op.cit.*,pág.141, opina que es una regla especial para los empleados públicos laborales y como tal “*neutralizadora de las invocaciones del legislador ordinario para que los convenios colectivos amplíen la duración máxima de las contrataciones temporales*”.

¹¹¹⁶ Para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en...op.cit.,pág.61, no cabe la continuación del contrato temporal más allá de los plazos máximos de permanencia, ni la conversión en indefinido no fijo u otra fórmula similar. La nulidad no contamina la relación laboral previa a la superación del plazo. Recuerda MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.131, que los empleados públicos tendrán derecho a los salarios por el trabajo realizado, pues en otro caso se estaría ante un enriquecimiento injusto de la Administración

¹¹¹⁷ BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de...op.cit.,, pág.74, señala como mayor dificultad de la aplicación de este precepto el que deba ser la propia Administración la que “*auto declare su responsabilidad por incumplimiento*”. Lo más habitual será que el empleado público deba acudir a los Tribunales para obtener dicha compensación. Más sencillo hubiera sido imponerla ex lege sin condicionarla

que distingue en función del régimen jurídico aplicable al empleado público temporal afectado¹¹¹⁸, desde la fecha de entrada en vigor de la DA. En este punto se observa, claramente, que los efectos tienden a unificarse en el caso de personal laboral o personal funcionario, sin embargo este incumplimiento de los plazos máximos de permanencia producen agravios comparativos entre trabajadores sometidos al régimen laboral en función de si prestan sus servicios en el sector privado o en el sector público. En el primer caso, conforme al art.15.4 ET el contrato temporal se convierte en fijo; mientras que para el empleado público laboral, esta disposición del EBEP se contenta con abonar al afectado una compensación económica¹¹¹⁹. Repárese que la compensación procede por incumplimiento del plazo máximo de permanencia – tanto en el caso de un único contrato o como en una sucesión o encadenamiento de los mismos-, pero no se dice nada en el resto de incumplimientos de la normativa sobre contratación temporal laboral por lo que se sigue dejando abierta la puerta al reconocimiento de supuestos de indefinidos no fijos por otras causas¹¹²⁰.

En el caso del funcionario interino afectado, en la DA 17ª.4 EBEP, se indica que el incumplimiento del plazo máximo de permanencia¹¹²¹ dará lugar a una compensación económica, lo cual supone un avance – no nos atrevemos a decir que suficiente (cicatero), ni disuasorio-en relación a la normativa precedente, en la protección del funcionario no permanente. La cuantía de esta compensación será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

a la existencia de responsabilidad de la Administración. Así también, vid CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales...op.cit.,pág.8, quien recuerda que la Administración debería reconocer su actuación ilícita por lo que, en muchos casos, se terminarán planteando una demanda judicial.

¹¹¹⁸ BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de...op.cit.,pág.75, indica que la DA 17ª EBEP parece ignorar que, con frecuencia, el incumplimiento del plazo máximo de permanencia no tiene origen en la figura del gestor sino en las tasas de reposición que se establezcan por las leyes de presupuestos anualmente. Estamos, para CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.128, ante los considerados “daños punitivos”. Se trata de compensaciones cuyo devengo es automático, ante la materialización del supuesto descrito en la norma, sin necesidad de acreditar por el trabajador perjuicio alguno y sin que sea necesario llevar a cabo liquidación alguna.

¹¹¹⁹ GÓMEZ CABALLERO, P.: “El régimen de...op.cit.,pág.443.

¹¹²⁰ Vid ROQUETA BUJ, R.: “La aplicación de la reforma laboral en las Administraciones Públicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (visitado 10/02/2022). Aunque Para SALA FRANCO, T.: *La Reforma laboral. La...op.cit.*,pág.65, al no haberse modificado el art.8.2.c EBEP “se deja en el aire la eventual desaparición del indefinido no fijo en el caso del personal laboral como fórmula para combatir la abusividad en la contratación”.

¹¹²¹ Cabe traer a colación el art.10.3 EBEP que establece que la Administración formalizará de oficio el cese del funcionario interino cuando se esté en alguna de las causas que se mencionan en dicho precepto. Para CANAL FERNÁNDEZ, L.: “La Ley 20/2021...op.cit., los nombramientos de los funcionarios interinos decaerán por el transcurso del plazo máximo de permanencia, según esta DA 17ª EBEP, por lo que será difícil que se pueda percibir esta compensación.

inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades¹¹²². Como se observa, parece que se está atendiendo al módulo de indemnización previsto para los supuestos de despido objetivo procedente. El derecho a esta compensación para el funcionario interino nacerá a partir de la fecha del cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al nombramiento del que traiga causa el incumplimiento¹¹²³. No habrá derecho a compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por causas disciplinarias ni por renuncia voluntaria¹¹²⁴.

Y, a continuación, la DA17ª.5 EBEP dispone también para el personal laboral temporal el reconocimiento de una compensación económica por incumplimiento del plazo máximo de permanencia¹¹²⁵; sin embargo, la redacción es bastante más problemática. En términos similares a lo dispuesto para el funcionario interino, no habrá derecho a la compensación en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo¹¹²⁶, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento – lo que

¹¹²² Analiza CANAL FERNÁNDEZ, L.: “La Ley 20/2021...op.cit., que esta cantidad coincide con la prevista en el art.2.6 Ley 20/2021 si bien, en este precepto, se especifica que la compensación económica será equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, hasta un máximo de doce mensualidades. Recuerda DOGANOC DE LEÓN, M.: “Comentarios a la disposición adicional...op.cit.,pág.3, que esta compensación es la prevista como indemnización para los indefinidos no fijos desde la STS 28/3/2017 rec.1664/2015.

¹¹²³ A CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.131, les parece que se está dando un trato favorable a la Administración. Es poco razonable que la cuantía sea inferior a la del despido improcedente y poco disuasoria para la corrección de futuras actuaciones de los gestores públicos. En el caso de funcionarios interinos, su devengo es automático, ya que no se condiciona a la previa instrucción de un procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. Esta compensación será compatible con la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública, vid MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021...op.cit.,pág.7.

¹¹²⁴ En términos semejantes vid art. Art.9 quater 4 Ley 55/2003, tras RD Ley 12/2022 que se aplica al personal nombrado o contratado tras la entrada en vigor de este RD Ley, el 7 de julio de 2022.

¹¹²⁵ Señala NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,, pág.149, que, ante el silencio del EBEP, los plazos máximos de permanencia han de ser los de la normativa laboral. En el mismo sentido vid, DOGANOC DE LEÓN, M.: “Comentarios a la disposición adicional...op.cit.,pág.4. Recuerda VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales y...op.cit.,pág.65, que los indefinidos no fijos no tienen previsto un plazo máximo de permanencia. Ni tampoco se prevé plazo concreto en los contratos celebrados conforme a la DA 5ª RD Ley 32/2021.

¹¹²⁶ Realmente lo que está diciendo la DA 17ª EBEP es que, para percibir la compensación económica, no basta con el incumplimiento de los plazos de permanencia, sino que se precisa el cese efectivo, esto es, a partir de la extinción de la relación laboral es cuando se tiene derecho a esta compensación, como precisa GÓMEZ CABALLERO, P.: “El régimen de contratación laboral...op.cit.,pág.44. También lo cree así MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso de la negociación colectiva”, IUSLabor, nº 2, 2022, pág. 130, para quien sería factible que el trabajador continuase trabajando hasta el cese efectivo por la Administración, lo que plantearía entonces su consideración como indefinido no fijo.

supone “*desatender la doctrina Jurisprudencial consolidada relativa a la unidad esencial del vínculo para los casos de sucesión de contratos temporales...*”¹¹²⁷

Para el personal laboral temporal es similar, a la reconocida al funcionario interino, el reconocimiento de la cuantía compensación económica prevista por incumplimiento del plazo máximo de permanencia -veinte días de sus retribuciones fijas¹¹²⁸ por año de servicio¹¹²⁹, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades- de las retribuciones del contrato que haya sobrepasado el límite temporal.

Sin embargo, en el caso del laboral temporal, a continuación, la norma añade que la compensación económica a percibir lo será “*sin perjuicio de la indemnización que le pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”. Y es en este último inciso donde surgen las principales dudas interpretativas porque el precepto sigue indicando que dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Y que, en

¹¹²⁷Vid RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma...op.cit.,pág.148. En esta misma línea, lamenta ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.,pág.93*, que se echa abajo la doctrina jurisprudencial que defiende que, en los casos de sucesivos contratos temporales con un mismo trabajador, si cualesquiera de ellos carece de causa o contraviene la normativa laboral, para una mayor protección del trabajador afectado, el contrato se convierte en fijo. Y ello, sin que sea posible subsanar el citado contrato “*por la celebración de un posterior contrato correcto y aunque entre el contrato fraudulento y el posterior haya transcurrido un períodos superior al de veinte días de caducidad para su impugnación, en cuanto el encadenamiento evidenciaría la existencia de una unidad esencial de vínculo. Además, en encadenamientos fraudulentos, a la hora de tomar los años de servicio se toman en consideración la totalidad de los servicios prestados a la demandads y no solo lo que se originaron por la concertación del último contrato, si existe unidad esencial del vínculo. La compensación nace desde el cese efectivo y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento, aunque este venga seguido de otro contrato regular*”. Para PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021...op.cit.,pag.5, la compensación está muy topada y con el método de cálculo pretende terminarse con la teoría de la unidad esencial del vínculo.

¹¹²⁸ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.,pág.99*, explica que la compensación se calcula tomando las retribuciones fijas (sueldo, trienios, pagas extraordinarias, complemento de destino y específico), luego se excluyen las que no lo sean (por ejemplo, complemento de productividad, complemento retributivo de carrera profesional y gratificaciones por servicios extraordinarios). Al cálculo del salario fijo diario hay que añadir las retribuciones brutas durante el año anterior al cese y dividir por trescientos sesenta y cinco. Advierte PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los...op.cit.,pág.124*, que al no tener en cuenta las retribuciones variables se distancia de la indemnización por despido.

¹¹²⁹ Recuerda ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.,, pág.99*, que por “años de servicio” se entenderá “*el tiempo realmente trabajado en el marco del contrato del que traiga causa el incumplimiento, independientemente de que le hayan seguido uno o varios contratos regulares con anterioridad al cese efectivo. Habrá de computarse también el tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de servicio activo y en todas aquellas situaciones que produce efectos equivalentes a los de servicio activo...*”

caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades¹¹³⁰.

Esto es, en principio, el incumplimiento de los plazos máximos de duración del contrato temporal por la Administración Pública empleadora, sin que el trabajador temporal tenga nada que reclamar, sería suficiente para dar lugar al abono de esta compensación desde el cese efectivo. Se advierte que en estos casos la indemnización es la equivalente a un despido procedente y ello a pesar de que aquí se da el caso de que estamos ante un incumplimiento por la Administración de la normativa laboral. Luego el legislador está dejando de aplicar las consecuencias que prevé el Derecho del Trabajo ante estos incumplimientos (art.15.4 y 5 ET) – mucho más favorables para el trabajador temporal-, y sustituyéndolos por una compensación muy poco penalizadora de la conducta empresarial.

Además, a diferencia del funcionario interino, la norma indica que el laboral recibirá la indemnización que prevea el ordenamiento laboral y a ésta podrá añadirse la compensación que prevé la normativa de empleo público, consistente en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato¹¹³¹. Y esto es lo que resulta confuso y lo que ha llegado a calificarse de enrevesado y de inoperante¹¹³², porque no resulta fácil discernir los supuestos en los que

¹¹³⁰ Como estudia BELTRÁN HEREDIA, I. vid <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/> (visitada 1/3/2022), la fórmula de cálculo de la compensación impide recibir simultáneamente compensación e indemnización.

¹¹³¹ Para el laboral temporal, aunque indemnización y compensación no son lo mismo, sí tienen la misma finalidad y ésta es “*limitar la temporalidad abusiva en la Administración Pública y otorgar protección a la persona que sufre esta situación*”, vid GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación...op.cit.*,pág.143. NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal...op.cit.,pág.150, añade que la intención de la norma puede ser el evitar al trabajador reclamar en vía laboral la indemnización por extinción, reconociéndosele automáticamente – salvo que reclame la improcedencia o nulidad del cese. MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág. 133, defiende el carácter disuasorio y no reparador de la compensación ya que persigue evitar la inacción de la Administración ante abusos en la temporalidad-aunque duda que la compensación sea adecuada-. En palabras de esta laboralista “*se objetiviza el supuesto de abuso en la Administración Pública al considerar que el transcurso del tiempo va a generar para el empleador una obligación de hacer, de actividad o de medios que se entendería cumplida por la mera convocatoria de plazas permanentes o definitivas en procesos de selección de personal (ex art.1157 CC) y que en caso de incumplimiento reportará consecuencias negativas para el mismo y para los empleados, el derecho a una compensación económica no resarcitoria por el perjuicio sufrido...*”

¹¹³²Para RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma...op.cit.,pág.147. Señala CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de...op.cit.,pág.8, la cuantía de esta compensación es inferior a la que le correspondería a un indefinido no fijo y que esta DA 17ª.5 EBEP coloca al trabajador temporal ante la duda de aceptar la compensación, cuyo abono será automático, o impugnar el cese para que los Tribunales le reconozcan la diferencia entre esa compensación y la indemnización reconocida en la sentencia.

se pueda abonar esa compensación entre la indemnización del trabajador temporal y los veinte días de salario fijo.

El inciso “*sin perjuicio de la indemnización que le pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica*”, parece pensar en el supuesto de que el trabajador decida, a pesar de tener derecho a la compensación anterior, recurrir ese cese como despido ante los Tribunales¹¹³³. En ese caso, si la calificación del mismo fuese de procedente – salvo el supuesto de despido disciplinario-, la indemnización a percibir sería coincidente con la compensación de la DA 17.5ª EBEP, por lo que no habría que abonar cantidad adicional alguna por la Administración. Si el despido se considerase improcedente¹¹³⁴, queda descartada la opción del empresario por la readmisión¹¹³⁵. En este sentido es muy clara la E.M. Ley 20/2021: “*el TJUE comparte la postura, defendida por España, de que no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente. Esta opción está excluida categóricamente en el Derecho español, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*”-. Luego la indemnización sería de treinta y tres días de salario por año de

¹¹³³ El plazo para reclamar la indemnización sería de un año a contar desde el cese (art.59.1 ET). Para PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021...op.cit.,pág.5, si esta DA 17ª. 3 EBEP impide que el contrato temporal pueda transformarse en fijo, lo más normal es que solo pueda percibir la del art.49.1.c ET – y no la de despido improcedente-. En este caso la compensación sería posible y resultaría de la diferencia entre los doce días por finalización de contrato temporal y los veinte días de la compensación. En cuanto a la indemnización “*sólo tendría sentido en una extinción nula por vulneración de los derechos fundamentales, lo que no es ninguna novedad sino aplicación del art.183 Ley 36/2011*”. BELTRÁN DE HEREDIA, I.: https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#da171432_/(visitada 3/7/2022) distingue entre el contrato temporal por circunstancias de la producción y el contrato de sustitución, teniendo claro que no resulta de aplicación la conversión en indefinido no fijo (art.15.4 y 5 ET) sino que se produce la nulidad del contrato. En el primer supuesto, no cabe pensar en que la posible indemnización sea la del art.49.1.c ET puesto que está concebida para las extinciones regulares del contrato temporal y no para supuestos de vulneración de la normativa laboral y tampoco, por los mismos motivos, en la prevista para el despido procedente. Siendo así, habría que inclinarse por la indemnización por despido improcedente, o por la complementaria derivada del art.24.b *Carta Social Europea revisada*, que reconoce el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación adecuada. O que, produciéndose una vulneración de derechos fundamentales, se reconociera esta indemnización por despido nulo, en cuyo caso, la indemnización sería muy superior a la compensación y sólo percibiría la indemnización. Ahora bien, si no cabe reconocer el carácter indefinido de la relación laboral, sería difícil obtener la calificación por despido improcedente, por lo que en la mayoría de los casos no será posible acceder a la indemnización y el trabajador temporal sólo percibirá la compensación.

¹¹³⁴ Si el contrato, además de superar el plazo de permanencia, se celebró en fraude de ley, el trabajador tendría derecho a la indemnización distinta de esta compensación. Sin embargo, en estos supuestos, no se adicionan ambas cantidades, como bien precisa la norma y apunta ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.86.

¹¹³⁵Es de esta opinión MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág. 130, quien defiende que debería mantenerse porque es más respetuoso con el principio de estabilidad – aunque sería poco probable que, cesando al trabajador por superación del plazo del contrato, después optara por su readmisión.

servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades, que superaría con creces a la cuantía de la compensación prevista en el EBEP, y no habría diferencia que compensar. Y tampoco cabría, de declararse la nulidad del despido, la readmisión del trabajador temporal, pudiendo en este caso además reclamar indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Es por ello que la doctrina subraya la escasa virtualidad de esta DA 17ª.5 EBEP y de su falta de encaje con la última doctrina jurisprudencial, a la que más tarde nos referiremos, a la sentencia del conocido caso IMIDRA que, básicamente entiende que la duración excesiva e injustificadamente larga convierte al temporal en indefinido no fijo (STS 28/6/2021)¹¹³⁶.

Por último, indicar que son muchos los que se cuestionan que con la inclusión de esta compensación económica, además de recaer en el erario público, se esté dando cumplimiento a las exigencias del TJUE por no resultar lo bastante desincentivadoras para que la Administración cese en su hábito de ignorar las medidas de reducción de la temporalidad¹¹³⁷. Sin olvidar tampoco que, aunque ha de calificarse como positiva en términos de protección sobre todo al funcionario afectado, su efectividad para luchar contra estas prácticas irregulares, insistimos, será relativa puesto que probablemente termine siendo la Administración Pública – no recayendo en el empleado público responsable – la que deba abonar esta compensación al empleado temporal, con lo cual

¹¹³⁶ Vid RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma...op.cit., pág.148. A juicio de MOLINA HERMOSILLA, O. en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021...op.cit.*,pág.111-112, parece que se quiere sustituir la conversión del trabajador temporal en indefinido no fijo por una compensación equivalente a la del despido objetivo. Tendencia que se observa también en la derogación de las DA 15ª 1 y ET. ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, 2022, pág.93, que se “descarta cualquier expectativa de consolidación de situaciones jurídicas contrarias al ordenamiento mediante el reconocimiento de la condición de indefinido no fijo o equivalente”.

¹¹³⁷ BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO”...op.cit., pág.75. Para BELTRÁN HEREDIA, I. en <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboral-temporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/> (visitada 1/3/2022), el reducido importe económico de la compensación probablemente no es conforme a la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE; así como la cláusula 4ª dado que el cálculo de la compensación es diferente del de los trabajadores fijos, si bien, propiamente, aquí hablaríamos de compensación y no de indemnización. Vid, asimismo, CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.132, que consideran que la cuantía de la compensación no es persuasiva por su importe y porque no se tiene en cuenta todo el período de servicios del empleado temporal. Para MOLINA NAVARRETE, C.: “Ni “hito transformador” ni...op.cit.,pág.15, “*esta compensación mínima deja (igual que la del art.2.6 Ley 20/2021) dudas, al no tener efecto disuasorio, sobre su adecuación a la cláusula 5ª Directiva 70/1999/CE*”. Para BELTRÁN DE HEREDIA, I.: <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#da171432> / (visitada 3/7/2022) la exigua cuantía de la compensación no da respuesta adecuada a la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE y tampoco a la cláusula 4ª porque se calcula de manera diferenciada a la de los trabajadores fijos, aunque aquí podría argumentarse que se habla de compensación y no de indemnización. ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal...op.cit.,pág. 85, lamenta que la consecuencia para la Administración Pública transgresora de las normas sobre temporalidad únicamente sea ésta –la superación del plazo, lleva al cese del trabajador y a una compensación de veinte días -, medida que considera poco desincentivadora.

la eficacia de este tipo de medidas resulta significativamente inferior que cuando se trata de empleo en el sector privado. Tampoco es razonable la diferencia de cuantía en función del régimen administrativo o laboral aplicable al empleado temporal afectado.

3.2.2. Los procesos de estabilización del personal temporal de la Ley 20/2021.

El problema de la temporalidad ha sido una constante en nuestro empleo público y para reducirla, en momentos puntuales, se han llevado a cabo sucesivos procesos excepcionales¹¹³⁸ para la estabilización de los empleados públicos no permanentes. Sin remontarnos más allá del EBEP, éste, en su DT 4ª contempla un proceso de consolidación de empleo temporal. Conforme a la misma, las Administraciones Públicas podrán – luego se trata de un proceso potestativo - efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Estos procesos selectivos se llevarán a cabo a través del sistema de concurso oposición. Y en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria¹¹³⁹.

Tiempo después, la LPGE 2017 (art.19.Uno.6) y LPGE 2018 (art.19.Uno.9) autorizan sendos procesos de estabilización en un contexto en el que la temporalidad en

¹¹³⁸ CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.29, distinguen la estabilización – reducción del empleo temporal existente en una Administración Pública- de la consolidación – dar condición de fijeza al empleado público temporal- . ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*,pág.108, aclara que, a diferencia de la DT 4ª EBEP que utiliza el término consolidación, los procesos posteriores prefieren recurrir al de “estabilización” y así se piensa más en la plantilla y menos en el empleado público que ha venido ocupando ocupa un determinado puesto de trabajo de forma temporal. Vid también BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de...op.cit.,pág.59 y ss.

¹¹³⁹ Para CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*, pág.36, recuerdan que nuestra normativa exige la selección a través de procesos abiertos y libres, por ejemplo art.61.1 EBEP. Para el Tribunal Constitucional - STC 27/1991, de 14 febrero – el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone una limitación las “*pruebas restringidas*” que han de considerarse prohibidas por el art.23.2 CE. Si bien, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley, en favor de unos y en perjuicio de otros, pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria. la DT 4ª EBEP resultaría superflua si a los temporales, que ya ocupan esos puestos de trabajo, no se les computasen los servicios prestados (la norma utiliza la expresión “podrán valorarse”). Otra cosa es cómo se computen esos méritos para que no impida la participación en el proceso selectivo de quienes no sean empleados públicos temporales. En opinión de BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en...op.cit.,pág.71, esta DT 4ª EBEP respeta los principios constitucionales de acceso al empleo público, aunque modulados. Así, se computa como antigüedad por el tiempo de servicios prestados en todas las Administraciones Públicas – y no solo en la contratante- y la experiencia en puestos de trabajo como los del objeto de la convocatoria.

el empleo público se había visto agravada, como también se ha dicho, con la crisis económica y financiera de 2008. A esta situación se llega, entre otros motivos, por la implantación de medidas de contención del gasto público en cumplimiento al art.135 CE. Así, se lleva a cabo el ajuste o racionalización de las condiciones de trabajo de los empleados públicos - a través de reducciones de salario, pérdida temporal de pagas extras, suspensión de la aportaciones a planes de pensiones del sistema de empleo,...- o se materializan sucesivas reducciones anuales de tasas de reposición y OEP previstas en las leyes de presupuestos generales del Estado. La aplicación de estas últimas medidas impidió consolidar, tras los oportunos procesos selectivos, plazas y puestos de trabajo ocupados por personal temporal funcionario – estatutario y también laboral- que se mantienen anómalamente en sus trabajos. Ante este panorama, las Administraciones Públicas se ven abocadas al nombramiento de más funcionarios interinos¹¹⁴⁰ o a la contratación de más personal temporal laboral para atender a las necesidades de mano de obra, incluso permanentes.

Con la mejora de la situación económica en nuestro país, se firman en 2017 y 2018, entre el Gobierno y los sindicatos CCOO, UGT y CSI-F, dos *Acuerdos para la Mejora del empleo público* cuyo contenido es parcialmente incorporado a las leyes de presupuestos generales del Estado para 2017 y 2018, que por su interés sintetizamos a continuación.

En estas dos normas presupuestarias, por una parte, tratan de recuperarse las tasas de reposición previas a la crisis¹¹⁴¹, aunque la validez de estas tasas autorizadas se condiciona a que la convocatoria de las plazas se efectúe mediante publicación en el correspondiente boletín oficial, en el plazo improrrogable de tres años, a contar desde la fecha de la publicación de la OEP en la que se incluyan las citadas plazas. Computan las plazas que se convoquen para su provisión mediante procesos de promoción interna y las correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial. Es asimismo destacable que, aunque pueda desconfiarse de su efecto en la práctica, las LPGE 2017 y 2018 insisten en que no se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal o funcionarios interinos

¹¹⁴⁰ Como sostiene SERRANO PASCUAL, A.: “Situación actual del empleo...op.cit., pág.4, la situación de los interinos se parece a la de las “*cesantías decimonónicas*” y realmente el ahorro no ha sido tanto en cuanto ha tenido que abonarse la cotización por desempleo de los mismos y ahora pueden reclamar, conforme a la reciente Jurisprudencia del TJUE, indemnización tras su cese.

¹¹⁴¹ Vid art.19.Uno.2 LPGE 2017 y art.19.Uno, 2-6 LPGE 2018.

excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, requiriendo la autorización previa del Ministerio de Hacienda (art.19.Dos y Cuatro de la LPGE 2017 y LPGE 2018).

Por otra parte, y por lo que nos interesa, otras de las medidas nacidas de los *Acuerdos para la Mejora del empleo público* son los procesos de consolidación del empleo temporal (art.19.Uno.6 Ley 3/2017 y art.19.Uno.9 Ley 6/2018). El objetivo de estas medidas de estabilización es que la tasa de cobertura temporal en cada ámbito se sitúe, al final de los citados períodos, por debajo del 8%. De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.

Por un lado, la LPGE 2017, en relación con este proceso de estabilización de las plazas o puestos de trabajo, que no de los empleados públicos que temporalmente las ocupan, prevé una tasa adicional de reposición de hasta el 90% de las plazas para ciertos colectivos de empleados públicos¹¹⁴². Se requerirá que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016. Además, las OEP que articulen estos procesos de estabilización deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales en los ejercicios 2017 a 2019. Del mismo modo las Administraciones Públicas podrán disponer en los ejercicios 2017 a 2019 de una tasa adicional de estabilización de empleo temporal de aquellas plazas que, en los términos previstos en la DT 4ª EBEP, estén dotadas presupuestariamente y, desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005, haya estado ocupadas ininterrumpidamente de forma temporal, resultándoles de aplicación lo dispuesto en dicha DT 4ª apartado tercero.

Por otra parte, la LPGE 2018 autoriza una tasa adicional de estabilización de empleo temporal que incluya las plazas de naturaleza estructural que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017 en los siguientes sectores y colectivos: personal de administración y servicios generales de investigación, de salud pública e inspección médica. Se exige que las OEP que articulen estos procesos de

¹¹⁴² Educación, sanidad, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, gestión tributaria y recaudación, gestión de prestaciones y políticas activas de empleo, letrados de la Administración de justicia, personal docente e investigador universitario,...

estabilización se aprueben en los diarios oficiales de los ejercicios 2018 a 2020. Aquí se insiste en que la articulación de estos procesos selectivos podrá ser objeto de negociación sin perjuicio de que se garanticen los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 19.9 Ley 6/2018). Tanto en el I como en el II Acuerdo citados se contempla que el tiempo de servicios se valore en la fase de concurso.

El último proceso de estabilización de empleo temporal tiene lugar por Ley 20/2021 y hay que enmarcarlo dentro del compromiso español de implantación de una reforma normativa, al término del primer semestre de 2021, que articule medidas eficaces, proporcionadas y disuasorias para poner fin a la excesiva temporalidad en el empleo público - Componente 11 Modernización de las Administraciones Públicas del PRTR-. Es fruto del *Plan de choque para reducir la temporalidad en las Administraciones Públicas*, acordado por sindicatos y Gobierno en julio de 2021. Esta reforma ha merecido un juicio favorable de la Comisión Europea, para quien estas medidas deberían contribuir significativamente a la reducción de la elevada proporción de contratos temporales que también se observa en el sector público. La publicación de esta norma se justifica también por otro motivo. La dilatada Jurisprudencia del TJUE sobre la *Directiva 1999/70/CE* –, en particular la STJUE de 3/6/2021 C-726/19 Asunto IMIDRA- propicia una nueva reflexión sobre determinados aspectos de la Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales - reflejada en la STS 28/6/2021 rec.u.d. 3263/2019-. A la luz de esta evolución se hace necesaria una intervención del legislador a fin de precisar el régimen jurídico aplicable, de forma que pueda conjugarse adecuadamente el efecto útil de la Directiva mencionada¹¹⁴³ con el aseguramiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

Así pues, las medidas contenidas en la Ley 20/2021 pretenden garantizar que las Administraciones Públicas inicien una senda de reequilibrio que aporte credibilidad a la evolución futura de la temporalidad en el empleo público, a fin de situar la tasa de

¹¹⁴³ PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021...op.cit. pág.7, duda de que con esta medida se esté dando cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE porque estamos ante procesos selectivos abiertos en los que el empleado público temporal probablemente participará junto a personas que no necesariamente han tenido una relación laboral temporal previa con la Administración. A su juicio se debería priorizar “la experiencia adquirida por el trabajador temporal en su respectiva Administración Pública y en el concreto puesto ocupado...es decir, valorar todos los años de servicio sin limitación de tiempo y la experiencia de la persona con mayor antigüedad, porque es la única manera de favorecer la estabilidad real del personal que ha venido siendo sujeto del abuso por la contratación temporal”.

cobertura temporal por debajo del 8% de las plazas estructurales (art.2.3 Ley 20/2021)¹¹⁴⁴. Se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las RPT, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente¹¹⁴⁵, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020¹¹⁴⁶ (art.2.1 Ley 20/2021).

A pesar de que la norma proclama que quieren consolidarse plazas, no personas, y por ello se habla de estabilización y en los procesos selectivos que las acompañan (procesos selectivos que garantizarán la libre concurrencia por lo que podrán participar aspirantes que no tengan la condición de empleados públicos temporales), el peso que se va a dar a la experiencia profesional en el sistema de selección va a suponer una ventaja que favorecerá a los que ya estén dentro (ocupando esas plazas) luego va a facilitar la consolidación de los sujetos que ya están “dentro”. No es necesario que estas plazas estén dentro de las RPT, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos pero sí que sean estructurales o estables, esto es, que atiendan a funciones ordinarias y recurrentes, permanentes o fijas en la Administración Pública de que se trate, esto es, necesidades de mano de obra permanente¹¹⁴⁷ y por ello resulte imprescindible que dejen de ser prestadas por personal temporal. Además, han de estar dotadas presupuestariamente porque no podrá derivarse incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos necesariamente plazas de naturaleza estructural

¹¹⁴⁴ Estos procesos de estabilización se aplican también a sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones y consorcios del sector público (DA 7ª Ley 20/2021). En palabras de BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en...op.cit.,pág.49, “la Ley 20/2021 aspira a la reconversión masiva y acelerada de toda la bolsa de temporalidad irregular del sector público”.

¹¹⁴⁵ ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*,pág.116, advierte que en el caso de los contratos por obra o servicio determinado no están dotados presupuestariamente y van al capítulo VI sin cargo a puesto, ni tampoco los puestos de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal o acumulación de tareas que van sin cargo a puesto, bastando con que exista crédito presupuestario.

¹¹⁴⁶ Conforme a la *Resolución de la Secretaría de Estado para la función pública sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (1/4/2022)*, a los efectos de estos supuestos de estabilización, no supone interrupción los períodos de tiempo en que la plaza haya estado vacante como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo los trámites administrativos correspondientes derivados del nombramiento o contratación de nuevo personal interino o laboral temporal tras el cese del anterior. En ese caso, podrá considerarse que no ha habido interrupción, siempre que la plaza vuelva a ocuparse efectivamente en un plazo no superior a tres meses.

¹¹⁴⁷ Esa misma Resolución explica que ha de tratarse de plazas relativas a funciones recurrentes que se integran en la actividad ordinaria y del normal funcionamiento de la Administración de que se trate, incluyendo por tanto, las plazas ligadas a programas o actuaciones que no gocen de sustantividad propia y diferenciada de la actividad ordinaria. Con carácter general, estas plazas se corresponderán con aquellas destinadas al ejercicio de competencias propias de la Administración correspondiente.

desempeñadas por personal con vinculación temporal (art.2.5 Ley 20/2021)¹¹⁴⁸. Así, por ejemplo, pueden incluirse las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos por sentencia judicial, siempre que las plazas cumplan con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural¹¹⁴⁹.

Para evitar dilaciones en estos nuevos procesos, se exige que las OEP que articulen los procesos de estabilización de las LPGE para 2017 y 2018¹¹⁵⁰, así como el nuevo proceso de estabilización, se aprueben y publiquen en los respectivos diarios oficiales antes del 1 de junio de 2022 (art.2.2 Ley 20/2021). Así pues, dentro de este plazo, las Administraciones Públicas junto con los sindicatos deberán haber identificado las plazas que reúnan los requisitos anteriores¹¹⁵¹ para incluirlas en esta oferta extraordinaria de empleo¹¹⁵². Como observa la doctrina, en estas mesas de negociación también podrá decidirse si las plazas se estabilizan con la condición de funcionario o de personal

¹¹⁴⁸ Indica RAMOS QUINTANA, M.I.: “Procesos de estabilización en el empleo público: ruptura de la Ley 20/2021 con la temporalidad abusiva del personal laboral y del funcionario interino”, *TyD*, nº 90, 2022, pág.5, que esos son los requisitos que se exigen a las plazas que vayan a ser objeto de estabilización. En otro caso, esas plazas, “*deben ser reorientadas a la tasa ordinaria de reposición, no pudiendo beneficiarse de las características de la oferta extraordinaria ni de los procesos selectivos que las van a acompañar*”. Ejemplo de ese tipo de plazas sería la de un funcionario interino por vacante o un laboral con un contrato de interinidad por vacante. También podrían incluirse en los procesos de estabilización, al considerarse temporales, las plazas de los indefinidos no fijos con origen en una contratación temporal irregular o abusiva o incluso en una cesión ilegal (pero no los que han llegado a tal condición fruto de una subrogación empresarial, según STS 28/1/2022 rec.3761/2020). Según esta STS no tendrán la consideración de indefinido no fijo tras una reversión de servicios públicos.

¹¹⁴⁹No podrán ser objeto de oferta aquellas plazas que tengan reserva de puesto a un funcionario o funcionaria de carrera o personal laboral fijo, tanto en los casos en los que exista reserva en ese puesto, como en los casos en que el nombramiento o contratación del personal temporal obedezca a la sustitución de personal funcionario de carrera o laboral fijo en situaciones administrativas en las que exista reserva de puesto de similares características. A PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los trabajadores...op.cit.*,pág.74, le plantea problemas la estabilización de los indefinidos no fijos porque aunque sus contratos tengan reconocida dotación presupuestaria, tras la declaración judicial de tal situación, y no teniendo porqué estar vinculados a una plaza concreta, puede que la plaza no la tenga. Otro problema que apunta BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de...op.cit.*,pág.334, es que muchos no cuentan con la resolución judicial que los reconoce como indefinidos no fijos.

¹¹⁵⁰ El art.2.1 Ley 20/2021 incluye también en este proceso las plazas afectadas por los procesos de estabilización previstos en los art.19.Uno.6 LPGE 2017 y art.19.Uno.9 LPGE 2018, en el caso de que habiendo estado incluidas en las correspondientes ofertas de empleo público de estabilización y llegada la fecha de entrada en vigor de la Ley 20/2021, no hubieran sido convocadas, o habiendo sido convocadas y resueltas, hayan quedado sin cubrir.

¹¹⁵¹ Deberá llevarse a cabo una interpretación estricta de las plazas que reúnen estos requisitos porque una interpretación amplia perjudicaría o iría en detrimento de los opositores del turno libre. En cuanto al carácter estructural de las plazas resulta más sencilla su determinación en el caso de personal funcionario; en el caso de personal laboral puede haber más dudas, por ejemplo, si se trata de puestos de trabajo que dependen de subvenciones, fondos o transferencias de otras Administraciones por su problemática financiación en el futuro para la Administración empleadora una vez sean plazas estructurales, BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de...op.cit., pág.69. En el mismo sentido añade MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.135, la limitación de los plazos o la ausencia de mayores concreciones en relación al alcance y el procedimiento de tales procesos.

¹¹⁵² PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021...op.cit.,pag.6.

laboral¹¹⁵³. La publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las OEP deberá producirse antes del 31 de diciembre de 2022. La resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024 (art.2.2 Ley 20/2021).

En los citados procesos se garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad; y podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y entidades locales (art.2.4 Ley 20/2021). Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso oposición, con una valoración en la fase de concurso de un 40% de la puntuación total¹¹⁵⁴, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate¹¹⁵⁵ pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el art.37.1.c EBEP. En el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización¹¹⁵⁶.

Una aportación llamativa de esta norma es la previsión del abono de una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio¹¹⁵⁷, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta

¹¹⁵³ RAMOS QUINTANA, M.I.: “Procesos de estabilización en...op.cit.,pág.7. No se precisa que mantengan el perfil, el régimen jurídico, original.

¹¹⁵⁴ CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*pág.46, detallan que, por ley, la fase de concurso tendrá que valorarse con un 40% de la puntuación total – ni por encima ni por debajo – no debiendo ser la experiencia o los servicios prestados el único mérito a valorar.

¹¹⁵⁵En relación con la experiencia, MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021...op.cit.,pág.4, subraya que, aunque mayoritario, no puede ser un mérito exclusivo y ha de referirse a un cuerpo, escala o categoría y no a un puesto concreto.

¹¹⁵⁶ Para ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*,pág. 115, se concilia así el derecho a promocionar del empleado público con la estabilización de las plazas temporales. Según la *Resolución de la Secretaría de Estado para la función pública*, dado que la Ley 20/2021 establece que pueden convocarse en el proceso de estabilización determinado número de plazas pero no obliga a que la estabilización tenga lugar en dichas plazas concretas, no existen obstáculos para ofertar en concurso de traslados a quienes ya sean funcionarios o funcionarias de carrera o personal laboral fijo, previamente a la adjudicación de las vacantes de la convocatoria de estabilización, las plazas ocupadas de forma temporal, o las que se creen a fin de desarrollar este proceso y ofertar en el proceso de estabilización las resultados generadas en dicho proceso.

¹¹⁵⁷CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y...op.cit.*,pág.48, advierten que esta compensación es diferente de la recogida en la DA 17ª EBEP. En este caso, se computa todo el periodo de tiempo en situación de interinidad o de contrato laboral temporal, a diferencia de la DA 17ª EBEP que lo limita al último nombramiento o al último contrato. Y en este sentido, CANAL FERNÁNDEZ, L.: “La Ley 20/2021...op.cit.pág.7, duda de que sea una medida adecuada que cumpla con la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE puesto que “al no tener en cuenta las condiciones profesionales del ocupante del puesto, sino

un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización. En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso (art.2.6 Ley 20/2021). Y esto último, como señala mayoritariamente la doctrina, podría no ser muy acorde con lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE. No obstante, y según doctrina judicial consolidada, en el caso de que este empleado público temporal tuviese la condición de indefinido no fijo tendría derecho a la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, aún en el caso de no participar en el proceso selectivo¹¹⁵⁸.

Se introducen medidas que faciliten el desarrollo de los procesos de selección en la Administración Local, sobre todo la de menor tamaño, puede presentar más dificultades para la celebración de cualquier proceso selectivo. Así, los municipios, especialmente aquellos con una capacidad de gestión más limitada, pueden encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo a las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (DA 1ª Ley 20/2021).

Junto a la que podemos calificar de convocatoria ordinaria de estabilización, se aprovecha esta norma para recoger una convocatoria excepcional o extraordinaria de estabilización de empleo de larga duración (DA 6ª Ley 20/2021). Las Administraciones Públicas convocarán, con carácter excepcional y conforme al art. 61.6 y 7 EBEP, por el

tan solo el dato de su cese por no haber obtenido plaza, se diluye la posible relación directa que esta compensación pudiera guardar con la eventual situación de abuso, viéndose por tanto privada de la especificidad requerida en los pronunciamientos del TJUE...". Puede consultarse también BOLTAINA BOSCH, X.: "Un análisis "DAFO" de...op.cit.,pág.71.

¹¹⁵⁸Vid ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.,pág.118*. De la misma opinión, vid PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los trabajadores...op.cit.,pág.128*.

sistema de concurso¹¹⁵⁹, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos establecidos en el art. 2.1 Ley 20/2021, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016. Estos procesos, que se realizarán por una sola vez, podrán ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y respetarán, en todo caso, los plazos establecidos en esta norma.

Sobre este concurso como proceso excepcional, cabe traer a colación la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (art. 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas. Además, este acceso ha de ordenarse de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la ley de la ciudadanía, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el art. 103.3 CE dispone (SSTC 67/1989, 27/1991 y 60/1994). De acuerdo con la Jurisprudencia constitucional, para que no quepa apreciar infracción alguna del principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos ha de tratarse de una situación excepcional, únicamente cabe acudir a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional y dicha posibilidad ha de estar prevista en una norma con rango legal (STC 12/1999, de 11 de febrero de 1999).

Del mismo modo, se posibilita que las Administraciones Públicas puedan nombrar personal interino en las plazas vacantes que se produzcan en el ejercicio presupuestario por jubilación, así como las plazas de necesaria y urgente cobertura (ej. bomberos, seguridad,...) que, de acuerdo con lo establecido en la correspondiente LPGE, no computen en la tasa de reposición de efectivos, con la finalidad de mantener una adecuada prestación de los servicios públicos. Esas vacantes ocupadas con personal interino se incluirán obligatoriamente en la OEP del ejercicio en que se haya nombrado dicho

¹¹⁵⁹ CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y ...op.cit.*, pág.154, concluyen que las plazas que se puedan acoger a esta DA 6ª Ley 20/2021 serán pocas por causa de los anteriores procesos de estabilización de las LPGE 2017 y 2018. Y además no se prevé compensación para los empleados públicos temporales que no superen el proceso y pierdan su empleo. A mayor abundamiento, puede consultarse TODOLI SIGNES, A.: “El acceso al empleo público a la luz de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público. Especial referencia a la valoración de los méritos”, *RVGPOP*, nº 22, 2022.

personal y si ello no fuera posible, en la oferta del año siguiente. Todo ello, en los términos previstos en la normativa presupuestaria (DT 3ª Ley 20/2021).

Tratando de introducir agilidad en estos procesos selectivos, se dispone que las Administraciones Públicas deben asegurar el cumplimiento del plazo establecido para la ejecución de los procesos selectivos mediante la adopción de las medidas apropiadas para el desarrollo ágil de los procesos selectivos, tales como la reducción de plazos, la digitalización de los procesos o la acumulación de pruebas en un mismo ejercicio, entre otras. Las convocatorias de estabilización que se publiquen podrán prever para aquellas personas que no superen el proceso selectivo, pero sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente, su inclusión en bolsas de personal funcionario interino o de personal laboral temporal específicas o su integración en bolsas ya existentes¹¹⁶⁰ (DA 4ª Ley 20/2021).

En relación con el personal docente universitario y no universitario y el personal estatutario o equivalente de los servicios de salud, la DF 2ª RD Ley 14/2021 (DF 2ª Ley 20/2021) establece un plazo de un año – que finalizó el 8 de julio de 2022- para adaptar la normativa aplicable a estos colectivos a los art.10, 11 y DA 17ª EBEP, de acuerdo con las peculiaridades de su régimen jurídico. De no llevarse a cabo la adaptación en este plazo, resultarán de plena aplicación los citados preceptos del EBEP¹¹⁶¹.

En cuanto al personal docente no universitario¹¹⁶², el *Real Decreto 270/2022, de 12 de abril, por el que se modifica el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes a que se refiere la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de educación, y se regula el régimen transitorio de ingreso a que se refiere la disposición transitoria decimoséptima de la citada ley aprobado por Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero* añade una DT 4ª al RD 276/2007 para la adaptación de esta norma a los procedimientos de ingreso en aplicación de la Ley 20/2021. Los procesos

¹¹⁶⁰Cree ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*,pág.118, que habrá de incluir a todos los participantes en el proceso para no vulnerar el principio de igualdad en el acceso al empleo público.

¹¹⁶¹ FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “La reducción de la temporalidad en el empleo público”, <https://www.net21.org/la-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico/> (visitada 25/6/2022) recuerda que estatutarios de los servicios públicos de salud y docentes no universitarios son “*ámbitos con competencias transferidas a las Comunidades Autónomas y con índices de temporalidad muy elevados*”. Vid también BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de...op.cit., pág.73.

¹¹⁶² NIETO ROJAS, P.: “El impacto de la reforma en...op.cit.,estudia cómo afectan estos procesos a la estabilización del empleo público temporal femenino. Advierte que tanto la DF 2ª RD Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público – que mantiene la DF 2ª Ley 20/2021 - como el RD 270/2022 limitan la estabilización en los sectores educativo y sanitario, sectores en los que el empleo femenino es mayoritario.

selectivos de ingreso que se convoquen para la ejecución de la estabilización de plazas ocupadas temporalmente prevista en el art.2 Ley 20/2021 consistirán en concursos oposición. La fase de oposición constará de una única prueba estructurada en dos partes que no tendrán carácter eliminatorio. En la fase de concurso, se valorarán la experiencia previa, la formación académica y otros méritos -la superación de la fase de oposición en la misma especialidad del cuerpo al que se opta, en anteriores procedimientos selectivos de ingreso en la función pública docente celebrados desde 2012, así como la formación permanente-. La puntuación global del concurso oposición resultará de la ponderación de un 60 % para la fase de oposición y de un 40% para la fase de concurso. Se considera que este diseño, conforme con las previsiones de la Ley 20/2021, permite una valoración adecuada y equilibrada de las competencias, formación y experiencia docente de las personas aspirantes, con pleno respeto a los principios constitucionales. Al mismo tiempo que permite una cobertura óptima de las plazas convocadas. Asimismo, el RD 270/2022 introduce una nueva DT 5ª en el RD 276/2007 con la que se va a regular el concurso excepcional de estabilización de empleo temporal de larga duración previsto en las DA 6ª y DA 8ª Ley 20/2021 y que va a afectar a todas las plazas de carácter estructural ocupadas de forma temporal con anterioridad a 1 de enero de 2016. El baremo para el concurso excepcional de méritos incluirá la valoración de la experiencia previa, la formación académica y otros méritos - superación de la fase de oposición en un procedimiento selectivo anterior y la formación permanente-.

En el caso del personal docente universitario, la DT 7ª LOSU establece que, antes del 31 de diciembre de 2024 y conforme a la Ley 20/2021, las Universidades deberán articular procesos de estabilización, por concurso, de las plazas de Profesores Asociados – que no computarán en la tasa de reposición- de acuerdo con las condiciones profesionales y de dedicación docente de hasta un máximo de ciento veinte horas. A nuestro entender este intento de estabilización del profesorado asociado tiene todo el sentido en relación con los falsos asociados, pero no con aquellos que desempeñan una actividad profesional externa, a la que dedican mayoritariamente su tiempo y de la que obtienen sus ingresos principales –en muchos casos, cuantiosos -. Esta generalización de situaciones muy heterogéneas, muchas de las cuales era preciso atender, lleva a estabilizar a trabajadores que quizás no tienen demasiado interés en ser estabilizados.

Los contratos de Profesores Asociados vigentes podrán renovarse en la mismas condiciones y con la misma dedicación docente hasta que las plazas estén incluidas en un

proceso de estabilización de los previstos en la Ley 20/2021, antes del 31 de diciembre de 2024. Para el supuesto de plazas de Profesor Asociado con dedicación docente superior a ciento veinte horas, las Universidades podrán articular procesos de estabilización que favorezcan el paso de Profesorado Asociado Doctor a la figura de Profesor Ayudante Doctor¹¹⁶³. Asimismo, todos estos procesos de estabilización plantean dudas ante el grave problema de financiación de muchas de las Universidades españolas¹¹⁶⁴.

Para el personal sanitario, el Real Decreto-ley 12/2022 no dispone otra cosa que el mandato al Ministerio de Sanidad, conforme al art.10 y 11 Ley 55/2003, dentro del ámbito de negociación con conocimiento de la Comisión de Recursos Humanos en su labor de planificación, para que inicie en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del RD Ley 12/2022 un proceso de negociación sindical para la actualización del Estatuto Marco. Este proceso negociador deberá concluir en el plazo de seis meses, que podrá ser prorrogable.

3.2.3. ¿Es esta la solución para poner fin a la temporalidad en el empleo público?

Es de justicia poner remedio a la situación de tantos empleados públicos en situación de continuada precariedad, sin embargo, la solución – calificada como “*consolidación exprés*”- para atajar de manera contundente la temporalidad en las Administraciones Públicas ha contentado a pocos¹¹⁶⁵. Los hay que consideran que el proceso bordea la inconstitucionalidad por la valoración que se hace de los méritos en el proceso ordinario- la normativa debería haber priorizado la capacidad sobre el mérito, por tratarse de un sistema más justo por ser más respetuoso con el principio de igualdad, de tal manera que para poder tener en cuenta los méritos alegados haya que demostrarse un mínimo de capacidad- y por el recurso exclusivo al concurso en el proceso que hemos denominado extraordinario. Esto produce un agravio comparativo con los empleados

¹¹⁶³ Novedoso los asociados doctores con dedicación superior a las ciento veinte horas, aunque necesitará de dotación económica suficiente, y queda reflejado como posibilidad, no como obligación para las Universidades.

¹¹⁶⁴ Vid también los procesos de adaptación que contempla la DT 8ª LOSU para profesorado no permanente.

¹¹⁶⁵ Por otros, vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.138. Se muestra muy crítico BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en la...op.cit.,pag. 75-76, apuntando que estos procesos afectan a los principios constitucionales de acceso al empleo público, que llevarán a una plantilla de miles de empleados públicos que han adquirido la condición de fijos o permanentes “*sin fase de oposición o una en que tenga un papel menor, residual o cosmético*”. Analiza también el problema de gestión y el trato discriminatorio a los temporales de menor antigüedad, que no se verán beneficiados por estos procesos y que deberán participar en procesos de acceso tradicionales con exigencias superiores.

públicos permanentes que han accedido a sus plazas de fijos tras superar un proceso selectivo con riguroso cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. También perjudicaría a aquellos ciudadanos que llevan tiempo dedicados al estudio y a la preparación de sus pruebas de acceso por turno libre – porque dificulta sus posibilidades de acceso - o a quienes aspiren a acceder al empleo público en el futuro¹¹⁶⁶. Pero asimismo, y por el contrario, hay otros que piensan que esta medida no es suficiente y defienden que la única solución es la fijeza y que la Ley 20/2021 no es conforme a la Directiva 1999/70/CE¹¹⁶⁷.

Se tiene la sensación de que con la publicación de la Ley 20/2021 y RD Ley 32/2021 no termina de solucionarse el problema de la temporalidad de nuestro empleo público¹¹⁶⁸- prueba de ello es la previsión de un tercer proceso de estabilización de empleo temporal por el art.217 RD Ley 5/2023- . Quizás para encontrar el remedio a la temporalidad en el empleo público no haya que ir muy lejos ni buscar soluciones innovadoras. La correcta aplicación de la normativa, por ejemplo, el EBEP, que ya cuenta con herramientas que pondrían coto a la indeseable precariedad en el empleo de funcionarios interinos y laborales temporales¹¹⁶⁹.

Nuestras Administraciones Públicas tienen un grave problema con la planificación del empleo. Es el propio EBEP el que se refiere a la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas para contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos

¹¹⁶⁶ A pesar de ser un mecanismo legal, crea desventaja en los que no han tenido la oportunidad de trabajar en una Administración y que para acceder a ella como permanentes habrán de participar en procesos selectivos ordinarios, vid BAQUERO AGUILAR, J.: “La temporalidad en las Administraciones Públicas: ¿un problema “aún/no” resuelto? Comentario crítico al Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción temporal del empleo público”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, nº 61, 2022, pág.405.

¹¹⁶⁷ Prestigiosos despachos profesionales, sindicatos minoritarios o alternativos y asociaciones de empleados públicos temporales que representan a miles de empleados públicos, como apunta BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en la...op.cit.,, pág.74.

¹¹⁶⁸ BAQUERO AGUILAR, J.: “La temporalidad en las Administraciones...op.cit.,pág.395. Para MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.110, “*los equilibrios que en esta materia realiza el legislador no transmiten la seguridad necesaria para llevar a cabo una reforma aceptada y profunda en la función pública española, centrándose en atender rápidamente a los distintos y, a veces, contrapuestos intereses de las Administraciones Públicas, la sociedad en su conjunto y los empleados públicos*”.

¹¹⁶⁹ Así lo cree NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo...op.cit.,,pag.10, quien destaca tres fases en la gestión de los recursos humanos. La elaboración de las RPT, concretando su régimen funcional o laboral, detallando las características de los puestos y los requisitos en cuanto a capacidades y habilidades para llevarlos a cabo. Redistribución del personal por medio de traslados, redistribución de efectivos. Y una OEP, previamente informada y negociada con los representantes de los empleados públicos, que responda fielmente a las necesidades de la Administración contratante; finalizando con pruebas selectivas que respondan a los requisitos de esos puestos de trabajo convocados.

disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución. Y de la necesidad de efectuar análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos¹¹⁷⁰ (art.69.1 y 2.a EBEP). Y eso también se le echa en cara a este proceso de consolidación, que ha querido reaccionar rápida y contundentemente a las sucesivas llamadas de atención de la Jurisprudencia del TJUE, pero que necesitaba ir precedido de un proceso de reflexión sobre las necesidades reales y, por lo menos a corto y medio plazo, de nuestras Administraciones Públicas. Quizás esta precipitación, en una plantilla envejecida, no ha permitido evaluar ni las bajas de empleados públicos que tendrán lugar en los próximos años por motivos de jubilación; ni tampoco las necesidades de incorporación cualitativa y cuantitativa de recursos humanos a medio plazo¹¹⁷¹. Ni la influencia que la digitalización y las nuevas tecnologías tendrán en buena parte de los puestos de trabajo del empleo público afectando tanto a las funciones asignadas al puesto de trabajo que el empleado público desempeña – por lo que se hace vital una formación permanente para su continua readaptación profesional a las nuevas competencias digitales-, y al tiempo de trabajo, lo que supondrá una modificación del diseño de las RPT. Una planificación bien elaborada proporcionaría información fiable cuantitativa y cualitativamente de los puestos de trabajo necesarios para un servicio público de calidad, eficiente y eficaz y aquellos otros que es preciso amortizar en aras a esa misma eficacia y eficiencia. El paso siguiente debería ser la publicación de la OEP¹¹⁷², que cumpliendo la ley, habría de ejecutarse en el plazo improrrogable de tres años (art.70.1 EBEP).

¹¹⁷⁰ Para NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo...op.cit., pág.4, la falta de una adecuada planificación condiciona la estructuración y ordenación de los puestos de trabajo de las RPT. En opinión de MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág. 117, “*la planificación estratégica pasa por implementar una planificación plurianual de la OEP y por abordar las necesidades cuantitativas...y cualitativas relacionadas con las nuevas competencias requeridas por los cambios tecnológicos que obligan a revisar los perfiles profesionales que necesite la Administración Pública*”.

¹¹⁷¹ La digitalización y la robotización de la Administración Pública se va a encontrar, en muchos casos, con la existencia de plantillas, con un excesivo número de personal de oficios y que probablemente no sean necesarios en el futuro, mientras, simultáneamente, se precisa de la incorporación de especialistas en inteligencia artificial, informática, matemáticas, big data,...

¹¹⁷² En este sentido vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del círculo del...op.cit., pág.142, apunta que la generalización de la digitalización y de la inteligencia artificial supondrán beneficios para el servicio público evitando tareas manuales repetitivas, reduciendo tiempos de espera,...Entiende que la generalizada estabilización de empleados temporales en plazas que plantea la Ley 20/2021, quizás en poco tiempo, dejen de ser necesarias, podría suponer más adelante un problema de eficacia y eficiencia, además de presupuestario, en la Administración Pública. Reclama la desvinculación de las OEP de la tasa de reposición “*para evitar el enquistamiento de la temporalidad*”.

La Administración ha de recurrir a la temporalidad para hacer frente a necesidades de mano de obra no permanente y ha de ser entendida, dentro de unos límites, como una herramienta más de gestión del empleo público¹¹⁷³. Esa regla de oro de la contratación laboral también ha de ser escrupulosamente respetada y exigida al empleador público. El exceso de temporalidad, lejos de ser una solución, se convierte en un grave problema tanto para la gestión de los recursos humanos de la Administración como para el servicio público que ofrece a los ciudadanos. La normativa laboral, tras el RD Ley 32/2021, y la Ley 20/2021 quieren reforzar las causas de temporalidad tanto en la contratación temporal como en los nombramientos de funcionarios interinos. No obstante, las peculiaridades de este sector del mercado de trabajo hacen comprensible, e incluso necesaria, la existencia de modalidades singulares.

El sistema de acceso al empleo público ha de cumplir con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y la normativa vigente pero ha de dejar de ser parte del problema del abuso en la temporalidad. Parece que las Administraciones comienzan a plantearse – como se ha dicho ya- la simplificación de los procesos selectivos para que sean menos dilatados en el tiempo o más adecuados a los puestos de trabajo a cubrir, pero sin dejar de ser respetuosos con los principios constitucionales de acceso¹¹⁷⁴.

Los responsables de recursos humanos en las Administraciones Públicas deben actuar con riguroso respeto a la normativa laboral y administrativa de empleo público¹¹⁷⁵. Las decisiones en materia de contratación de personal laboral y el nombramiento de funcionarios deben responder al interés general y no pueden ser adoptadas con

¹¹⁷³ BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en la...op.cit., pag. 75.

¹¹⁷⁴ Vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág. 117.

¹¹⁷⁵ Alerta NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo...op.cit.,, pág.5, de la carencia en nuestro empleo público de algún órgano que controle el desarrollo de los procesos de selección para mejorar su eficacia y agilidad (plazos, trámites,...); de la inadecuación de los procesos selectivos a las necesidades reales de los puestos objeto de la convocatoria –“*rígidos en sus fases, contenidos de las pruebas o temarios*”- que se prolongan excesivamente en el tiempo. Reclama entre otras medidas para controlar la temporalidad, más control en las convocatorias de plazas temporales, “*con intervención de la Administración competente en Hacienda y Función Pública así como con un órgano con capacidad de seguimiento que pudiera identificar y, en su caso, exigir responsabilidades que se ha desvinculado de la mala gestión de personal*”. Y “*exigencia efectiva de la responsabilidad disciplinaria y rendición de cuentas al personal y autoridades de la Administración Pública, ... junto con la última garantía y amparo de los tribunales de justicia...*” También BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización....op.cit.*, pág.121, señala que la temporalidad pone en riesgo la necesaria imparcialidad del empleado público y puede generar dependencia de éste respecto a su Administración empleadora. Sin embargo, entiende que es justo que estos empleados públicos temporales en precario puedan regularizar su situación; al mismo tiempo que lamenta que la normativa siga sin contemplar medidas efectivas para evitar que esta situación se repita en el futuro y que los incumplimientos queden prácticamente impunes.

arbitrariedad, por motivaciones políticas o de conveniencia personal. La normativa es muy rigurosa con el empresario privado y le penaliza severamente cuando éste vulnera la ley. Ser más condescendiente con el empresario incumplidor, cuando éste es una Administración Pública, resulta un agravio comparativo difícilmente comprensible. La Administración debería ser un ejemplo de sujeto cumplidor del ordenamiento jurídico, al que se debe someter en su actuación, y exigir realmente responsabilidades de todo tipo a los responsables de personal. En este sentido, y aunque el EBEP enumera los deberes, los principios éticos y de conducta de los empleados públicos, es necesaria una mayor concreción en la normativa de cada una de las Administraciones Públicas para que el contenido de la DA 17ª.2 EBEP no se quede en un mero papel mojado. Ya hemos dicho que la lacra de la excesiva temporalidad afecta a la calidad de los servicios públicos y debilita el funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho.

Aunque la DA 17ª EBEP quiere ser una solución, para la doctrina administrativista, las medidas de control y responsabilidad siguen sin ser suficientes y sigue sin abordarse lo que verdaderamente puede considerarse, como ya se ha dicho, causa del problema: la mejora de la gestión y planificación del empleo público¹¹⁷⁶. Nuestro sistema de empleo público carece de una cultura de la planificación de sus recursos humanos y parece preferir el recurso de la contratación temporal que la aplicación de medidas de flexibilización para atender a las necesidades de mano de obra urgentes – sigue sin apreciar *“la importancia que tiene la permanencia del empleado público como garantía de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”*¹¹⁷⁷-. Asimismo, hubiera sido un buen momento para derogar la DT 4ªEBEP – que ya no tendría virtualidad – e incorporar al EBEP una figura *“de consolidación estable”* para que diese cobertura a potenciales procesos de consolidación de empleo público temporal, que pese a los buenos propósitos del legislador de la Ley 20/2021 para reducir la temporalidad, podrían ser necesarios en el futuro¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁶ Por otros, MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.111.

¹¹⁷⁷ Para MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021...op.cit., pág.3, *“no es infrecuente ver que sobran empleados en determinados sectores o unidades administrativas y faltan en otras sin que sea fácil el movimiento de unas a otras manteniendo la permanencia como empleado público por lo que se acude a los nombramientos temporales de empleados públicos incrementándose el número de efectivos con un resultado no deseable ni desde el punto de vista del gasto”*.

¹¹⁷⁸Vid CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y ...op.cit.,pág.35.*

CAPÍTULO 8: El trabajador indefinido no fijo

1. Introducción

La mayor modalización en el empleo público de los efectos de contratación temporal laboral anómala, irregular o abusiva— superación de la duración máxima, omisión de requisitos formales o de alta en la Seguridad Social,... - tiene lugar con la conversión del trabajador temporal de la Administración Pública en indefinido no fijo de plantilla, y no en fijo de plantilla.

En efecto, en el empleo privado son conceptos sinónimos el de fijeza y el de indefinición y así, el ET en su nuevo art. 15.1 dispone que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido; si bien, como se ha dicho, a continuación posibilita que puedan celebrarse, en supuestos tasados, contratos de duración determinada. En el empleo laboral de la Administración Pública se identifica un *tertium genus*, de tal modo que el EBEP habla de contratos fijos, indefinidos o temporales, no teniendo el contrato fijo el mismo régimen jurídico que el contrato indefinido (art.11.1 EBEP). Recuérdese que el contrato laboral fijo en el empleo público – el equivalente al fijo o indefinido del empleo privado – es aquel que se ha celebrado con un trabajador que ha superado un proceso selectivo, respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, de acceso a un puesto de trabajo fijo. Este contrato es el de mayor estabilidad posible dentro del colectivo de trabajadores laborales de la Administración Pública – grado de estabilidad sólo superado por los funcionarios de carrera-.

Pese a las limitaciones de la normativa a la contratación laboral temporal, la Administración Pública ha venido haciendo un uso profuso de estas modalidades contractuales¹¹⁷⁹. Sabido es que la temporalidad en nuestro mercado de trabajo, tanto en

¹¹⁷⁹ Para MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimiento y efectos”, *Revista Derecho Social*, nº 14, 2001, pág.196, es la principal responsable del aumento de temporalidad en la contratación en España, sin embargo no quiere renunciar a ella por la gran flexibilidad que le proporciona en la gestión de sus recursos humanos. Crítica MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La consolidación de...pág. 157, el “*recurso abusivo y fraudulento que realiza el poder público de las figuras que le brinda la legislación laboral para cubrir sus puestos de trabajo, sin respetar, ni los límites causales, ni los temporales, que ordena el Derecho del Trabajo para su correcta utilización...una de las principales causas de la temporalidad en España es su uso abusivo por la Administración Pública*”. Por su parte, PINAZO HERNANDIS, J.: “Reflexión sobre...op.cit, habla “*de la actitud descuidada y arbitraria de la Administración Pública, y sobre todo de alguno de sus gestores, que de forma reiterada y amparándose en una supuesta situación de privilegio y poder han actuado de forma irresponsable consagrando el abuso de derecho y el fraude de ley como técnicas habituales de contratación, como*

el sector privado como en el público, es uno de los mayores lastres para nuestra economía¹¹⁸⁰. Y que el empleado público laboral contratado temporalmente tiene derecho a la protección que las antecitadas herramientas del Derecho del Trabajo pueden ofrecerle, dado que la actuación de la Administración Pública debe responder siempre al principio de legalidad y de prohibición de la arbitrariedad. Es así que el trabajador temporal de la Administración Pública ha recurrido a la protección de los Tribunales en búsqueda de la conversión de su contrato en indefinido cuando ha entendido que se encontraba en alguno de los supuestos protegidos por la normativa laboral. Al trabajador indefinido no fijo¹¹⁸¹ se dedican las páginas siguientes.

2. Origen jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo

El nacimiento de esta compleja figura se produce fruto de la evolución del intento de los Tribunales de conciliar el principio de legalidad y la normativa laboral con los

remedio para suplir la falta de una adecuada planificación de plantillas desconocedora de los elementales principios de Derecho...”

¹¹⁸⁰Enumera MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del...op.cit.,pág.195, las principales causas de temporalidad en nuestro país: “*la incentivadora acción legislativa de las últimas décadas; la flexible interpretación de esta normativa por los Tribunales; la prácticamente inexistente función fiscalizadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la abusiva utilización de estas modalidades contractuales por parte de los empleadores, tanto privados como públicos...el principal motivo que justifica la ausencia de verdadera voluntad para su erradicación es que la contratación temporal se ha convertido en una de las principales fórmulas de flexibilización de las condiciones laborales en nuestro país*”. Para LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: “Límites a la...op.cit.,pág. 27, los motivos de expansión de la temporalidad en el empleo público, entre otros, serían: las restricciones en las tasas de reposición que han reducido el empleo estable favoreciendo; su menor coste económico; su mayor “*ductibilidad y sumisión*”; la conversión por los Tribunales de los contratos temporales fraudulentos en indefinidos no fijos;... Muy crítico, SERRANO PASCUAL, A.: “Situación actual del...op.cit., pág.1, se lamenta que “*no se encuentra entre las prioridades de la política, sino que se considera un instrumento manejable caprichosamente, creyendo incorrectamente que el principio electivo es título suficiente para desconocer el principio selectivo, igualmente de base constitucional, y que la igualdad de oportunidades, el mérito y la capacidad, la objetividad, la imparcialidad, la inamovilidad y el funcionamiento eficaz y eficiente, corolarios de dicho principio selectivo, han de ceder ante la politización de los servidores públicos*”.

Con los Acuerdos para la Mejora del Empleo Público de 2017 (http://www.hacienda.gob.es/AreasTematicas/FuncionPublica/Relaciones_Laborales_y_Dialogo_Social/Dialogo_social/Acuerdos_OS/29-03-17-Acuerdo-Gobierno-y-OO-SS-para-la-mejora-del-Empleo.pdf) y de 2018 (<https://osta.es/wp-content/uploads/2018/03/II-ACUERDO-PARA-LA-MEJORA-DEL-EMPLEO-P%9ABLICO.pdf>) se trata de avanzar en la estabilidad en el empleo público, reduciendo simultáneamente la temporalidad. Un comentario puede consultarse en <https://rafaeljimenezasensio.com/2018/03/12/vision-critica-del-ii-acuerdo-para-la-mejora-del-empleo-publico/> (todas las páginas consultadas el 2/9/2018). Tendencia que acentúa la *Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público*.

¹¹⁸¹ Recuerda MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y...op.cit., pág. 21, que surge en los 1990, coincidiendo con la expansión del sector público y el desmedido recurso a la temporalidad en el empleo, con una Administración que parece obviar las reglas de la contratación laboral temporal. Eran otros tiempos, los años de la alegría de la burbuja económica, y se toleraba “*el hecho de disparar con pólvora del rey*”, como reconoce ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, nº 40, 2015, pág. 86.

principios constitucionales de acceso al empleo público¹¹⁸². Esto es, la denominada relación laboral indefinida no fija es una creación jurisprudencial, surgida a finales del año 1996, 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. Tal efecto colisionaría con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público, tanto funcionarial, como laboral- principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad-. Como sostiene la Jurisprudencia, “*la relación laboral indefinida no fija pretende solucionar el conflicto entre dos principios opuestos: la estabilidad en el empleo cuando se vulneran las normas que disciplinan el contrato temporal y el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad*”¹¹⁸³. A grandes líneas, en esta evolución pueden destacarse las fases que ahora, brevemente, se enumeran¹¹⁸⁴.

Inicialmente se valora la especial posición de las Administraciones Públicas en la contratación laboral de carácter temporal y se diferencia entre meras irregularidades e irregularidades especialmente calificadas en este tipo de contratación. Como regla general, se concluye que, 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*

¹¹⁸² Entre la abundante bibliografía puede consultarse: SALA FRANCO, T.: “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial*, nº3, 1986; CARRATALÁ TERUEL, J.L Y LABADO SANTIAGO, J.M.: “Los efectos de la irregular...op.cit.”; SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Contrato temporal para obra o servicio determinado: delimitación y efectos de su irregular celebración en las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, tomo II, 1996, BIB 1996\1424; OLLO LURI, M.P. y GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L.: “La contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas; especial referencia a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra”, *AS*, Vol.V, 1999, BIB 1999\1615; NICOLÁS BERNAD, A.: “La contratación temporal irregular en la Administración Pública: evolución jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2000; LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, 2001, pág.129 y ss VALVERDE ASECIO, A.J.: “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales*, nº 86, 2006, pág. 210 y ss.

¹¹⁸³ STS 25/11/2021 rec.2337/2020.

¹¹⁸⁴ En el análisis de esta evolución jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo resultan interesantes las SSTS 20/1/1998 rec.317/1997 y 21/1/1998 rec.315/1997. En la misma línea se sitúan las SSTS 20/4/1998; 20/10/1999; 8/2/2000 y 29/5/2000. Para más detalle puede consultarse también BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de...op.cit.,pág. 2 y ss; LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (Comentario a la STS 27/5/2002)” *RL*, nº 23, 2002, LA LEY 2906/2002; PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 225-243; ALZAGA RUIZ, I.: “Las irregularidades esenciales en la contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitarias”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio Trabajo e Inmigración, Vol. I, 2009, pág. 427 y 428.

prórrogas, la atribución con carácter indefinido”, que debe proveerse de acuerdo con los principios de publicidad y mérito (vid STS 27/11/1989)¹¹⁸⁵.

Con posterioridad se aclara que, aunque la irregularidad en la contratación temporal no puede tener como efecto la transformación en indefinido de ese contrato temporal, sin embargo, sí que puede calificarse como una interinidad de hecho ya 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”*¹¹⁸⁶.

Poco después, la STS 18/3/1991 considera que las Administraciones Públicas están plenamente sometidas a los límites que la normativa laboral establece sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación pueden determinar la adquisición de la fijeza¹¹⁸⁷.

Sin embargo, la creación jurisprudencial del indefinido no fijo¹¹⁸⁸, como figura diferenciada del trabajador fijo o indefinido, tiene lugar con la STS 7/10/1996¹¹⁸⁹. Esta línea doctrinal parte del reconocimiento de la posición especial de las Administraciones Públicas, en materia de contratación laboral temporal, ya que las irregularidades de los

¹¹⁸⁵Entre otras la STS 27/11/1989 cita las SSTS 9/10/1985; 21/2/1986; 24/4/1986; 4/6/1986; 4/7/1986; 5/7/1986; 2/3/1987; 9/4/1987; 13/7/1987; 7/7/1988. Vid BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos en la Administración pública”, *Aranzadi Social*, nº 4/2002, BIB 2002\533, que distingue entre incumplimientos especialmente cualificados (fraude de ley o irregularidades sustanciales) de los meros incumplimientos o infracciones formales.

¹¹⁸⁶ SSTS 7/2/1990; 24/4/1990 y 18/7/1990.

¹¹⁸⁷La STS 18/3/1991 reconoce que no es posible eludir el art. 15 ET y las demás normas reguladoras del contrato de trabajo temporal y sus limitaciones como fuentes reguladoras y mediatamente generadoras de derechos y obligaciones para las Administraciones Públicas, si bien con la salvedad de que la fijeza que pudiese alcanzarse no permite alterar la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional. Esta línea doctrinal de la STS 18/3/1991 es seguida por otras muchas sentencias posteriores – SSTS 27/1/1992; 6/5/1992; 18/5/1992; 23/10/1992; 26/10/1992; 22/9/1993; 3/11/1993; 22/2/1994; 8/6/1995; 17/7/1995; 20/7/1995; 26/10/1996; 30/11/1996 y 5/12/1996;...- Como recuerda RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma...op.cit.,pág.151, esta Jurisprudencia de los noventa entiende que, nacida la relación laboral, y para no violentar el principio de legalidad, resulta plenamente aplicable el ordenamiento laboral por lo que el Derecho Administrativo debe limitarse al estadio preliminar al contrato de trabajo.

¹¹⁸⁸Cree MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La consolidación de...op.cit.,pág. 157, tomo 1, Ed. La Ley (LA LEY 2042/2003), pág. 6, que el poder judicial se ha extralimitado en su función de aplicación del Derecho con la creación de esta nueva figura del indefinido no fijo, que debería, como poco, tener un respaldo normativo que dota de nuevo sentido a conceptos medulares del Derecho del Trabajo.

¹¹⁸⁹MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y...op.cit.,pág. 19, quien considera a esta figura “*sorprendente y artificial*” e “*insólita y anómala*”. En palabras de ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos...op.cit.,pág.87, esta “*monstruosa figura...acaba legalizando superficialmente el fraude de ley...lo que resulta difícil de encajar en un ordenamiento jurídico coherente, lo que explicaría los bandazos jurisprudenciales de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo...*”

contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza. De ser así se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público. Y es que nos encontramos ante una materia en la que concurren normas de distintos ordenamientos - el laboral y el administrativo-, que obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos, e incluso contradictorios, y que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil. Por una parte, el ordenamiento laboral defiende la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. Por otro lado, el ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional.

Ante esta concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan. Las normas sobre acceso al empleo público tienen carácter imperativo y debe sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Con ello no se consagra la arbitrariedad, ni se incurre en ningún tratamiento privilegiado a favor de la Administración, pues es la propia ley la que establece esta consideración especial¹¹⁹⁰.

¹¹⁹⁰Vid ATC 858/1988 de 4 de julio en el que afirma que "*es evidente que la contratación de personal laboral por la Administración no debe verse sujeta, por imperativo del art.14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración Pública, es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales (art. 23.2 y 103.3 CE) y, en todo caso, a mandatos legales justificados por las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad en el ingreso como personal al servicio de la Administración*".

Todo lo anterior le lleva a concluir que la contratación laboral en la Administración Pública, al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad, impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición que solo puede obtenerse tras una contratación por el procedimiento reglamentario, y a considerarlos como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido¹¹⁹¹.

El carácter indefinido del contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato¹¹⁹².

Esta línea jurisprudencial se reafirma en sentencias como las SSTs 20 y 21/1/1998 - que cuentan con un interesante voto particular¹¹⁹³-, y, poco después, se reconoce en el EBEP. Sin embargo da pie a pensar que el Derecho del Trabajo concibe esta medida de conversión del contrato temporal en indefinido como una sanción al empresario

¹¹⁹¹STS 7/10/1996 rec. 3307/1995. Doctrina reiterada en las SSTs 10/12/1996 rec. 1989/1995; 30/12/1996 rec. 637/1996; 14/3/1997 rec. 2974/1996; 24/4/199 rec. 3581/1996. Recuerda RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *AS*, Vol.3, nº 12, 2010, pág. 38, que la creación de esta figura se adecúa a la Directiva 1999/70/CE y que el TJUE admite “exclusiones a la transformación automática en fijos de los trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones...deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer su objetivo”.

¹¹⁹²Crítico con esta figura ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos...op.cit.,pág. 89 y ss., analiza las posibilidades de resolución que tenía el Tribunal. Prevalecer el interés general sobre el privado, aunque de carácter social, del trabajador afectado declarando la nulidad del contrato y la consecuente indemnización del trabajador y la reclamación de responsabilidades a los encargados de la contratación irregular por un posible prevaricación. Optar por la prevalencia del interés privado sobre el público y aplicar plenamente el ordenamiento laboral calificando la situación como de fijeza. Y, la que finalmente se adopta, equilibrar ambos intereses a través de la creación jurisprudencial de la figura del indefinido no fijo.

¹¹⁹³Voto particular a la SSTs 20 y 21/1/1998 en el que, básicamente, se defiende la plena aplicación del ordenamiento laboral calificando la situación como de fijeza. No es posible aceptar la separación entre trabajadores fijos y trabajadores contratados por tiempo indefinido, ni en las relaciones laborales con las empresas privadas ni en las concertadas con las Administraciones, pues dichos términos en el Derecho del Trabajo expresan la misma idea. Ni del art. 15 ET, ni de los arts. 11 y 12 ET, ni de ningún otro precepto puede concluirse diferencia entre trabajadores fijos y trabajadores contratados por tiempo indefinido. Cuando se habla de trabajador "fijo", se está indicando la "fijeza" o firmeza de su relación con la empresa, es decir su permanencia o carácter indefinido; en absoluto se alude con este término a la particular conexión del empleado con el puesto de trabajo que ocupa. Un trabajador fijo puede cambiar perfectamente de puesto de trabajo a lo largo de su vida laboral, sin que por ello se altere su condición ni el carácter de su contrato. No existe, por tanto, diferencia relevante de significado entre una y otra expresión.

incumplidor que, además, proporciona estabilidad en el empleo del trabajador temporal afectado por el deficiente cumplimiento de la norma de su empleador; no obstante, la aplicación de esta herramienta, según la interpretación de esta consolidada línea jurisprudencial, se desvirtúa en el ámbito del empleo público. Desprotege al trabajador temporal de la Administración Pública, ya que permanece en un limbo de indefinida temporalidad hasta que se produzca la cobertura reglamentaria de su plaza, y constituye un ejemplo de agravio comparativo en relación con los temporales de la empresa privada que pueden ver estabilizada su situación -con la fijeza de su relación contractual-.

Además, esta solución del ordenamiento laboral aplicada a la Administración Pública, no cumple eficazmente con su función sancionadora para desincentivar el comportamiento empresarial¹¹⁹⁴. Por el contrario, los efectos de este comportamiento de transgresión de la norma laboral proporcionan gran flexibilidad a la Administración Pública¹¹⁹⁵ ya que, dentro de su facultad de autoorganización, puede decidir convocar la cobertura de la plaza que ocupa el indefinido no fijo con carácter inmediato o incluso amortizarla o, por el contrario, y en algún caso en connivencia con el trabajador indefinido

¹¹⁹⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La consolidación de...op.cit.,pág. 157, tomo 1, Ed. La Ley (LA LEY 2042/2003), pág. 6-7, lo califica de solución no equilibrada “en la protección de los intereses en juego, favoreciendo precisamente al sujeto que infringe la normativa y otorgando una muy escasa protección a quién resulta plenamente ajeno a la transgresión jurídica,...la Administración Pública se ve beneficiada en la gestión de los recursos humanos por las figuras contractuales que le proporciona la normativa laboral pero no perjudicada por las consecuencias previstas por la legislación social, cuando se contraviene gravemente la misma”. Solución que, lejos de combatir el problema de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, incrementa y favorece en exceso para las Administraciones el recurso a la contratación temporal. Literalmente lo califica de “sacrificio excesivo e irrazonable de la aplicación de la normativa social que resulta contrario al principio constitucional de legalidad al que se encuentra sometida la Administración Pública en su actuación”. Queda la sensación de que la Administración recurre a su antojo al Derecho del Trabajo cuando le beneficia, pero evita las consecuencias de su aplicación cuando le perjudica, alegando entonces vulneración de las normas administrativas y constitucionales. Interesante también la lectura de SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, pág. 233, quien recuerda que la conversión en indefinido no fijo y la posterior percepción de una indemnización en el caso de extinción de su contrato por amortización o por cobertura reglamentaria del puesto de trabajo ocupado por el indefinido, cumplen una función reparadora o indemnizatoria para el trabajador afectado. Si bien estas medidas no previenen ni sancionan eficazmente la actuación abusiva de la Administración empleadora. Es por ello que plantea una compensación adicional al trabajador por parte de su empleador.

¹¹⁹⁵ Vid MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y...op.cit.,pág. 21. Entre otros MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del...op.cit.,pág.202-203, advierte de que “la Administración no está obligada a disponer las medidas necesarias para la cobertura de las vacantes y ni siquiera está obligada a ofertar todas sus vacantes, sino sólo las que considere convenientes...el régimen de gestión de plantillas constituye una facultad de la Administración que viene configurándose con un carácter progresivamente más discrecional”. En opinión de MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier, 3ª ed, 2014, pág. 76, este mal ejemplo de la Administración en el cumplimiento de la normativa social podría reducirse a través de una auditoría laboral o social, con base en el Derecho de la UE, con el objetivo de conseguir una mayor eficiencia y transparencia en las Administraciones Públicas de los estados miembros (Anexo apartado 1.3.4 Decisión 2006/702/CE del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a las directrices estratégicas comunitarias en materia de cohesión).

no fijo¹¹⁹⁶ y en detrimento de los ciudadanos con legítimas aspiraciones de acceder a un empleo público, dilatarse *sine die* en el tiempo¹¹⁹⁷. Es por ello que parte de la doctrina alerta del peligro de encontrarnos ante un ejemplo de *spoil system*¹¹⁹⁸, especialmente cuando, de forma masiva, se solicite judicial o extrajudicialmente la conversión en indefinido no fijo, contando en algún caso con el respaldo de la negociación colectiva¹¹⁹⁹. Se advierte de que esta figura, que convalida un comportamiento antijurídico de la Administración Pública, nacida en un contexto económico y social mucho más permisivo con la corrupción y el fraude, tiene poco sentido en una etapa posterior que aboga por la transparencia y el control del gasto. Y se propone, como medida desincentivadora del crecimiento imparable de indefinidos no fijos, declarar la nulidad de la contratación temporal fraudulenta y, además, exigir responsabilidades a los encargados de dicha contratación¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ Concibe BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de...op.cit.* pág.119, al indefinido no fijo como un caso de desnaturalización de los principios de acceso al empleo público. De llegar a esta situación por un uso deliberadamente fraudulento por parte del empleador público, el indefinido no fijo se vería beneficiado de cara a futuras convocatorias de acceso o de consolidación, por ejemplo, en cuanto a su formación, o al tiempo de servicios prestados para la Administración.

¹¹⁹⁷ Tras la conversión en indefinido no fijo, como indica la Jurisprudencia, por otras, vid STS 2/4/2018 rec 27/2017, la Administración debe o bien proveer la plaza o, en otro caso, proceder a su amortización. Por otras vid STS 30/5/2007 rec.5315/2005 que puntualiza que la empleadora no “*puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo...cuanto más tiempo persista la plaza sin ser convocada mayor es el incumplimiento del empleador*”.

¹¹⁹⁸ Vid RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, nº 391, 2015, pág. 179.

¹¹⁹⁹ Apunta DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Bomarzo, 2016, pág. 67-68, que, en algún caso, el convenio colectivo pretendía reconocer la condición de fijos por el mero hecho de haber sido contratados temporalmente por un determinado periodo de tiempo o por tener reconocida la condición de indefinido no fijo, a partir de un determinado momento. Se rechaza esta posibilidad al entender que acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección y sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal, vulnera las normas y los principios de igualdad de acceso de todos los ciudadanos y deja sin aplicar las reglas de selección en función del mérito y la capacidad (STS 14/12/2009 rec. 1654/2009).

¹²⁰⁰ ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos...op.cit., pág.85 y ss, recuerda que no existían normas como *Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social; Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Y comenta como en algún Tribunal se ha debatido la posibilidad de exigir responsabilidades penales por comisión de un delito de prevaricación administrativa del art.404 CP. Exigencia de responsabilidades salvo que la conversión en indefinido no fijo sea fruto de un proceso de subrogación del art. 44 ET, en opinión de BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de...op.cit.,. También SALA FRANCO, T.: “Acerca de la extinción de la relación laboral especial de las Administraciones Públicas”, *Trabajo y Derecho*, nº 42, 2018, pág.5, opina que la indemnización por extinción del contrato del indefinido no fijo debería ser abonada por el responsable – político o funcionario público – de tal contratación con base en el art.1902 y ss CC.

En este sentido, merece la pena destacar tanto la DA 34ª LPGE 2017¹²⁰¹ como la DA 43ª LPGE 2018. Expresamente exigen que los contratos de trabajo de personal laboral en las Administraciones Públicas y en su sector público, cualquiera que sea la duración de los mismos, se formalicen siguiendo lo establecido en el ET y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con los previsiones de la correspondiente LPGE, siéndoles de aplicación los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y debiendo respetar en todo caso lo dispuesto en la *Ley 53/1984 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades. Las citadas disposiciones hacen responsables a los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas del cumplimiento de la citada normativa, y en especial, les encarga velar para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Poco después, como ya se ha comentado, la Ley 20/2021 incorpora una DA 17ª EBEP que también responsabiliza del cumplimiento de la normativa sobre contratación laboral temporal a las Administraciones Públicas. Las actuaciones irregulares darán lugar a la exigencia de las responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. Asimismo, todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho.

3. Recepción normativa de la figura del trabajador indefinido no fijo.

Con la publicación del EBEP se produce, según la doctrina mayoritaria, el reconocimiento legal expreso de la figura de creación jurisprudencial del indefinido no fijo¹²⁰². Si bien, aunque es una postura minoritaria, hay quien entiende que la referencia

¹²⁰¹La DA 34ª LPGE 2017 dispone que “*las Administraciones Públicas promoverán en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de esta disposición...*”. Habrá que ver cuál es la implicación de cada una de las Administraciones Públicas para evitar las irregularidades en la actuación de sus órganos competentes en materia de personal.

¹²⁰² Lo que se considera una de las novedades del EBEP, vid por otros MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación laboral de las Administraciones Públicas: puntos críticos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 2000, pág.79. Recuerda PINAZO HERNANDIS, J.: “Reflexión sobre la...op.cit., que la redacción actual del art.8 y 11 EBEP, ya con la incorporación del vocablo “indefinido”, tiene origen en las enmiendas del PNV. Del mismo PINAZO HERNANDIS, J.: “Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2009, nº 770. Para MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y...op.cit.,pág. 23, “*la respuesta del EBEP fue, no sólo limitada, sino confusa, o cuando menos muy ambigua*”.

al “*indefinido*” del art.8 y 11 EBEP no puede ser el colofón y la convalidación legal de los efectos de una mala praxis del empleador Administración Pública y que, en realidad, tiene que ver con la relación laboral especial de profesores de religión en centros públicos¹²⁰³. Salvedad hecha de esta mención en los art.8 y 11 EBEP - y de la derogada DA 15ª ET¹²⁰⁴ que de manera implícita se refería a este colectivo-, no resulta fácil encontrar referencias en la normativa a la figura del indefinido no fijo. Sí se recoge expresamente una mención a este colectivo de “trabajadores indefinidos no fijos” en los art.19.4 – al indicarse que los trabajadores indefinidos no fijos no computan dentro del límite de plazas de la tasa de reposición- y en la ya mencionada DA 34ª.Dos LPGE 2017 y art.19.Dos.7 y DA 43ª.Dos LPGE 2018. Y posteriormente, y en semejante sentido, en la DA 3ª RD 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de empleo público para el año 2019 y el art.19.6 Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, al regular la OEP para 2021, indica que no computarán para el límite máximo de la tasa de reposición las plazas correspondientes a personal indefinido no fijo por sentencia judicial. Mención que se repite en el art.20.Uno.6 Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2022.

Hay que decir que la negociación colectiva también ha ido incorporando expresamente en su ámbito de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos¹²⁰⁵. Sin olvidar que les resulta de aplicación, como después se abordará, normativa comunitaria tal como la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada¹²⁰⁶ y la

¹²⁰³ Parte de la doctrina entiende que lo que pretende ser un remedio puntual para adaptar al ámbito del empleo público laboral los efectos del incumplimiento del empresario laboral, por vulneración de la norma laboral, no puede tener este reconocimiento o convalidación legal. Es de esta opinión, por otros, PINAZO HERNANDIS, J.: “Reflexión sobre la...op.cit. La inclusión de esta mención al indefinido, entendiéndola como dirigida a los profesores de religión, acogería la doctrina de la STC 38/2007, de 15 de febrero y también la STS 22/7/2013 rec. 1380/2012. Se coincide en la opinión de ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos...op.cit.,pág.100, quien razona que, aunque el término se introduce inicialmente para incorporar al profesorado de religión, en la redacción final del EBEP no se añade ninguna mención específica a ese colectivo, por lo que habría de entenderse incluido al personal laboral indefinido no fijo.

¹²⁰⁴ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, incorpora una DA 20ª ET, en la actualidad DA 15ª ET, de adaptación de lo dispuesto sobre límites de duración de los contratos por obra o servicio y del encadenamiento de contratos a las Administraciones Públicas, cuyos apartados 1 y 2 posteriormente deroga el RD Ley 32/2021, a la que ya nos hemos referido supra.

¹²⁰⁵ VALLECILLO GÓMEZ, M.R.: “El personal “indefinido no fijo” y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº404, 2016, pág.20.

¹²⁰⁶ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015, pág. 233, quien recuerda que el trabajador indefinido no fijo se incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE, como por ejemplo se indica en el ATJUE 11/12/2014 C-86/14 Asunto Huétar Vega.

Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, 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 centros de actividad.

A raíz esta omisión o dejadez del legislador, el estatuto jurídico de este precario colectivo de empleados públicos laborales indefinidos no fijos va construyéndose a base de oscilantes remiendos por la Jurisprudencia social¹²⁰⁷. Cabe indicar que en esta labor jurisprudencial se advierte que la existencia del trabajador indefinido no fijo – calificado también como indefinido no fijo de plantilla – corre en paralelo a la del trabajador temporal con contrato de interinidad por vacante ya que, con frecuencia y con el afán de una mayor protección de estos trabajadores, las soluciones adoptadas para uno de los dos colectivos se han contagiado o extrapolado al otro y viceversa¹²⁰⁸. Ante esta situación y con escaso éxito, la doctrina¹²⁰⁹ viene reclamando la regulación normativa de las condiciones de trabajo de los indefinidos no fijos que, como se ha dicho, con alguna exigua excepción – derogada DA 15ª.1 ET y de las sucesivas normas presupuestarias-, ni el EBEP ni la normativa especial laboral proporcionan. A continuación, pretende sintetizarse el régimen jurídico de estos trabajadores que se deduce, en gran parte, de estas decisiones judiciales¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ Se ha criticado mucho la dejación del legislador a la hora de regular las condiciones de trabajo de los indefinidos no fijos. Esta pasividad, que genera gran inseguridad jurídica, conlleva que sea el poder judicial y la negociación colectiva quienes tengan que ir dibujando, trazo a trazo, el boceto del particular régimen jurídico de estos empleados públicos. Por otros, vid LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.196. Literalmente, MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y...op.cit.pág. 19, se refiere a que el origen del indefinido no fijo “*patológico o cuando menos profundamente anómalo jurídicamente, ha ido acompañando a esta forma de acceso y mantenimiento en el empleo, que paulatinamente ha perdido aún más nitidez por obra de un legislador inefectivo y una jurisprudencia confusa, hasta llegar a grados elevados de confusión e incoherencia normativa y jurisprudencial*”.

¹²⁰⁸ En VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales y...op.cit.,pág.62

¹²⁰⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La consolidación de...op.cit.,pág. 1, alerta de la necesidad de una “*norma estatal dentro del ordenamiento laboral...que debe ser aplicado en virtud del principio de legalidad, cuando se decide utilizar el contrato de trabajo por el poder público*”, ya que la ausencia de previsión expresa en la normativa de contratación laboral temporal aboca a los jueces a resolver caso a caso la concurrencia entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral, que es el que debería aplicarse conforme al principio de legalidad. Y se proporciona a la Administración un grado de flexibilidad superior al que goza el empresario privado. Asimismo, para RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág.168, “*se echa de menos una regulación detallada de su régimen jurídico y solvente los problemas surgidos en aspectos claves como son su distinción de otras figuras afines o las normas aplicables a la extinción del contrato*”.

¹²¹⁰ RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág.170, “*la doctrina científica y jurisprudencial en ocasiones acerca la figura a un contrato temporal y en otras a una relación fija, aunque siempre con singularidades*”.

4. Vías de acceso a la condición de indefinido no fijo

La mayoría de las veces, el acceso a la condición de indefinido no fijo se producirá como efecto, aunque modulado, de la aplicación de las garantías previstas en la normativa laboral en favor de la estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales. Sin embargo, no son éstas las únicas vías de conversión en indefinido no fijo ya que se ha convertido en la solución o comodín¹²¹¹ a la que ha querido recurrirse para conciliar, en el ámbito del empleo público laboral, la aplicación de otras medidas de protección previstas en el Derecho del Trabajo con los consagrados principios constitucionales de acceso de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Cuando la garantía ofrecida por el ordenamiento laboral sea la fijeza de una relación laboral, y con independencia de que estemos o no ante un trabajador con un contrato de duración determinada, en el empleo público laboral habrá que hablar de conversión en indefinida no fija de esa persona trabajadora.

Antes de abordar estas vías de conversión en indefinido no fijo quiere repararse en dos cuestiones. En primer lugar, la solución del indefinido no fijo no se limita al personal laboral de las Administraciones Públicas sino que resulta de aplicación a todo el sector público, incluidas, por lo tanto, las sociedades mercantiles públicas, aun no tratándose de Administraciones Públicas ni entidades de Derecho público. El razonamiento para llegar a esa conclusión parte de sentencias como la STC 8/2015, de 22 de enero, en la que se recuerda que dentro del sector público cabe distinguir el sector público administrativo del sector público empresarial. En este segundo se incluyen las entidades públicas empresariales (art.103.1 Ley 40/2015) y las sociedades mercantiles estatales (art.111 y ss Ley 10/2015). Pues bien, como se ha dicho, la conversión en indefinido no fijo se produce por la imposibilidad de considerar fijo a quien no ha accedido a un puesto de fijo en el empleo público tras un procedimiento reglado de selección regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, conforme al art.55 EBEP. Y este precepto tiene como destinatarios a las Administraciones Públicas, entidades y organismos a que se refiere el art.2 EBEP (art.55.2 EBEP), mas hay que aclarar que esta norma no regula el acceso a la función pública sino al empleo público, que es un concepto más amplio. El Tribunal Constitucional razona que, aun cuando los trabajadores de las sociedades mercantiles no estén comprendidos entre los relacionados en el art.2 EBEP,

¹²¹¹ Así lo califica BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos. Una figura encrucijada*, Bomarzo, 2021, pág.59.

porque su ámbito de aplicación son las entidades de Derecho Público, la DA 1ª EBEP dispone la aplicación de los principios contenidos en los art.52, 53, 54, 55 y 59 EBEP a las entidades del sector público estatal, autonómico y local que no estén incluidas en el ámbito de aplicación el art.2 EBEP y que estén definidas así en su normativa específica¹²¹².

Por lo tanto, si en el acceso a las entidades del sector público rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la DA 1ª en relación con el art. 55.1 EBEP, estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 EBEP. El concepto jurídico entidad del sector público estatal incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 EBEP, integran el sector público institucional. La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad. Así se ha aplicado a entidades del sector público estatal, aunque con algún voto particular, reclamando la fijeza por entender que les resulta de plena aplicación el Derecho Privado (ej.AENA vid SSTS 18/6/2020 rec. u.d. 2811/2018; 1/3/2021 rec. u.d.1911/2018; 25/5/2021 rec.u.d. 3672/2018; Correos y Telégrafos STS 22/2/2007 rec.3353/2005; RTVE SSTS 24/7/2008 rec.3964/2007; 18/5/2021 rec.3830/2019 y rec.3135/2019 ...).

En segundo lugar, la conversión en indefinido no fijo tiene lugar por sentencia judicial y no puede la Administración Pública reconocer unilateralmente tal condición¹²¹³. La exigencia de reclamación judicial previa puede producirse bien en el caso de un trabajador temporal que solicita su conversión en indefinido no fijo o bien interpone

¹²¹² El tenor literal de la DA 1ª EBEP indica que al referirse a las entidades del sector público estatal no se limita a las entidades de derecho público del art.2 EBEP, porque, en caso contrario, esa DA 1ª EBEP no tendría ningún contenido puesto que las entidades de derecho público ya están incluidas en su ámbito de aplicación conforme al art. 2 EBEP. Consiguientemente, cuando la normativa específica, aplicable a las sociedades mercantiles públicas, las encuadre en el sector público estatal, les serán aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad. Vid, por otras, SSTS 17/9/2020 rec.1408/2018, 27/2/2020 rec.85/2018; 18/9/2014 rec.2320/2013 y rec.2323/2013; 20/10/2015 rec.172/2014; 6/7/2016 rec.229/2015.

¹²¹³ Por otros, vid ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*,pág.37.

demanda de despido para que se reconozca su condición de indefinido no fijo calificándose el despido de improcedente¹²¹⁴. Así se deducía de la DA 26ª LPGE 2017 cuando impide a la Administración Pública considerar como empleado público del art.8 EBEP al trabajador de una adjudicataria saliente en el que deben subrogarse¹²¹⁵. En la actualidad, como se dirá, tal DA ha sido declarada inconstitucional sin embargo esa misma redacción se sigue manteniendo la DA 43ª Dos LPGE 2018 – los órganos competentes en materia de personal no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial¹²¹⁶-. Lo que no parece que tenga mucho sentido en el caso de que sea la propia normativa la que imponga a la Administración la obligación de hacerse cargo de esos trabajadores¹²¹⁷.

Cabe recordar también que, tras el reconocimiento por sentencia judicial de la condición de indefinido no fijo, la Administración Pública habría de decidir entre crear la plaza – de no existir previamente¹²¹⁸- en la RPT y a continuación incluirla en la OEP para su provisión reglamentaria – selección a la que podría presentarse el indefinido no fijo con el riesgo de no ser el candidato seleccionado finalmente para ocuparla – o amortizarla– poniéndose fin a la relación laboral de este trabajador¹²¹⁹-.

¹²¹⁴RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 391, 2015, pág.169.

¹²¹⁵ El nacimiento de esta modalidad contractual no se produce por un acuerdo de voluntades sino que es consecuencia de la declaración judicial reconociendo su indefinición, tras una irregularidad de la empleadora, así lo indica MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos...op.cit, pág. 21.

¹²¹⁶Señala BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz de asunto IMIDRA y del RD Ley 14/2021”, *Temas Laborales*, nº 159, 2021, pág.57, que, como han de ser los afectados los que acudan a los Tribunales para el reconocimiento de su condición de indefinidos no fijos, es habitual que opten por mantenerse en esta situación de precariedad por largo período de tiempo. Ya que, una vez reconocidos judicialmente como tales, la Administración podría decidir su amortización o la convocatoria de un proceso selectivo.

¹²¹⁷ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en el sector público: aspectos generales” en BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M. (Dir.): *Las relaciones laborales del sector público*, Tirant lo Blanch, 2019, pág.548, advierten de la incoherencia que supone que cuando las Administraciones incumplen la obligación de subrogarse, existiendo cuando tal obligación, los afectados deben impugnar la decisión para ser declarados indefinidos no fijos. Y, al mismo tiempo, las Administraciones, conscientes de la obligación de subrogarse, no puedan aplicar de forma directa tal consecuencia, quedando afectada la continuidad del servicio público mientras el trabajador formula su reclamación. Razona BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos...op.cit.*,pág.98, que habría que distinguir la conversión en indefinido no fijo por irregularidades cometidas por la Administración de los supuestos en que es la norma la que está imponiendo esa condición de fijo (ej.art.44 ET).

¹²¹⁸El indefinido no fijo no tiene por qué estar vinculado a un puesto de trabajo, por lo que tampoco tiene que estar contemplado en la RPT.

¹²¹⁹ Por ello, para RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público...op.cit.,pág.172, “la puerta inicial de entrada del trabajador en el sector público puede acabar convirtiéndose en una puerta

4.1. Adquisición de la condición de trabajador indefinido no fijo por aplicación de las garantías en favor de los trabajadores temporales.

Como acaba de decirse, la mayoría de los empleados públicos indefinidos no fijos lo son por aplicación de alguna de las medidas de protección en favor de los trabajadores temporales que recoge el ET, bien por irregularidades en la contratación o bien por un uso abusivo, anormal o anómalo de la citada contratación temporal. Antes del RD Ley 32/2021, recuérdese que esto se producía en los siguientes supuestos:

-Por incurrir en un supuesto de fraude de ley del art.15.3 ET. Básicamente, es el caso de la Administración Pública que recurre de forma desviada a la contratación temporal – contratos por obra o servicio determinado o contratos eventuales, por ejemplo - cuando su necesidad de mano de obra es permanente¹²²⁰.

-Por celebrar un contrato de trabajo temporal porque así lo es la necesidad de mano de obra, respetando todos los requisitos constitucionales y legales de acceso al empleo público, pero superar los plazos máximos de duración de éste o de los plazos de sucesión o encadenamiento de los mismos (art.15.1.a y 5, 49.1.c ET)¹²²¹, contando con las especialidades que recogía para el empleo público la DA 15º.1 y 3 ET.

• Por celebrar un contrato temporal sin respetar los requisitos de forma escrita (art.8.2 ET) o no llevando a cabo el alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para para el período de prueba (art.15.2 ET) y no desvirtuar la presunción iuris tantum en favor de la indefinición del contrato al no poder demostrar que la relación laboral lo es por tiempo determinado.

giratoria de salida para ese mismo trabajador, que verá como la Administración amortiza el puesto o lo provee con una persona diferente...”

¹²²⁰ STS 19/7/2017 rec.3884/2015, por otras. SSTS 29/12/2020 rec.240/2018; 27/1/2021 rec.1613/2018, 8/9/2020 rec.4192/2017;... O trabajos de colaboración social vid SSTS 27/12/2013 rec.2798/2012 y 3214/2012, 22/1/2014 rec.3090/2012 y 6/5/2014 rec.906/2013. Contrato eventual o interino para cubrir vacaciones SSTS 30/10/2019 rec.1070/2017; 10/11/2020 rec. 2323/2018; contrato de obra o servicio vinculado a la duración de una contrata SSTS 29/12/2020 rec.240/2018; 27/1/2021 rec. 1613/2018; subvención no justifica contrato por obra o servicio SSTS 8/9/2020 rec.4192/2017, 4/3/2020 rec.2165/2017; 18/12/2020 rec.907/2018. Sucesivos contratos eventuales por circunstancias de la producción y contrato por obra o servicio celebrados en fraude de ley –para labores permanentes, normales y constantes - convierten la relación en indefinida no fija en STS 1/7/2014 rec.1988/2013. Sin embargo no se considera al trabajador indefinido no fijo al no advertir fraude de ley por celebrar un contrato por obra o servicio en lugar de un contrato de interinidad por vacante, cuando la necesidad de mano de obra era temporal como así se hizo constar por escrito en el contrato y la trabajadora es cesada por cobertura reglamentaria de la plaza, tras un procedimiento de selección que ella no superó, vid STS 19/5/2009 rec.746/2008.

¹²²¹ SSTS 3/12/2013 rec.816/2013; 22/7/2013 rec.1380/2012; 19/11/2018 rec.3665/2016.

Con la entrada en vigor del RD Ley 32/2021 y la Ley 20/2021 se producen algunos cambios relevantes en relación con los supuestos en los que puede surgir esta figura – por ejemplo, la sustitución en el art.15 ET del vocablo “indefinido” por el término “fijo”. Así, adquirirán la condición de fijas las personas contratadas incumpliendo lo dispuesto en el art.15 ET¹²²². Puede observarse que el art.15.4 ET se diferencia del derogado art.15.3 ET ya que éste presumía –iuris et de iure – por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

Del mismo modo, adquirirán la condición de fijas las personas trabajadoras que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido el período de prueba. O las que en un período de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal –aplicable también en los supuestos de sucesión o subrogación empresarial-. Así como la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un período de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con ETT (art.15.5 ET).

Lo dispuesto en este precepto, como ya se ha dicho, resultaría de aplicación a las Administraciones Públicas – con algunas particularidades que han sobrevivido a la modificación de la DA 15ª ET o derivadas de la existencia de modalidades contractuales con regímenes especiales- pero el efecto no podría ser la conversión en fijo sino en indefinido no fijo.

Dicho esto, hay que recabar de nuevo en la DA 17ª EBEP. Resultan de interés, por una parte, que el EBEP declara nulo de pleno derecho todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte

¹²²² La superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiriera la condición de fijo (SSTS 25/11/2021 rec. u.d. 2337/2020; 2/7/2020 rec.4195/2017; 17/9/2020 rec.154/2018; 26/1/2021 rec.71/2020; 5/10/2021 rec.2748/2020). Por el contrario, en STS 16/11/2021 rec.3245/2019 sí que reconoció la condición de trabajadora fija de AENA a una empleada que había superado un proceso selectivo para la cobertura de plazas fijas, sin obtener plaza, pasando a la bolsa de candidatos con reserva.

de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal (DA 17ª.3 EBEP). Por otra parte, en su apartado 5, se indica que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en la DA 17ª.4 EBEP, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica.

Estas previsiones – abordadas en otros apartados de este trabajo- hacen plantearse a la doctrina si sigue siendo posible la transformación de trabajadores públicos temporales en indefinidos no fijos por superación de los plazos máximos de duración del contrato de duración determinada. Aunque el potencial número de trabajadores indefinidos no fijos se reduzca de manera muy relevante, la DA 17ª Ley 20/2021 centra su atención en el incumplimiento de los plazos de permanencia, pero no cierra la puerta al nacimiento de indefinidos no fijos por otros incumplimientos del art.15 ET, por ejemplo, como la falta de causa justa para la celebración de la contratación temporal o las que no hubieran sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el período de prueba.

4.2. Otras formas de acceso. La Administración Pública como cesionaria en supuestos de cesión ilegal.

De este modo es posible que una persona se convierta en trabajador indefinido no fijo en los supuestos en los que la Administración, valiéndose de la *Ley de Contratos del Sector Público*, celebre un contrato administrativo con un trabajador autónomo y esa relación resulte, finalmente, declarada laboral¹²²³. O en los que se ocupe una plaza de funcionario¹²²⁴. O como efecto de una cesión ilegal de trabajadores en la que participe, de alguna manera, la Administración Pública¹²²⁵ (art.43.4 ET).

¹²²³ LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: “Límites a la...op.cit.,pág. 37 y 40, alerta del recurso a esta como vía supone la consideración de los mismos como personal laboral. A estas vías de acceso añade CAMPOS DAROCA, J.M.: *La extinción de...op.cit.,pág.311*, “*la continuación de la prestación a la Administración por trabajadores de una empresa de trabajo temporal*” que preste servicios para una Administración. Ejemplos de falsos autónomos en la contratación con la Administración, vid SSTSJ Murcia 27/10/2020 rec.192/2020, Madrid 14/5/2020 rec.961/2019; 27/9/2019 rec.294/2019, País Vasco 29/1/2019 rec.46/2019.

¹²²⁴ STS 28/3/2019 rec.2123/2017. Vid BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: Indefinidos no fijos...op.cit.,pág.95.

¹²²⁵ Aunque directamente no son contratados por la Administración Pública, es abundante la Jurisprudencia que ampara a los trabajadores afectados por una cesión ilegal que plantean acción declarativa o de despido para que se les reconozca la condición de indefinidos no fijos (vid SSTS 19/6/2002 rec. 3846/2001; 11/12/2002 rec. 639/2002; 28/10/2003 rec.4878/2002), en RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit., pág. 170. Vid también BARRAGÁN MORALES, J.L. y VILA TIerno, F.: “Cesión ilegal...op.cit.,pág.150 y ss.

Vamos a detenernos brevemente en este último supuesto. Como indica el art.43.1 ET, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan. Luego, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, fuera del marco jurídico de una ETT, constituye un acto ilícito del que se derivan responsabilidades.

El art.43.2 ET aclara que se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

La apreciación de la cesión ilegal es extremadamente compleja por lo que es necesario ceñirse al caso concreto, pues suelen ser muy diversas las situaciones que se dan en la práctica¹²²⁶. Para apreciar la existencia o no de cesión ilegal, la doctrina judicial¹²²⁷ señala que hay que tener en cuenta, en primer lugar, si existe una mera puesta a disposición de los trabajadores o, por el contrario, la empresa contratista ejerce, respecto de los trabajadores como verdadero empresario, manteniendo el control, la organización y la dirección de la actividad laboral. Si el control de la actividad de los trabajadores sigue en manos de la empresa subcontratada y no se ha trasladado a la principal, en todo aquello que incide en la organización del trabajo y el efectivo ejercicio de las facultades empresariales en el amplio abanico de decisiones y actuaciones que eso conlleva. En la práctica ello se traduce en que siga siendo la empresa subcontratada quien lo mantenga en materias tales como: la distribución de tareas; determinación de los turnos; vacaciones; descansos; aplicación de las facultades disciplinarias; etc... Es decir, en el ejercicio de todas aquellas facultades organizativas y directivas que competen el verdadero empleador de los trabajadores bajo cuyo ámbito de organización y dirección desempeñan realmente su actividad.

En segundo lugar, si resulta imprescindible que la contratista empleadora sea una verdadera empresa con infraestructura organizativa suficiente y adecuada. Y, en tercer

¹²²⁶ STS 26/10/2016 rec.u.d.2913/2014

¹²²⁷ Por otras, vid STS 12/1/2022 rec.u.d.1903/2020

lugar, el contratista debe asumir un verdadero riesgo empresarial, siendo la contrata una actividad específica, delimitada y diferente de la actividad desarrollada por la empresa principal.

Asimismo, identifica el Tribunal Supremo en el fenómeno de la cesión ilegal tres negocios jurídicos coordinados: un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal¹²²⁸. Asimismo, destaca nuestro Tribunal que la esencia de la cesión no se halla en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización, sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia¹²²⁹. De forma que aparece en la posición contractual de empresario quien realmente no la ostenta, es decir, lo que sucede es que quien se apropia efectivamente de los frutos del trabajo, dirige éste y lo retribuye no es formalmente empresario, porque su lugar está ocupado por un titular ficticio.

Esto es, requiere de la falta de verdadera cualidad empresarial en la entidad cedente, bien porque ésta carezca de organización o medios, o porque no desempeñe actividades empresariales. Y, aunque la cesión puede realizarse abiertamente, lo que suele ser más habitual, bajo la apariencia de una contrata de obras o servicios, pretendiendo encubrir una contrata de mano de obra. También podría producirse en los supuestos en los que la ETT facilita mano de obra a una usuaria fuera de los supuestos legalmente previstos¹²³⁰.

En los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, el ordenamiento sanciona a cedente y cesionario con responsabilidades de naturaleza administrativa (art.8.2 y 18 y 19 LISOS) e incluso penal (art.312 CP), para cuya exigencia están legitimados los trabajadores y sus representantes en la empresa o centro de trabajo. Sin perjuicio de estas responsabilidades, cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones contractuales contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social (art.43.3 ET y 168.2 LGSS). Además, la normativa laboral prevé que los trabajadores víctimas de esta

¹²²⁸ STS 11/2/2016 rec.u.d.98/2015

¹²²⁹ SSTs 19/6/2012 rec.u.d.2200/2011, 11/7/2012 rec.u.d.1591/2011,...

¹²³⁰ STS 3/11/2008 rec.u.d.1697/2007.

cesión ilegal tienen derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal (art.43.4 ET).

Con importantes matices, el instituto de la cesión de trabajadores es aplicable al personal laboral de la Administración. Si bien, en el caso de que la cesionaria sea un Administración Pública, el trabajador afectado podrá optar por convertirse en trabajador de dicho ente público, no obstante su condición no podrá ser la de fijo, sino la de indefinido no fijo¹²³¹. Y no ha de ser la fijeza porque el ingreso en la Administración – cesionaria- se produce por una vía distinta de las previstas como válidas en la normativa de empleo público, esto es, sin cumplir con las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad¹²³².

Aunque poco habituales, podría producirse esta situación cuando la Administración, mediante la aplicación de la normativa de contratación del sector público, se relaciona con otros empresarios de cuyos trabajadores por cuenta ajena recibe prestaciones de servicios¹²³³. En estos casos, existiría cesión ilegal si la Administración dirigiese y organizase las funciones profesionales de los trabajadores en su propio centro de trabajo, fiscalizando y controlando tal actividad, sin que la empresa cesionaria actuase en modo alguno, esto es, no desempeñase funciones de dirección y organización propias de todo empresario. Esto es, resultaría que la Administración a la que se prestasen los servicios es la que se presentaría ante los trabajadores como único empresario. Aunque dadas las exigencias que la normativa de contratos del sector público requiere para la

¹²³¹ Vid, por otras, STS 18/5/2021 rec.u.d. 646/2019 que reconoce la cesión ilegal entre TRAGSA (empresa pública) y la Consejería de Política Territorial, Sostenibilidad y Seguridad del Gobierno de Canarias.

¹²³² Vid STS 27/12/2002 rec.u.d.1259/2002. Recientemente, no obstante, la STSJ Baleares 17/03/2020 rec.326/2019 resuelve que no es legalmente aceptable que quien ha adquirido ya la condición de trabajador fijo pueda ver su contrato laboral transformado en otro de carácter temporal o sometido a condición por el simple hecho de que la cesionaria sea una Administración Pública. La pretendida transformación en una relación laboral de carácter indefinido no fijo conculca la doctrina contenida en la STJUE 13/6/2017 Asunto C-317/18 Correira Moreira. Resolución en la que se declaró que la Directiva 2001/23, en relación con el art. 4 apartado 2 TUE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un Ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario.

¹²³³ SSTS 19/5/2022 rec.320/2021; 23/2/2022 rec.u.d.3248/2019,...

celebración de este tipo de contratos con la Administración Pública, la existencia de cesiones ilegales en el sector público es mucho menor que en el sector privado¹²³⁴.

4.3. Subrogación en supuestos de reversión de servicios públicos: trabajadores indefinidos no fijos y otras categorías de trabajadores

Si bien el análisis de los procesos de reversión de servicios públicos y todas sus consecuencias, escapan del objetivo de nuestro trabajo, sí que es preciso abordarlos, aunque de soslayo, porque han venido siendo fuente de origen de trabajadores indefinidos no fijos. Así que, a grandes rasgos, comenzaremos recordando que la Administración Pública puede gestionar los servicios públicos de manera directa o indirecta.

En efecto, aunque se trata de una norma dirigida a la Administración Local, la LRBRL enumera las diferentes fórmulas para prestar los servicios públicos que tienen encomendados estas Administraciones Públicas¹²³⁵. Los servicios públicos, como indica el art.85 LRBRL, deberán gestionarse de la forma más sostenible y eficiente mediante gestión directa o indirecta. La gestión directa puede ser llevada a cabo por la propia Administración Pública, por un organismo autónomo de ésta, por una entidad pública empresarial de la Administración o por una sociedad mercantil de la Administración, cuyo capital social sea de titularidad pública. En el caso de que la gestión de los servicios públicos sea indirecta ha de encomendarse a empresarios privados, a través de los contratos administrativos de la LCSP. Cualquiera que sea la fórmula de gestión por la que

¹²³⁴VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales y ...op.cit.,pág.51. También puede producirse entre diferentes entes públicos. Así, en la STS 8/2/2022 rec.5078/2018 se declara ilegal la cesión entre dos entes públicos y se le reconoce a la trabajadora el derecho a integrarse en la plantilla del Ayuntamiento o del servicio Andaluz de empleo como personal indefinido no fijo. De la cesión ilegal no puede derivarse la fijeza, aunque la trabajadora superase un proceso selectivo para un puesto de trabajo de personal temporal. Por el contrario, se ha entendido que no existe cesión ilegal cuando la empresa subcontratada mantiene el control de la actividad y aporta una infraestructura personal y material relevante (Ej.SSTS 12/1/2020 rec.u.d.1903/2020 y 1307/2020; 6/4/2022 rec.u.d.2524/2019, 7/2/2022 rec.u.d. 175/2020,...Para evitar incurrir en este tipo de situaciones se articulan herramientas como las *Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores*, Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (28/12/2012).

¹²³⁵ RUANO VILA , J.V.: “Formas de reversión y gestión de los servicios públicos” en TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág.426, recuerda que en el caso de optar por la gestión directa, la Administración titular del servicio público, dirige y controla la prestación del mismo, además de asumir el riesgo. Por el contrario, en la gestión indirecta, es el empresario privado quien dirige, controla la prestación y quien asume el riesgo. A mayor abundamiento puede consultarse CASTILLO BLANCO, F.A.(Dir.) y VILA TIERNO, FA. (Coord): *Público y privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, INAP, 2019;_VIÑAS XIFRA, J.: “Causas para externalizar...op.cit.,pág.16-182

finalmente se opte, se encuentra con las limitaciones del art.9.2 EBEP en cuanto al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

El recurso a técnicas de gestión indirecta de servicios públicos tiene su auge con la crisis de 2008¹²³⁶. Los dirigentes políticos del momento entienden que la colaboración público privada a través de la llamada “*externalización de servicios públicos*” puede ser una buena solución para, en un contexto de recursos escasos, servir al interés general racionalizando los existentes y proporcionando mayor eficiencia en la gestión de los mismos¹²³⁷. Se acude así a un tipo de gestión de los servicios públicos en la que, manteniendo la Administración Pública la titularidad del servicio, la gestión de éste se encomienda a terceros mediante contratos o subcontratos o concesiones administrativas. De este modo, se generaliza la subcontratación de actividades públicas muy variopintas como pueden ser la limpieza viaria, la recogida de basuras, el servicio de agua potable, el alcantarillado o la depuración de aguas, la ayuda a domicilio, el servicio de ambulancias de la sanidad pública,...

Como en el fondo esta opción no deja de estar conectada con unas determinadas opciones ideológicas o políticas, con los gobiernos del cambio¹²³⁸ – formados por partidos

¹²³⁶En la historia reciente, las Administraciones transitan de un modelo a otro de gestión de los servicios públicos. Apunta, RUANO VILA J.V.: “Formas de reversión...op.cit., pág.400, que en Europa en el siglo XIX son empresarios privados los que llevan a cabo la mayoría de los servicios públicos, sin embargo, la deficiente calidad de los mismos hace que las Administraciones se replanteen prestarlos por ellas mismas. Tras la II Guerra Mundial, con el surgimiento del Estado Social es éste quien presta los servicios públicos. Corrientes de ideología neoliberal conducen a que, durante los ochenta, se inicien procesos de externalización porque se piensa que la gestión pública es ineficaz. En la actualidad el proceso es el inverso. Se prefiere la gestión directa porque la Administración Pública puede llevar a cabo una gestión con la misma o mayor calidad que el sector privado, éticamente agrada más los ciudadanos y la transparencia, la rendición y el control por parte de éstos puede ser mayor;... A mayor abundamiento puede consultarse CARAZO LIÉBANA, M.J.: “Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 27, 2011; MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)”, *La Ley Unión Europea*, nº 53, Wolters Kluwer, 2017.

¹²³⁷ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios a la Administración Pública: puntos críticos desde la perspectiva laboral” en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Ministerio Trabajo y Economía Social, 2021, pág.417, recuerda que la opción por una u otra depende de criterios legales de eficiencia, sostenibilidad financiera y ambiental, además de factores sociales y políticos. Como apunta MELIÁN CHINEA, L.M.: “La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 447, 2020, pág.75, es una medida de descentralización productiva que es manifestación de flexibilidad interna y externa. Cree DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales...op.cit.*,pág.12, que no siempre ha tenido como objeto principal de controlar el gasto.

¹²³⁸ Advierte PONCE SOLÉ, J.: “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena Administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, 2016, pág.70, que estos cambios políticos, en algunos casos, erróneamente se reducen a un “tema pura y únicamente ideológico, como históricamente también ha venido considerándose en no pocas ocasiones su opuesto, la privatización de los servicios públicos”.

políticos de izquierda surgidos de las urnas a partir de 2015- se cree necesario poner fin a estas “*privatizaciones de los servicios públicos*” y que la Administración recupere su gestión para una prestación de los mismos de mayor calidad y eficiencia¹²³⁹. Esa recuperación o esta vuelta a la gestión directa de los servicios públicos, que va a suponer que sean empleados públicos de la Administración que tiene encomendada la prestación del servicio los que los presten, es lo que se conoce como *reinternalización, reversión, reasunción* o, incluso, *remunicipalización*, dado que es en la Administración Local – Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales- donde mayor incidencia había tenido el fenómeno.

La decisión adoptada por los políticos, en pro de recuperar la gestión directa de los diferentes servicios públicos, no está exenta de dificultades para los gestores de la Administración Pública que se encuentran en el camino con complejos problemas legales y burocráticos¹²⁴⁰. En muchos casos, se espera al vencimiento de los contratos públicos celebrados con estas empresas contratistas o concesionarias; en otros, se rescata, esto es, se decide resolver anticipadamente el contrato con las consecuentes obligaciones indemnizatorias por parte de la Administración Pública. Además, esta recuperación de la gestión del servicio público, en múltiples ocasiones, ha supuesto tener que aplicar el mecanismo subrogatorio de la sucesión de empresas del art.44 ET, con los problemas que ello plantea en el ámbito del empleo público por el entrecruzamiento de normas laborales y administrativas¹²⁴¹.

Para la doctrina laboralista “*la sucesión de empresa laboral es una de las más claras manifestaciones de la función económica del contrato de trabajo que busca la*

¹²³⁹ Como sostiene RUANO VILA J.V.: “Formas de reversión y...op.cit.,pág. 404, la fórmula óptima para gestionar los servicios públicos va a depender del caso concreto. Habría que optar por aquella que ofrezca el mejor servicio al precio más ajustado, decidirse por lo más eficiente caso por caso, sea la gestión directa o la indirecta. PONCE SOLÉ, J.: “Remunicipalización y...op.cit.,pág.71, señala como, en muchos casos, se identifica adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos con alto riesgo de corrupción. Se pregunta si “*este movimiento global de recuperación de la gestión directa de servicios públicos supondrá abrir una nueva etapa en las relaciones entre Estado y mercado, que habrían evolucionado, ...desde la municipalización propia del socialismo municipal de finales del siglo XIX y principios del XX, pasando luego por la liberalización y privatización impulsada desde el último tercio del siglo pasado, y por la generación de un Estado denominado regulador o más recientemente garante*”.

¹²⁴⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.,pág.418, reconoce que los procesos de reversión no han sido pacíficos ni fáciles.

¹²⁴¹ Apunta DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, nº 17, 2016, pág.1, que los “*objetivos de eficiencia económica y de buena gestión que justifican habitualmente la remunicipalización podrían quedar sobrepasados por las responsabilidades y obligaciones que les correspondería asumir...la gestión indirecta supone la aplicación de la regulación sobre contratas y subcontratas, sobre cesión ilegal y sobre sucesión de empresas a las Administraciones*”.

*conservación del negocio jurídico y el mantenimiento de los vínculos laborales y uno de los mecanismos que mejor ejemplifican el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo*¹²⁴².

Nos encontramos con este fenómeno de la sucesión de empresas cuando se produce un cambio en la persona física o jurídica que explota la actividad. Luego, en el ámbito del sector público, y aclarando que no toda reversión de servicios públicos constituye un supuesto de sucesión de empresa¹²⁴³, incluye tanto cuando se produce un cambio de contratista o concesionario – entonces la potencial obligación subrogatoria recaería sobre el nuevo adjudicatario o contratista- no involucrando a la Administración Pública porque, normalmente, se trata de empresas privadas; como cuando el ente público recupera la gestión del servicio público que con anterioridad venía prestando el concesionario, ante un supuesto de reversión de la actividad - este segundo supuesto es el que va a interesarnos por sus efectos sobre el empleo público laboral-.

Es la propia norma administrativa la que recoge los supuestos en los que la Administración Pública tiene la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo, en caso de reversión de servicios públicos. En concreto el art.130.3 LCSP indica que, en el caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal o una cláusula de un convenio colectivo, pudiendo también establecerse obligaciones subrogatorias en acuerdos de negociación colectiva de eficacia general¹²⁴⁴.

¹²⁴² Vid ALTÉS TÁRREGA, J.A.: “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y Derecho*, nº 50, 2019, pág.2.

¹²⁴³ ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios de trabajadores en las Administraciones Públicas”, *TyD*, nº 95, 2022, pág.5, distingue tres supuestos: no entra en juego el mecanismo de la sucesión de empresa si la Administración revierte un servicio público y pasa a gestionarlo directamente con medios materiales y plantilla propia (los trabajadores de la concesionaria son despedidos y no hay responsabilidad de la Administración Pública); recupera el servicio previamente externalizado, con los mismos trabajadores y medios materiales del anterior adjudicatario, hay sucesión de empresa (STS 30/5/2011 rec.2192/2010) y, en el caso de que revierta el servicio público para gestionarlo directamente, recuperando los medios materiales o instalaciones cuyo uso había cedido previamente a la empresa adjudicataria o contratista para que llevase a cabo la gestión indirecta de ese servicio público, también podría apreciarse la transmisión de empresas. Por otras, SSTS 6/2/1997 rec.1886/1996; 26/7/2012 rec.3627/2011; 16/6/2016 rec.2390/2014;...así como STJUE 20/01/2011 C-463/09 Asunto Clece.

¹²⁴⁴ Recuerda RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y responsabilidad de la sucesión empresarial, en el marco de la Jurisprudencia europea y española”, *Trabajo y Derecho*, nº 43-44, 2018, pág.3, que la primera implica *ope legis* unan responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, en los otros dos tipos el alcance de las responsabilidades que se generen dependerá de los términos en que se haya establecido. ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios...op.cit.,pág.2, identifica cuándo puede originarse una sucesión de empresa: clásica ex art.44 ET; consecuencia de la sucesión de plantilla; subrogación empresarial convencional; ex pliegos, aunque en la actualidad ya no es posible; contractual mediante acuerdo entre empresa cedente y cesionaria (novación por cambio del empleador que exige del

Aunque no vamos a detenernos en ello, las normas sobre reversión y sus efectos también resultan aplicables a entidades del sector público, aunque no ostenten la condición de Administraciones Públicas –por ejemplo, sociedades mercantiles¹²⁴⁵–.

4.3.1. Reversión de servicios públicos y sucesión de empresa de ámbito legal

Como acaba de mencionarse, según el citado precepto, la Administración Pública deberá subrogarse en los trabajadores de la concesionaria o contratista cuando así lo establezca una norma legal. En cuanto a las normas legales, que regulan la sucesión de empresa y que contienen obligaciones subrogatorias para el nuevo empresario, hemos de fijar nuestra atención en la *Directiva 2001/23/CE sobre 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 centros de actividad* y en el art.44 ET –que transpone la anterior a nuestro ordenamiento interno¹²⁴⁶–. En los supuestos que tienen encaje en estas normas, la obligación de subrogación en las relaciones de trabajo opera por imperativo legal, sin requerir la existencia de un acuerdo expreso entre las partes del contrato de trabajo¹²⁴⁷.

consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art.1205 CC); sucesión de empresas en los casos de concurso.

¹²⁴⁵ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos...op.cit.*,pág.79.

¹²⁴⁶ Su actual redacción es obra de la *Ley 12/2001, de 9 julio, de medidas urgentes del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*, que introdujo las modificaciones necesarias para adaptar nuestras disposiciones a la Directiva 98/50/CEE y, en concreto, de transponer la Directiva 2001/23/CE de/ 12 de marzo, derogatoria de las Directivas anteriores sobre la materia - la 98/50 y su antecedente modificado, la Directiva 77/187/CEE-. ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios...op.cit.”, pág.1, señala la interconexión entre ambas normas – el art.44 ET ha de interpretarse conforme a la Directiva 2001/23/CE- y el permanente diálogo que impone “entre el Derecho social comunitario y el Derecho interno y el consiguiente diálogo entre e TJUE y los jueces y tribunales españoles”. Con esta normativa sucesoria, nos encontramos, para MONEREO PÉREZ, J. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido no fijo vs personal laboral fijo”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, octubre 2022, pág.4, ante una remodelación continúa a través de las interpretaciones judiciales tanto del TJUE como de nuestra Jurisprudencia nacional.

¹²⁴⁷ Por otras, vid STS 9/7/2014 rec.u.d.1201/2013. Para TREVIÑO PASCUAL, M: “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, *Revista General Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 47, 2017, pág.145, “el art.44 ET tiene una naturaleza mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera no por ratificación del trabajador o con su consentimiento, sino ope legis”. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I: “Reversión en servicio público: el rechazo a subrogar al personal describe un despido nulo si se superan los umbrales descritos en la Directiva 98/59 (STSJ And/Sevilla 25/10/22)” en <https://ignasibeltran.com/2022/11/07/reversion-en-servicio-publico-el-rechazo-a-subrogar-al-personal-describe-un-despido-nulo-si-se-superan-los-umbrales-descritos-en-la-directiva-98-59-stsj-andsevilla-25-10-22/> (visitada 9/11/2022), señala que con la aplicación del art.44 ET se “neutralizan los efectos extintivos prototípicos de la novación subjetiva”; y, por otro lado, “los trabajadores no pueden oponerse a la cesión”.

El objeto de esta normativa es proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular, garantizar el mantenimiento de sus derechos¹²⁴⁸, de manera que el cedente continúe siendo, después de la fecha de transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones derivadas de un contrato de trabajo o de una relación laboral, lo que supone que, en todo caso, dichas obligaciones se transfieren al cesionario en esa misma fecha¹²⁴⁹. Esto supone que *“el trabajador no puede verse afectado por el cambio de titularidad de la empresa por lo que se le garantiza el mantenimiento de las condiciones laborales de las que venía disfrutando con carácter previo al traspaso”*¹²⁵⁰.

La Directiva 2001/23/CE se aplica a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión¹²⁵¹ (art.1.1.a) – equivalente a la expresión del art.44.1 ET, *“transmisión de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva”* -. La misma califica como traspaso *el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria* (art.1.1.b). La Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa. En nuestro ordenamiento interno, en términos muy parecidos a la Directiva, el art.44.2 ET considera sucesión de empresa la *transmisión que afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria*.

Cabe advertir que, la Directiva se sirve de un concepto muy vasto de empresa – no siendo necesario que ésta se transmita íntegramente-. Basta con un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio¹²⁵².

¹²⁴⁸ Considerando 3 Directiva 2001/23/CE; y STJUE 16/10/2008 C-313/07 asunto Kirtruna, S.L.

¹²⁴⁹ SSTJUE 14/11/1996 C-305/94 asunto Rotsart de Hertaing y 26/5/2005 C-478/03 asunto Celtec Ltd.

¹²⁵⁰ RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y...op.cit.,pág.2.

¹²⁵¹El concepto de *“cesión contractual o fusión”* ha de ser objeto de una interpretación generosa. Así lo indica el TJUE, quien, en sentencias como la STJUE 19/5/1992 C- 29/91 asunto Redmon Stichting, recuerda que no puede llevarse a cabo una interpretación excesivamente literal, debido a las diferencias entre las versiones lingüísticas de la Directiva y las divergencias entre las legislaciones nacionales en el concepto de cesión contractual. Ha de ser suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa. Vid TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de...op.cit.,pág.42.*

¹²⁵² STS 9/7/2014 rec.u.d.1201/2013.

Esta normativa se aplica a cualquier transmisión de empresa estableciendo la obligación de subrogación. Así, aunque el art.44 ET solo habla de “*empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma*”, la Directiva se preocupa de incluir expresamente en su ámbito de aplicación a la Administración Pública al indicar que resulta aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro¹²⁵³. Esto es, es aplicable a contratos y concesiones públicas y en supuestos reversión del servicio público por parte de una Administración Pública. De este modo, que el cesionario de la actividad sea una persona jurídica de Derecho Público no excluye la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la norma, con independencia de que dicha persona jurídica sea una entidad pública encargada de un servicio público¹²⁵⁴.

Igualmente se encarga de excluir del concepto de traspaso, a efectos de esta Directiva, la reorganización administrativa y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas (art.1.1.c). En este sentido, se ha tratado de dejar claro que la Directiva 2001/23/CE se aplica a la actividad económica pero no al ejercicio del poder público. En la STJUE 14/9/2000 C- 343/98 asunto Collino¹²⁵⁵, por ejemplo, así se reconoce: “... *la Directiva se aplica a todas las transmisiones de entidades que ejercen actividades económicas, operen o no con fines lucrativos...por el contrario, la reorganización de estructuras de la Administración Pública o la transferencia de funciones administrativas entre autoridades administrativas públicas no constituye una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva. En esos casos, la transferencia se refiere a actividades que implican el ejercicio de la autoridad pública*”¹²⁵⁶. Por su parte,

¹²⁵³ Y así lo reconoce la STJUE de 26/11/2015 C-509/14 Asunto ADIF que aclara que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a disposición de ésta las infraestructuras y el equipamiento necesarios de los que es propietaria, y posteriormente decide poner fin a dicho contrato sin hacerse cargo del personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal. Puntualiza, YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos públicos. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018, pág.4, que un “*estatuto jurídico público no puede ser un obstáculo que prive a los trabajadores de la protección de la norma*”.

¹²⁵⁴ SSTJUE 20/7/2017 C-416/16 asunto Piscarreta Ricardo; 26/9/2000 C-175/99 Asunto Mayeur.

¹²⁵⁵ Vid también, por ejemplo, SSTJUE 10/12/1998 C-173/96 asunto Sánchez Hidalgo – la actividad de ayuda a domicilio en favor de personas en situación de necesidad ni la actividad de vigilancia son propias del ejercicio del poder público-; 26/9/2000 C-175/99 asunto Didier Mayeur - *una reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas o el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituya una transmisión en el sentido de dicha Directiva*-.

¹²⁵⁶ Vid también STJUE 15/10/1996 C-298/94 asunto Henke. Los Tribunales españoles asumen la doctrina Henke entendiendo que no hay sucesión de empresa, ej. STSJ Andalucía 13/10/1998; STSJ Valencia 27/10/2004; STSJ Cataluña 19/7/2011,...

el concepto de *actividad económica* comprende - como se señala, entre otras¹²⁵⁷, en la STJUE 6/9/2011 C-108/10 asunto Scattalon- cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado¹²⁵⁸.

Una vez confirmado que las Administraciones Públicas se encuentran dentro del ámbito aplicativo de la Directiva y del art.44 ET, hay que volver sobre el concepto de traspaso. De la dicción literal tanto de la Directiva como del art.44 ET se deduce que, para que pueda desplegarse su paraguas protector, se exige un requisito subjetivo, el cambio de titularidad de la empresa; y uno objetivo, la transmisión ha de afectar a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, con los que el nuevo titular pueda continuar con la actividad económica, esencial o accesoria, que realizaba su predecesor. Podemos encontrarnos con supuestos en los que claramente se aprecia la transmisión. Así, en casos de reversión de un servicio público desde una empresa concesionaria a una entidad pública, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura y plantilla de dicha empresa (ej. servicio municipal de retirada de vehículos)¹²⁵⁹. Por el contrario, si el ente público reinternaliza el servicio y pasa a gestionarlo directamente con su propia plantilla y equipamientos, no estaríamos ante la sucesión de empresas del art.44 ET¹²⁶⁰. Sin embargo, no siempre es tan sencillo y

¹²⁵⁷ SSTJUE 25/10/2001 C-475/99 asunto Ambulanz Glöckner; 24/10/2002 C-82/01 asunto Aéroports de Paris/Comisión; 10/1/2006 C-222/04 asunto Cassa di Risparmio di Firenze y otros;...

¹²⁵⁸ En este sentido GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en...op.cit.,pág. 539, reconocen que la *“exención de reorganizaciones administrativas y de traspaso de funciones administrativas se relaciona...con los supuestos de actividades propias del ejercicio del poder público, en la que no existen componentes económicos o, si los hay, resultan accesorios. Ello implica que no queden incluidas entre tales actividades aquellas que admiten explotación de mercado...”* Para MERINO SEGOVIA, A.: “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014” (1), *Trabajo y Derecho*, nº 17, 2016, pág.2, lo importante no es el carácter público de una de las dos partes implicadas, sino si la actividad consiste en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, *“incluidas las prestaciones de servicios públicos que tienen por objeto la satisfacción de intereses generales, siempre que presenten un contenido económico no accesorio que las haga susceptibles de ser explotadas por empresarios particulares”*. Así, únicamente se excluiría de la Directiva la *“reorganización de estructuras de la Administración o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones, cuando una y otra efectúan actividades propias del poder público”*. Al respecto puede consultarse, por ejemplo, SSTJUE 15/10/1996 C-298/94 Asunto Henke; 20/7/2017 C-416/16 Asunto Piscarreta Ricardo y el comentario a dicha sentencia de FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Reordenación de servicios públicos y reversión al municipio. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 417, 2017.

¹²⁵⁹SSTS 21/4/2015 rec.91/2015; 30/05/11 rec.u.d. 2192/2010; 26/01/12 rec.u.d.917/2011;...

¹²⁶⁰ STS 26/7/2012 rec.3627/2011.

determinar si se mantiene la identidad de la entidad económica traspasada suele resultar una tarea compleja¹²⁶¹.

Varias son las circunstancias que han de concurrir para que pueda activarse esta herramienta de protección de la relación laboral y de mantenimiento de derechos laborales. El cambio de titularidad ha de acompañarse de la transmisión de la organización productiva del cedente al cesionario y éste último continuar la actividad con esa organización cedida¹²⁶². Aunque parezca bastante obvio, hay que subrayar que no puede decirse que exista una transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de un centro de actividad por el solo hecho de que su activo sea enajenado. Esto es, no cualquier cambio de titularidad empresarial ni cualquier reversión de servicios públicos hay que entenderlo automáticamente como un supuesto de transmisión que provoca que entre en juego el mecanismo subrogatorio¹²⁶³. Es necesario evaluar, si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas.

No se exige que exista en la transmisión de empresas o unidades productivas una vinculación contractual directa entre cedente y cesionario, vinculación o tracto directo que tiene un mero valor indiciario de la existencia de sucesión de empresa. Puede producirse, por tanto, la cesión o transmisión de empresas o unidades productivas a través o por mediación de un tercero propietario, arrendador, o dueño de la obra¹²⁶⁴.

Por otra parte, y aunque parezca evidente, para que entre en juego el mecanismo protector de la subrogación de empresas, la empresa transmitida ha de tener actividad; en otras palabras, las relaciones laborales han de estar vivas. Si no la tiene o no tiene trabajadores a su servicio –porque, por ejemplo, con anterioridad al cambio de titularidad se han extinguido válidamente todos los contratos de trabajo– es obvio que no tiene

¹²⁶¹ Vid YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018, pág.2, para quien “*la terciarización y desmaterialización que ha transformado la economía en las últimas décadas dificultan la apreciación del objeto mínimo de la transmisión*”.

¹²⁶² DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 2, 2016, pág.80.

¹²⁶³ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.,, pág.420. Esto lo deja muy claro la Jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, STJUE 29/7/2010 C-151/09 Asunto FSP/Ayuntamiento de La Línea y 20/1/2011 C-463/09 Asunto Clece.

¹²⁶⁴ STS 9/7/2014 rec.1201/2013.

sentido hablar de sucesión de empresas¹²⁶⁵, desde el punto de vista laboral, porque no hay trabajadores a los que proporcionar protección. Como se ha señalado, *“la institución laboral de la transmisión de empresa es instrumental al principio de estabilidad en el empleo, por lo que pierde sentido en los casos en los que no existe un contrato en vigor sobre el que proyectarla”*¹²⁶⁶. Y el nuevo empresario ha de continuar o reanudar la actividad del anterior porque, como sostiene la doctrina judicial, el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida *“continúe efectivamente”* o que luego *“se reanude”*¹²⁶⁷ – *“no será transmisión de empresa si la actividad no es continuada por el siguiente empresario aunque haya una transmisión de medios materiales o patrimoniales”*¹²⁶⁸.-

Pero quizás, la mayor complejidad resida en determinar cuándo la entidad económica transmitida por la concesionaria saliente conserva la identidad con la empresa entrante para que ésta pueda continuar o reanudar la actividad de la primera. En este sentido, el TJUE se ha esforzado en puntualizar que, siendo la finalidad de la Directiva garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en una entidad económica independientemente de que cambie su propietario, el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión, tal como la entiende la Directiva, es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad.

En cuanto al concepto de identidad, según la RAE, es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Luego, en el ámbito de la sucesión de empresas, si la entidad transmitida ha de conservar su identidad cuando llega a manos del empresario cesionario, se requiere que en el proceso de transmisión no se haya visto despojada de sus elementos esenciales y característicos que la singularizaban y la hacían ser el tipo de entidad que previamente era. Citando a YAGÜE BLANCO, implica que se transmiten *“todos los necesarios para realizar la actividad o al menos indispensables o esenciales para realizarse la actividad – lo que no puede reducirse a los materiales- para que el nuevo empresario pueda realizar la actividad en los mismos términos que el anterior. Si se comprueba que la actividad puede*

¹²⁶⁵ Ej. SSTS 24/7/1995 rec.3353/1994; 20/1/1997 rec.687/1996,...

¹²⁶⁶ ALTÉS TÁRREGA, J.A.: “La responsabilidad del...op.cit.,pág.4.

¹²⁶⁷ STS 9/7/2014 rec.1201/2013.

¹²⁶⁸ YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación de trabajadores en la contratación pública” en Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública, Universidad de Valencia, 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=Dj-04f6lSpw&t=763s> (visionado 30/9/2022).

seguir realizándose por el nuevo empresario en los mismos términos, puede hablarse de transmisión. Además, la entidad económica debe preexistir al traspaso, lo que significa que debe tener autonomía funcional como un todo, susceptible de ser separado del ciclo productivo y entregarse a un empresario concesionario o contratista”¹²⁶⁹.

En relación al traspaso de los elementos esenciales o necesarios, imprescindibles para desempeñar la actividad por el nuevo empresario que sucede al anterior, serán diferentes en función de cada supuesto y del tipo de actividad traspasada. Insistimos en que la obligación de subrogación se va activar cuando se esté en alguno de los presupuestos de aplicación del art.44 ET y de la Directiva 2001/23/CE. Así que habrá que comenzar determinando cuándo estamos ante un supuesto de transmisión o sucesión empresarial incardinable en estas normas legales¹²⁷⁰. Como bien ha señalado la Jurisprudencia, nacional y comunitaria, la casuística es muy amplia por lo que se hace preciso estudiar cada caso, valorando todas las circunstancias concurrentes del supuesto. En sentencias como la STJUE 18/3/1996 C- 24/85 asunto Spijkers (ap.11-14), el TJUE confecciona una lista no cerrada de indicios, cuya valoración de forma conjunta, puede guiar a los Tribunales de los Estados miembros en su difícil tarea de dilucidar si se está o no ante una transmisión de empresa que dé lugar a la activación del mecanismo subrogatorio. Porque las valoraciones de hecho necesarias para determinar si hay o no una transmisión, en el sentido de la Directiva, competen al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta los siguientes criterios de interpretación especificados por el TJUE¹²⁷¹.

Así, el TJUE recalca que, para determinar en un supuesto concreto si se reúnen los requisitos necesarios para las transmisión de una empresa o unidad productiva, hay que considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los bienes materiales o inmateriales en el momento de la transmisión, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de

¹²⁶⁹ YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación...op.cit. (visionado 30/9/2022).

¹²⁷⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.,pág.421, lo transmitido puede dar lugar a la obligación de subrogación de los trabajadores cuando la sucesión consista en un conjunto de medios materiales o patrimoniales y personales; solo medios patrimoniales, tangibles o intangibles; o sólo medios personales, con lo que estaríamos ante una sucesión de plantilla.

¹²⁷¹Para MERINO SEGOVIA, A.: “Cesión en la gestión...op.cit.,pág.1, se ha producido una evolución en el TJUE hacia una interpretación flexible que englobe no “sólo el tipo de empresa y la actividad que desarrolla, sino también los métodos de producción o de explotación que aquella emplea...descartando un concepto de transmisión unívoco, amparado en un único criterio”.

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

Sin embargo, puntualiza que todos estos elementos – cuyo listado, se insiste, es ejemplificativo y no exhaustivo- son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. Hay que valorar de forma conjunta todos los elementos o circunstancias concurrentes. De entre todos estos elementos, habrá que descubrir cuál es el esencial para que la Administración Pública pueda continuar con la actividad en los mismos términos en los que lo hacía la última adjudicataria (cedente) y si ese elemento se transmite, concluir que existe sucesión de empresa a los efectos del art.44 ET. Si hay transmisión del elemento esencial e imprescindible para realizar la actividad, aunque el nuevo empresario se niegue a subrogar a la plantilla, tiene la obligación legal de hacerlo o de soportar las consecuencias del despido.

El valor o la importancia que haya de darse a estos elementos – *“la ausencia de alguno de ellos no es decisiva para considerar que la entidad no mantiene su identidad”*, dependerá en función del tipo de empresa o de actividad¹²⁷². El TJUE aquí distingue entre aquellas empresas cuya actividad descansa fundamentalmente en equipamiento – sea tangible o intangible – y aquellas otras que estando desmaterializadas pivotan esencialmente sobre la mano de obra. La doctrina explica que en las actividades empresariales que precisen de instalaciones o equipamiento, lo fundamental, para hablar de identidad, será que la Administración se haga cargo de ese equipamiento esencial para poder continuar con el servicio público, con independencia de que se haya hecho cargo o no de la plantilla. Por el contrario, en actividades que graviten esencialmente sobre la

¹²⁷² YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas”, *Trabajo y Derecho*, nº 52, 2019, pág.4. El mismo YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos...op.cit.,pág.4, recuerda que *“el tipo de empresa y la actividad ejercida se configuran como el elemento de ponderación para determinar qué requisitos son relevantes a efectos de determinar si se ha producido sucesión de empresa. Así en aquellas actividades cuya explotación exija instalaciones o medios materiales importantes, lo determinante será que la Administración los adquiera o los recupere para poder continuar con la prestación del servicio. Y por tanto no bastará para excluir la existencia de transmisión el hecho de que no se haga cargo de la plantilla...la contratación de una parte esencial de la misma, tampoco es suficiente para aplicar el art.44 ET si no se transfiere dicha infraestructura, ya que es el elemento esencial y necesario para el desarrollo de la actividad y solo así podrá apreciarse que se mantiene la identidad de la entidad económica”*. Para RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y...op.cit., pág.3, la Jurisprudencia ha sido crucial para determinar cuándo se mantiene o no la identidad en la entidad económica transmitida dado que la expresión “traspaso” es muy amplia y se trata de ver que elementos se transmiten y su naturaleza para constatar si se ha conservado esa identidad inicial.

mano de obra- resultando secundario el equipamiento-, para entender que hay transmisión deberá haber asumido una parte esencial de la plantilla de la adjudicataria saliente. Caso contrario, esto es, si emplea sus propios trabajadores o contrata otros nuevos para continuar con el servicio público, no se estará ante un supuesto de transmisión de empresa¹²⁷³.

Quiere repasarse, a continuación, en alguno de estos indicios en supuestos de reversión de servicios públicos. En muchas ocasiones, la actividad transmitida – la prestación del servicio público que ahora revierte a la Administración Pública, titular del mismo -descansa en equipamiento patrimonial de bienes muebles o inmuebles, esto es, estos bienes son el elemento clave o esencial en el desempeño de ese servicio público. Normalmente estaremos ante bienes de dominio público o de titularidad pública puestos a disposición del contratista para que pueda llevar a cabo la actividad¹²⁷⁴. Si revierte el servicio público, recupera la Administración Pública la infraestructura y la pone a disposición de otro contratista¹²⁷⁵ o la recupera para sí, en el caso de que decida gestionar directamente la actividad objeto del servicio público de que se trate. En estas situaciones, el TJUE tiene claro que para hablar de transmisión no es imprescindible que se transmita la propiedad al concesionario¹²⁷⁶. Basta con que se transmita o ceda el uso o un poder de disposición sobre la infraestructura, que es propiedad de la Administración Pública concesionaria¹²⁷⁷. Así también, el Tribunal Supremo reconoce que se activa la transmisión de empresa si la Administración cede el uso del equipamiento y después lo recupera, al revertir el servicio público (ej. abastecimiento de agua potable y

¹²⁷³ YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos...op.cit.,pág.4. Se entiende que la actividad es desmaterializada en STJUE 16/2/2023 C-710/21 asunto Strong Charon.

¹²⁷⁴ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: “Descentralización en el...op.cit.,pág.540, “*la mayoría de los procesos de reversión se plantean en relación con los servicios...tales servicios, en muchas ocasiones se desarrollan sobre y/o con elementos pertenecientes al propio organismo que los descentralizó y que ahora pretende su recuperación...*”

¹²⁷⁵ Estaríamos ante un supuesto de sucesión de empresas concesionarias de un servicio público. Que la nueva adjudicataria, para la gestión del servicio público, reciba equipamiento material que no pertenece a la anterior concesionaria, sino que son bienes propiedad de la Administración, no empece a que resulten aplicables las garantías del art.44 ET.

¹²⁷⁶ No es indispensable el traspaso de la propiedad, lo importante es que quien preste el servicio tenga disponibilidad sobre los mismos para llevar a cabo la actividad, vid, por ejemplo, STJUE 20/11/2003 C-340/01 Asunto Abler y SSTS 19/9/2017 rec.2612/2016 y 2832/2016. Vid también DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales en...op.cit., pág.2, quien recuerda que para el TJUE “*que las instalaciones o infraestructuras pertenezcan a la principal, la que externaliza, y las ponga a disposición de la contratista, no ha sido obstáculo para apreciar la sucesión de empresas*”.

¹²⁷⁷ Vid por ejemplo, STS 25/11/2020 rec.ud.684/2018. Por otras vid, SSTS 19/9/2017 rec.2626/2016, 2650/2016 y 2832/2016. Además, STJUE 26/11/2015 C-509/14 Asunto Aira Pascual.

alcantarillado público que conlleva además las instalaciones de depuradora de aguas – la Administración recupera la infraestructura y la cede al siguiente contratista-,...).

Otras veces para continuar con la prestación de servicio público revertido no se produce la transmisión de bienes materiales, siendo esencial para la continuidad del servicio público la transmisión de elementos o activos intangibles. Nos referimos a *medios técnicos de carácter inmaterial, que tienen un valor económico superior al reto de factores de producción y, sin los cuales no sería posible continuar desempeñando la actividad*. Estamos hablando de derechos de propiedad industrial –marcas, patentes, diseños industriales- o propiedad intelectual – desarrollo de un software determinado o ciertas aplicaciones informáticas. Podríamos encontrarnos ante estos supuestos “*cuando se adjudica un contrato para la creación y desarrollo de un programa informático o de software que es necesario para la Administración*” y ha sido creado expresamente para el uso de ésta. También se incluyen otros elementos, que aunque no propiamente intangibles, pueden ser indispensables para el desarrollo de la actividad - *archivos y documentación relativos a la prestación de un servicio de atención individualizada y personalizada al usuario (historias clínicas, datos médicos, historias de pacientes en residencias de discapacitados,...)*- ”¹²⁷⁸.

El de la clientela de la actividad que se traspa es otro de los indicios a valorar para entender si se ha producido o no transmisión a efectos de la Directiva 2001/20/CE. Por ejemplo, en el caso de reversión de servicios públicos se ha entendido que era un elemento esencial para activar la subrogación empresarial, el servicio de restauración en un hospital (clientela cautiva). Así lo reconoce el TJUE, por ejemplo, en la STJUE 8/5/2019 C-194/18 asunto *Dodíc* (ap.37), al indicar que “*los activos inmateriales que constituyen los instrumentos financieros y los demás activos de los ordenantes, en el presente asunto los clientes, la gestión de su contabilidad, los demás servicios de inversión y los servicios accesorios, así como la tenencia de los archivos, a saber, la documentación relativa a los servicios y a las actividades de inversión prestadas a los clientes, participan de la identidad de la entidad económica de que se trata*”.

Hoy en día, sin embargo, un relevante número de actividades económicas o empresariales no gravitan sobre elementos patrimoniales, tangibles o intangibles. Al contrario, hay sectores económicos en lo que los activos materiales o inmateriales son

¹²⁷⁸ Como estudia YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos...op.cit.,pág.6-8.

poco significativos - reduciéndose a la mínima expresión en actividades como las de la limpieza o vigilancia - en tanto en cuanto “*la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra*”. En estos casos, en los de las actividades de servicios, lo fundamental es la plantilla – los elementos patrimoniales son insignificantes, lo valioso y singular de la actividad económica reside en las personas que prestan la actividad¹²⁷⁹-.

Para estas actividades basadas en la mano de obra - la entidad económica la conforman esos trabajadores organizados y adscritos de forma permanente a la actividad traspasada-, el TJUE elabora la doctrina de la *sucesión de plantillas*¹²⁸⁰. Según la misma, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. Esta doctrina, no sin reticencias, es asumida después por nuestros Tribunales internos que exigen dos requisitos¹²⁸¹. Por una parte que, para continuar con la actividad traspasada, sea fundamental “*la mano de obra y que no haya otros activos que se puedan transmitir*”. Y, en segundo lugar, que el nuevo concesionario asuma una parte esencial de la plantilla¹²⁸².

Y aquí, de nuevo, nos encontramos en terrenos movedizos dado que lo fundamental para establecer si estamos o no ante una transmisión de empresas –en nuestro caso, reversión de servicios públicos- que desencadene las obligaciones subrogatorias será determinar cuándo la plantilla de una empresa es el elemento clave o esencial para que esa empresa pueda llevar a cabo su actividad (sector intensivo en mano de obra) y, de ser

¹²⁷⁹ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.,pág.421. Como estudia YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional...op.cit.,pág.3, esta norma piensa en un modelo de empresa industrial y no en uno caracterizado por la terciarización y la desmaterialización de la actividad económica.

¹²⁸⁰ Vid STJUE 10/12/1998 C-173/96 asunto Sánchez Hidalgo: “*Dicha entidad, si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial...en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa en la mano de obra...un conjunto organizado de trabajadores específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción*”. Otras también en este sentido, SSTJUE 24/1/2002 Asunto Temco; 14/4/1994 Asunto Schmidt, 11/3/1997 C-13/95 Asunto Süzen: “...*el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate. De ello resulta que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte de centro de actividad de que se trate. En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos*”.

¹²⁸¹ Vid STS 9/7/2014 rec.1201/2013.

¹²⁸² YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contratos...op.cit., pág.3, “*la identidad se conservará si se constata que el ente público continúa explotando la actividad valiéndose de los mismos trabajadores que ya empleaba la empresa adjudicataria antes de la reversión*”.

así, por otra parte, que se entiende por parte relevante o esencial de la plantilla¹²⁸³. En este sentido, habrá que considerar criterios cuantitativos, esto es, orientarse por el número de trabajadores asumidos por el nuevo concesionario y valorar qué proporción suponen en relación con la plantilla total existente antes de la transmisión o reversión. Asimismo, y otras veces, la continuidad de la empresa no dependerá tanto del volumen de trabajadores transmitidos como de las cualidades o competencias presentes en éstos. Estaríamos hablando de personal altamente cualificado¹²⁸⁴.

Nuestros Tribunales han concluido que para poder hablar de la existencia de sucesión de plantillas se precisa¹²⁸⁵:

- una empresa contratista o adjudicataria de servicios (empresa entrante) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (empresa saliente) por cuenta o a favor de un tercero (empresa principal o entidad comitente);
- la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la empresa saliente, encargando a la empresa entrante servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior;
- la empresa entrante ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la empresa saliente;
- y el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la mano de obra organizada u organización de trabajo –los activos materiales son inexistentes o de escasísimo valor-.

El objeto de la transmisión ha de ser un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. Y dicho objeto no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial reduciéndose en determinados sectores económicos, como los de

¹²⁸³ MONEREO PÉREZ, J. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Reflexiones sobre la...op.cit.,pág.4, advierten de que estamos ante un fenómeno complejo y de difícil aplicación e interpretación en la práctica y que exige que la actividad productiva descansa esencialmente en la mano de obra, además de estar a todas las circunstancias fácticas que concurran en el caso concreto.

¹²⁸⁴En cuanto a la cantidad de trabajadores asumidos, TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios...op.cit.*, , pág.79, insisten en que lo importante para poder aplicar la doctrina de la sucesión de empresas depende de la situación concreta de los trabajadores transmitidos – know-how, competencias, conocimientos, rango, experiencia,...- y de si, con los asumidos, puede el nuevo empresario continuar con la actividad.

¹²⁸⁵SSTS 5/3/2013 rec.3984/2013; 27/2/2012 rec.202/2010; 27/4/2015 rec.348/2014.

limpieza y vigilancia, a su mínima expresión, en tanto en cuanto la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. De lo anterior se desprende que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica - objeto de la transmisión determinante de la sucesión de empresa- cuando no existen otros factores de producción. A sensu contrario, no se considera que hay sucesión de empresa si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior.

En el caso de las Administraciones Públicas es frecuente encontrarnos con actividades que, en principio, no requieren de mucho equipamiento material porque éstas descansan sobre la mano de obra - asistencia domiciliaria, limpieza, jardinería, servicios vigilancia, actividades de información,...-. Entre empresas concesionarias –saliente y entrante – suele ser frecuente que, voluntariamente, el nuevo adjudicatario decida continuar la actividad con toda o una parte importante de la plantilla de la empresa cedente. Como se dirá más abajo, otras veces esta obligación de subrogación nace de cláusulas convencionales para tratar de evitar que *“la continuidad de los contratos quede al albur de la voluntad del nuevo contratista”*.¹²⁸⁶

La doctrina laboralista advierte que no será sencilla la aplicación de la doctrina de sucesión de plantillas en la reversión de servicios públicos a las Administraciones Públicas. Y es que resultaría contradictorio con los principios constitucionales de acceso al empleo público que el ente público asumiera voluntariamente a toda o parte de la plantilla de la empresa saliente. Y, por otra parte, porque estas obligaciones de subrogación de la plantilla suelen establecerse en cláusulas en convenios colectivos sectoriales que, como se dirá abajo, no resultan de aplicación a las Administraciones Públicas. Esto es, en el caso de los entes públicos, en principio, sólo puede pensarse en supuestos de subrogación legal mediante reversión de actividades basadas en el equipamiento. Por el contrario, las personas trabajadoras que presten servicio *“en actividades intensivas en mano de obra verán mermadas sus expectativas de continuidad ante una eventual recuperación de la gestión”*¹²⁸⁷.

¹²⁸⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional...op.cit.,pág.85.

¹²⁸⁷ YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contrata...op.cit.,pág.4.

Otro requerimiento esencial para el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión es que el empresario entrante haya continuado o haya reanudado efectivamente, tras un período de suspensión, la explotación o actividad económica transmitida. Conviene aclarar que, normalmente, en el caso de muchos servicios públicos, la actividad no podrá ser suspendida y tiempo después reanudada porque estamos ante servicios de prestación continuada a la sociedad –ej. transporte sanitario-. Dicho esto, de tratarse de actividades en las que es posible la suspensión, la empresa privada adjudicataria, si utilizaba equipamiento de titularidad pública tendrá la obligación, conforme a la LCSP, de devolverlo a la Administración Pública. De no continuar la Administración con la actividad, no habrá sucesión o transmisión de empresa- que, en cambio, sí se producirá de entrar otro empresario y continuar con la actividad y recibiendo los mismos medios (YAGÜE)-. Aunque la doctrina judicial no es unánime, la mera recuperación de equipamiento por la Administración Pública que no va a continuar con la actividad de la adjudicataria no debe imponer a la Administración la obligación de subrogarse en los trabajadores de la concesionaria. Y esto se ve muy claro en el caso de servicios públicos que no está obligada a prestar dado que sería desmedido, por ejemplo, hacerle pagar las consecuencias laborales de los despidos, y difícilmente conciliable con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera¹²⁸⁸.

Tratándose de este tipo de servicios públicos – aquellos de prestación no obligatoria -, la suspensión – o interrupción temporal de la actividad que prestaba la adjudicataria- hace pensar sobre si *“puede afectar al mantenimiento de la identidad, que se entienda que el servicio ha perdido sus características sustanciales y que ya no son el mismo”*¹²⁸⁹. Así, caso de producirse únicamente una reversión de equipamiento o medios a la Administración (ésta no continua con la actividad) no se produciría la transmisión a efectos del art.44 ET; pero sí que tendría lugar, cuando tiempo después, tiene lugar una nueva adjudicación a otra contratista o concesionaria que lo reanuda. Ésta última debería subrogarse en los trabajadores de la última empresa adjudicataria pese a haberse

¹²⁸⁸ Como YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación...op.cit., explica *“aunque recupere la infraestructura y no se recupere la actividad deben aplicarse las consecuencias de la transmisión de empresa porque, en caso contrario, sería muy fácil que se produjese un fraude de ley – la Administración recupera la infraestructura, decide no prestar el servicio durante algún tiempo, impidiera con ello la aplicación de las garantías de la transmisión de empresa y, con posterioridad, reanuda por ella misma o adjudicando la actividad o servicio a otro concesionario”*”.

¹²⁸⁹ YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación...op.cit.

suspendido temporalmente la actividad¹²⁹⁰. Lo que omite esta normativa es el plazo máximo superado el cual deberá entenderse que, aunque se reanudase la actividad, la subrogación ya no se produciría, a diferencia de la subrogación convencional en la que este plazo sí que suele recogerse. Sería de agradecer que la legislación precisase este plazo, *“aunque fuera una presunción iuristantum, para dar algo de certidumbre y evitaría tener que depender del caso concreto”*¹²⁹¹.

Se ha planteado si la subrogación legal, además de en el art.44 ET y en la Directiva 2001/23/CE, podría tener origen en otras las leyes estatales y autonómicas de racionalización del sector público¹²⁹². Al respecto, TODOLÍ puntualiza que no habría problemas, en que una normativa autonómica estableciese la subrogación y declarase los efectos de ésta, sin en el supuesto se aprecia la presencia de los requisitos del art.44 ET, dado que, en este caso, *“la aplicación de este tipo de normas estableciendo la obligatoriedad de la subrogación serían meramente declarativas”*. Sin embargo, el problema surgirá cuando, no siendo obligatoria la subrogación ex art.44 ET, la norma autonómica decida la subrogación, porque en este caso sería una subrogación constitutiva – esto es, la Comunidad Autónoma estaría asumiendo ese personal sin reunir los requisitos del art.44 ET¹²⁹³.-.

Señala que, en este sentido, el art.130.3 LCSP no especifica que la ley, que establezca la subrogación ante los supuestos de reversión de servicios públicos, tenga que ser estatal. Siguiendo esta interpretación se admitiría la subrogación tanto por ley estatal o autonómica. No obstante, este laboralista opina lo contrario, es decir, que la *“Comunidad Autónoma no puede a través de una ley subrogarse en trabajadores”*. La

¹²⁹⁰ En la STJUE 7/8/2018 C-472/16 Asunto Colino Sigüenza el cierre temporal de la empresa, y la ausencia de personal en el momento de la transmisión, no son circunstancias que, por sí solas, excluyan la existencia de una transmisión. En el caso de un adjudicatario de un contrato de servicios cuyo objeto es la administración de una escuela municipal de música, finaliza esta actividad dos meses antes de terminar el curso académico, despidiendo a la plantilla por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y el nuevo adjudicatario reanuda la actividad al comienzo del siguiente curso académico. La Administración no se subroga en el personal de la citada empresa porque no continua con la actividad. Pero sí que tiene que subrogarse en los trabajadores despedidos el nuevo adjudicatario.

¹²⁹¹ YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación...op.cit.

¹²⁹² Por ejemplo, vid art.3 Decreto 22/2018, de 23 de marzo, de la Conselleria de Sanidad Universal y Salud Pública, por el que se regulan los efectos de la extinción del contrato de gestión de servicio público del Departamento de Salud de la Ribera, en materia de personal; Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales administrativas del Parlamento de Andalucía;...

¹²⁹³ TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de servicios públicos. Indefinidos no fijos, personal a extinguir o fijos” Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública, Universidad de Valencia, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=QQGPnTBkPXI>, (visitado 2/10/2022)

subrogación se recoge en una ley y esa ley es estatal y en este caso no tendrían margen alguno las Comunidades Autónomas, porque no estaríamos ante ejecución de la ley estatal por la Comunidad Autónoma sino concibiendo nuevos supuestos creadores de obligaciones subrogatorias. En conclusión, una normativa de Comunidad Autónoma no podría crear constitutivamente, fuera de los supuestos del art.44 ET, una subrogación¹²⁹⁴.

4.3.2. Subrogación o sucesión convencional o por acuerdo colectivo de eficacia general.

Si se dan los requisitos del art.44 ET y de la Directiva 2001/23/CE, se está ante una subrogación legal que implica que los trabajadores de la empresa saliente, se ven beneficiados de la protección de dichas normas. Ahora bien, sin necesidad de que se den los presupuestos de la citada normativa, puede producirse la subrogación por parte de la empresa entrante siempre que así lo establezca el convenio colectivo o un acuerdo colectivo de eficacia general, como dispone el art.130.3 LCSP.

Comenzando con el primero de los supuestos, estaríamos ante un convenio colectivo que resultaría aplicable tanto a la contratista cedente o saliente como a la empresa cesionaria o entrante. Convenio colectivo que contendría una cláusula estableciendo la obligación de la entrante de subrogarse en los trabajadores de la primera de las contratistas. Este tipo de cláusulas suele ser frecuente en sectores de actividad que descansen fundamentalmente en la mano de obra, muy terciarizados, con gran rotación de ésta¹²⁹⁵.

Se entiende que esta subrogación convencional no se opone ni a la libertad de empresa ni a la libre competencia¹²⁹⁶. Es un medio por el que la negociación colectiva amplía la protección a los trabajadores apostando por la estabilidad de sus contratos de trabajo¹²⁹⁷. Nos encontraríamos ante una mejora del supuesto legal que, aún en una interpretación generosa, tiene sus límites. Se le reconoce al convenio colectivo libertad a la hora de definir estas cláusulas, si bien se entiende que no cabe una aplicación más favorable de la que se deduzca de su redacción literal, esto es, ha de ser en todo caso

¹²⁹⁴ TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de...op.cit.

¹²⁹⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales...op.cit.,pág.3.

¹²⁹⁶ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit., pág.423.

¹²⁹⁷ Para TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios...op.cit.*,pág.82, lo que se pretende con este tipo de cláusulas es “*garantizar la subrogación a los empleados cuando no va a existir, o es muy dudoso que vaya a existir, una sucesión de empresa del art.44 ET (porque no se van a transmitir elementos relevantes entre la anterior y la nueva adjudicataria)*”.

restrictiva¹²⁹⁸. La subrogación de trabajadores por cláusulas convencionales ha de producirse en las condiciones, términos y con los efectos que fije el convenio colectivo¹²⁹⁹. Lo habitual no es subrogar automáticamente a todos los trabajadores sino establecer alguna limitación, por ejemplo, aquellos con una mínima antigüedad, o que no sean familiares del empresario,... Solo si la empresa cedente cumple con todos los requisitos previstos en el convenio – normalmente, entrega de documentación a su sucesora, cumplimiento de obligaciones laborales y de Seguridad Social,...- la nueva contratista se verá obligada a la subrogación de los trabajadores de su antecesora¹³⁰⁰ - no por aplicación del art.44 ET, sino del art.82.3 ET¹³⁰¹-.

Así lo ha establecido la Jurisprudencia, en resoluciones como la STS 6/7/2017 rec.1669/2016, pues el convenio colectivo cuando impone la subrogación obligatoria lo hace en un caso en que tal efecto no deriva de un supuesto que quepa incluir en las previsiones de la Directiva o del artículo 44 ET. Por ello, la norma convencional, al establecer su propia cláusula subrogatoria, introduce el supuesto que regula en el ámbito de ordenación de la Directiva, manteniendo plena libertad para fijar las condiciones de la misma en aquellas previsiones que la Directiva no contempla. Y es que la relación entre el art. 44 ET y el Convenio Colectivo que recoja tal cláusula se produce en términos de complementariedad o concurrencia no conflictiva ya que la norma convencional, regulando una realidad diferente, la mejora aplicando uno de los efectos que la norma legal ha previsto para su propia regulación.

La continuidad laboral de los contratos está en manos del convenio colectivo y esa regulación es la que de aplicarse en todo lo que sea compatible con las restantes. Son los

¹²⁹⁸ En palabras de YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional...op.cit., pág.3, “*como consecuencia de las lagunas de protección, la normativa sectorial suele articular ciertas previsiones para garantizar la estabilidad en el empleo y paliar los efectos negativos que pueden acarrear los cambios de contratista*”. Puntualiza DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Subrogación convencional...op.cit., pág.85, que puesto que la subrogación convencional supone una ampliación de derechos, respecto a los previstos por el art.44 ET, se reconoce gran libertad al convenio colectivo en la configuración de estas cláusulas – sólo limitada por la prohibición de trato desigual y discriminación-. Que la obligación de subrogación al empresario entrante pueda ser parcial, porque se condicione por el convenio colectivo al cumplimiento de determinados requisitos, “*no suscita problemas de legalidad dado que, el convenio diseña un régimen de derechos y garantías no contemplados en la ley y que, por tanto, no existirían en el caso de ausencia de previsión convencional*”.

¹²⁹⁹ YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional...op.cit.,pág.3: “*este tipo de cláusulas se ha caracterizado por su falta de homogeneidad, tanto en lo que respeta a las garantías que suelen contemplar como a los requisitos para que opere la subrogación...alcance material más limitado que las previstas en el ET*”.

¹³⁰⁰ TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios...op.cit., pág.85.*

¹³⁰¹ YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional...op.cit., pág.3.

propios agentes sociales quienes, conscientes de que sin su acuerdo tampoco habría continuidad laboral en casos análogos, han conferido una solución específica al supuesto.

Tratándose de servicios públicos, si la transmisión es entre contratas privadas, el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación a ambas puede establecer obligaciones de subrogación para la nueva empresa adjudicataria o concesionaria. No se dan los requisitos del art.44 ET, pero el convenio colectivo recoge, en su clausulado, la obligación de subrogación para la entrante. No sería posible aplicar obligaciones subrogatorias para las empresas de la cadena de contratas si la cláusula obligacional se incluye en un convenio colectivo de la empresa cedente—pero no de la cesionaria¹³⁰² -. Como, del mismo modo, cabría advertir de la dificultad de activar este tipo de cláusulas de estar contenidas en un convenio colectivo extraestatutario, dado que no resultarían obligatorias para quienes no lo han firmado.

Sin embargo, si se trata de una Administración Pública la que pasa a gestionar directamente un servicio público que hasta ahora gestionaba una empresa privada, esto es, el servicio público revierte a la Administración Pública, el tenor literal del art.130.3 LCSP hace surgir algún que otro interrogante. Dicho precepto utiliza la expresión “*un convenio colectivo*” por lo que la doctrina duda del tipo de convenio a qué se refiere. Lo razonable sería deducir que piensa en el convenio colectivo aplicable. Pero ante esta parquedad de la norma, hay quien interpreta que podría estar pensando en los convenios colectivos sectoriales. Y entonces, surge el problema de su aplicación a las Administraciones Públicas por la dificultad o la imposibilidad de que una Administración que revierte un servicio público quede afectada por cláusulas subrogatorias incluidas en un convenio colectivo sectorial - ya hemos dicho que, en la Administración Pública, vamos a encontrarnos fundamentalmente con convenios de empresa- que sea aplicable a la cedente y al ente público.

¹³⁰²Cabe preguntarse si a través de un convenio colectivo de empresa, puede imponerse el deber de subrogación a quienes fueran ajenos a dicho convenio. En sentencias como la STS 28/10/1996 rec.566/1996 se razona que la libertad que tienen las partes negociadoras de fijar el ámbito de aplicación del convenio colectivo que concierten, establecida por el art.83.1 ET, no puede ser entendida en términos absolutos, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que ostentaren las partes intervinientes en la negociación, representatividad que es considerada por el art.87 ET a efectos de fijar la que se precisa para gozar de la necesaria legitimación, con distintas reglas según cual fuera aquella. El convenio colectivo ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación (art.82.3 ET).

Es doctrina del Tribunal Supremo en esta materia que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Así se infiere del art. 82.3 ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio. Si en un convenio colectivo de sector, los pactantes son representantes de empresarios y organizaciones sindicales, pero está ausente representación alguna de las Administraciones Públicas, éstas no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellas partes hubiesen llegado¹³⁰³. La Administración Pública, si no ha sido parte en la negociación ni ha estado representada en la misma – porque no puede pertenecer o no pertenece a esas asociaciones empresariales negociadoras-, no se ve afectada por el convenio colectivo fruto de esa negociación.

No es conforme al ordenamiento jurídico, en los casos en los que una Administración no cuente con convenio propio, aplicar el convenio sectorial. Esa interpretación chocaría frontalmente con la doctrina que ha mantenido en múltiples ocasiones a propósito de la no aplicación del convenio sectorial cuando éste ordena la subrogación en la posición de empresario por parte de la Administración Pública en supuestos de sucesión o reversión de contratos¹³⁰⁴.

Aunque el convenio colectivo suponga una mejora sobre el régimen del art.44 ET, no hay que olvidar que, como regla general y sin perjuicio de excepcionales irrupciones en el ámbito sectorial por parte de empresas en principio ajenas a él que el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

¹³⁰³ Vid SSTS 21/4/2015 rec.91/2014; 19/09/2012 rec.ud.3056/2011;...MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios a...op.cit.,pág.423, alerta de la falta de legitimación activa de la Administración en los convenios sectoriales aplicables a la anterior contratista, luego, aunque contuvieran cláusulas de subrogación va a ser difícil que se apliquen a la Administración.

¹³⁰⁴Por todas, SSTS 17/6/2011 rec.u.d.2855/2010 en la que, por ejemplo, se indica que el hecho de que el Ayuntamiento revierta la limpieza viaria y pase a gestionarla con sus propios medios no convierte a la entidad local en una empresa dedicada a la actividad de limpieza pública; 21/4/2015 rec.91/2014;...

Así se deduce del art. 82.3 ET, al disponer que los convenios colectivos regulados por su Título III obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, en el que sólo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio. Si entre los pactantes del convenio colectivo, no estuvo ni tuvo representación alguna la Administración Pública no pueden quedar vinculadas por los pactos y acuerdos a que aquellos hubiesen llegado. Las Administraciones Públicas no pueden estar sujetas a normas convenidas por organizaciones patronales necesariamente guiadas por intereses particulares o sectoriales que muy difícilmente podrán coincidir con aquellos intereses públicos y generales que están llamadas a desempeñar. Las asociaciones empresariales carecen de la representatividad necesaria para extender los efectos de una negociación colectiva a tales entidades públicas.

El Tribunal Supremo unifica así su postura respecto a la aplicabilidad de los convenios sectoriales en el ámbito de las Administraciones Públicas en el sentido de rechazar tal aplicación cuando en el convenio sectorial no ha tenido participación el ente público afectado. Y, finalmente, porque las Administraciones Públicas no concurren en el mercado en el espacio sectorial en el que lo hacen las empresas afectadas por el convenio colectivo, sino que, generalmente, realizan actividades de naturaleza similar, normalmente de carácter instrumental, al servicio del interés público¹³⁰⁵.

La eficacia jurídica del convenio colectivo no puede trascender los límites que establece el propio art. 82.3 del ET - que es precisamente el que le atribuye la naturaleza jurídica que le permite desplegar esos efectos-. Lo que impide que un determinado convenio colectivo sectorial pueda extender sus efectos a las empresas que no están incluidas en su ámbito de aplicación.

Para la doctrina, extender los efectos de un convenio colectivo sectorial a empresas no incluidas en su ámbito de aplicación – en este caso, Administraciones Públicas que no han participado en la negociación ni han estado representadas –resultaría ilegal y contraria al art. 82 ET¹³⁰⁶. Piénsese en el caso de los Ayuntamientos, por ejemplo, que realizan actividades de muy diversa naturaleza y que aisladamente consideradas se

¹³⁰⁵ SSTS 6/5/2019 rec.u.d 4452/2017 .

¹³⁰⁶ ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios...op.cit.,pág.7.

corresponderían con las de muy diferentes convenios colectivos sectoriales¹³⁰⁷. Respuesta que no puede ser la de aceptar la aplicación de todos y cada uno de los distintos convenios sectoriales que pudieren corresponderse con todas y cada una de las diferentes actividades que pudiere desarrollar el Ayuntamiento. Gravísimos efectos distorsionadores que para el ente municipal y para sus propios trabajadores supondría la gestión y aplicación de diferentes convenios colectivos a cada uno de sus empleados en razón de la actividad a la que están adscritos, porque no se trata solo de que eso de lugar a un régimen salarial distinto, sino también a unos sistemas diferentes de jornada, categorías, vacaciones, etc...

La solución debería venir de la mano de gestar un convenio colectivo propio para regular las condiciones en las que se desarrollaría la relación laboral con todos sus trabajadores- abarcando así las distintas clases de actividad para las que este empleador necesitara contratar empleados en régimen laboral-, pues el convenio de empresa es, sin duda alguna, uno de los que vienen comprendidos en la permisión de los arts. 82 y ss ET y la experiencia demuestra que con mucha frecuencia los Entes públicos tienen su propio convenio. Ninguna duda cabe que la formalización de un convenio colectivo propio es la herramienta jurídica más adecuada para dar solución a esta problemática, en tanto que permite regular unitariamente las relaciones laborales de todos sus empleados y de todas las diferentes actividades que pudiere desarrollar en la prestación del servicio público. Igualmente, la ausencia de convenio colectivo podría ser solucionada mediante el recurso a los mecanismos previstos en el art. 92 ET, bien mediante la adhesión a otro convenio, bien mediante la extensión de otro convenio colectivo en vigor.

Esta es la postura mayoritaria de la doctrina en relación con la lectura del actual art.130 LCSP, la imposibilidad de obligar a la subrogación a la Administración Pública por las cláusulas de un convenio colectivo sectorial¹³⁰⁸. Aunque la vigente redacción

¹³⁰⁷ No hay que ignorar, no obstante, que la doctrina judicial – vid SSTS 7/10/2004 rec.2182/2003 (con un interesante voto particular) y 1/6/2005 rec.15/2004- venía aceptando la posibilidad de aplicar convenios colectivos de sector, sobre todo en pequeños entes municipales que carecían de convenio colectivo propio. Se argumentaba que existía el riesgo de crear un injustificado vacío de regulación, resultando indebidamente perjudicados los trabajadores que prestaran servicios para estos empleadores con respecto a los que los prestaran en la misma actividad para otra empresa en la que no concurriera la cualidad de ente público (art.14 y 17 ET). Lo lógico, se sostenía entonces, es que dichas relaciones laborales queden sujetas al convenio aplicable a las empresas que se dedicasen a la misma actividad. Aunque se admitía que, cuando estas actividades fuesen varias, pudiese resultar incómodo al ente público empleador cumplir la normativa resultante de tantos convenios como actividades. Lo que no resultaba admisible es que el empleador decidiese prescindir de un convenio de empresa, y a la vez pretendiese no someterse a aquél o aquéllos convenios que regulen cada una de las actividades en cuyo desarrollo el empleador contrate trabajadores asalariados, pues esto crearía, como se ha dicho, un injustificado vacío normativo

¹³⁰⁸ Vid STJUE 20/1/2011 C-463/09 asunto Clece; SSTS 4/7/2018 rec.2609/2017; 7/6/2011 rec.2855/2010; 11/7/2011 rec.2861/2010 y 26/7/2012 rec.3627/2011.

únicamente se refiera al “*convenio colectivo*”, se defiende que la referencia lo es al convenio colectivo aplicable¹³⁰⁹ y esos convenios colectivos sectoriales en materia de subrogación no se aplican a las Administraciones Públicas. Además, romper con el principio de correspondencia del art.82.3 ET - en materia de aplicación de los convenios colectivos - exigiría de mayor contundencia por parte del legislador (el legislador debería haber contemplado la posibilidad de aplicar los convenios colectivos sectoriales en materia de reversión a la Administración), porque se rompe con un principio general y básico, y esa no parece ser la intención del legislador¹³¹⁰.

Probablemente con la mención “convenio colectivo”¹³¹¹, el art.130.3 LCSP se refiere a los del art.38 EBEP. Esto es, a cláusulas convencionales subrogatorias pero incluidas en convenios colectivos negociados entre la Administración Pública y la representación sindical mayoritaria de los trabajadores de esa Administración¹³¹². En los que se pacta que, si se revierte un servicio público, la Administración se queda con los trabajadores. De ese tipo de convenios sí que podría nacer la obligación para la Administración.

El art.130.3 LCSP contempla la posibilidad de que la subrogación de trabajadores, en el caso de reversión de servicios públicos, derive de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general. Cabría reproducir lo dicho para el convenio colectivo sectorial, resultaría aplicable a la Administración Pública si quedase dentro de su ámbito de aplicación. La norma tiene en mente los acuerdos sobre materias concretas- acuerdos interprofesionales que están regulados en el art.83.3 ET-. Convenios que sobrepasan un sector o un territorio y que se firman por los sindicatos más representativos con las asociaciones empresariales o con la Administración Pública¹³¹³. Estos Acuerdos podrán recoger la obligación de subrogación en los casos de sucesión o transmisión de empresa.

¹³⁰⁹ Para GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en...op.cit.,pág.544, el art.130.3 LCSP se refiere al convenio aplicable a la entidad administrativa que revierte el servicio público.

¹³¹⁰ TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de...op.cit.

¹³¹¹ De la parquedad de la norma, se refiere al “convenio colectivo”, podría interpretarse, según BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos*...op.cit.,pág. 78, que la Administración queda obligada, a pesar de estar fuera del ámbito de aplicación. Discrepando de esta interpretación, este laboralista defiende que lo más razonable es entender que la referencia es al convenio colectivo “que le sea aplicable”.

¹³¹² TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de servicios...op.cit.

¹³¹³ TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de servicios...op.cit.

Y, de haberlo firmado la Administración Pública le obligarían estas cláusulas de subrogación de los trabajadores o alguna de sus condiciones¹³¹⁴.

Por último, señalar que no es posible que nazca la obligación de subrogación de una declaración unilateral de la Administración Pública ya que, *“la incorporación voluntaria de trabajadores por parte del ente podría suponer un fraude de ley por vulnerar los principios de acceso al empleo público”*¹³¹⁵. Estaríamos ante supuestos de asunción voluntaria del personal que no son aceptables, como tampoco lo es la contratación directa de empleados públicos.

Finalmente, quiere repararse en el art.308.2 LCSP del que podría deducirse la prohibición de asunción directa y unilateral de trabajadores subrogados, fuera de los supuestos legales o convencionales. Así dispone que a *“la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”*.

Doctrina acreditada, reflexionando sobre la posible conflicto entre este precepto y el art.130.3 LCSP, interpreta que, en los supuestos de reversión de servicios públicos, con la expresión “consolidación” no puede entenderse como no asunción de la plantilla saliente¹³¹⁶- lo que supondría dejar de aplicar el art.44 ET y la Directiva 2001/23/CE- y que debe entenderse como *“no adquisición de la condición de empleado público con plaza en propiedad”*¹³¹⁷.

En cualquier caso, no deja de causarnos extrañeza, que esa misma manifestación de voluntad de la Administración Pública de subrogarse de los trabajadores de la

¹³¹⁴ También es de esta opinión MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.,pág.423, *“solo aquellos convenios colectivos o acuerdos de negociación colectiva de eficacia general que se firmen en el sector público con participación de la entidad cesionaria pública en la mesa de negociación o representada por ésta, contemplando la subrogación de la plantilla de contratistas y concesionarios, serían válidos a efectos sucesorios”*.

¹³¹⁵ YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contrata...op.cit.,pág.4. Aunque en la práctica se haga – en algún supuesto de sucesión de plantilla por la Administración Pública- para GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en...op.cit.,, pag.545.

¹³¹⁶ Vid STJUE 19/10/2017 C-200/16 Asunto Securitas que declara la falta de validez de las normas que se opongan a la subrogación de trabajadores en los supuestos de traspaso de empresa.

¹³¹⁷ BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no hijos...op.cit.*, pág.79.

adjudicataria, en caso de reversión de servicios públicos, sí que sea posible cuando se contiene en un instrumento colectivo.

4.3.3. Imposibilidad de que la subrogación nazca ex pliegos

En el ámbito de la sucesión de contratistas en la Administración Pública, se plantea el nacimiento de obligaciones subrogatorias ex pliegos. Esto es, en el caso de que terminada una contrata con una empresa privada para la gestión indirecta de un servicio público, la nueva adjudicataria se vea obligada a subrogarse en los trabajadores de la anterior porque así se contiene en el pliego de condiciones –no estaríamos ante el supuesto de que el empresario obligado a subrogarse sea un ente público-. Ello se deducía del tenor del art.120 *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*¹³¹⁸, en la actualidad derogado.

Sin embargo, en la actual redacción de la LCSP no se establece ningún condicionamiento de subrogación de la plantilla para el nuevo concesionario. Del vigente art.130.3 LCSP ha de descartarse que esta obligación de subrogación surja ex pliegos de cláusulas administrativas de los contratos públicos, lo que confirmaría lo ya sostenido por la Jurisprudencia contencioso administrativa¹³¹⁹, en contra de lo defendido por la social¹³²⁰. El pliego no puede introducir una subrogación convencional siempre y cuando

¹³¹⁸El ya derogado art.120 LCSP 2011 disponía que “*en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste*”. Recuerda RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y...op.cit.,pág.6, que de este precepto podía interpretarse, en la línea del actual art.130.3 LCSP 2017, que el pliego limita su contenido a una relación jurídica administrativa (contrato administrativo) y que no entra en aspectos de otra naturaleza que afectan a terceros – relaciones laborales entre el empresario adjudicatario y los trabajadores del cedente-. O entender, en segundo lugar, que “*la sucesión se deriva de un vínculo contractual del que los trabajadores no son parte -quien contrata es la Administración y la empresa-, pero cuando no haya transmisión de elementos patrimoniales, se requiere acuerdo de los trabajadores. No se les puede imponer la sucesión pues ésta no deriva de una norma o instrumento con fuerza normativa que les resulte directamente aplicable, por lo que al establecerse en el pliego de condiciones la subrogación de la plantilla, se requiere que se informe a los trabajadores sobre los términos de la sucesión, para que éstos den o no su conformidad...en última instancia, serían éstos los que deciden si acceden o no a dicho traspaso...*”

¹³¹⁹ STS C-advº 18/6/2019 rec. 702/2016.

¹³²⁰ TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de...*op.cit.,pág.61, señala como la Jurisdicción social sí que admite esta posibilidad – SSTS 4/6/2013 rec.58/2012; 13/11/2013 rec.1334/2012;...- , a diferencia de la contencioso administrativa para la cual no corresponde los pliegos de una licitación establecer la obligación de subrogación, sino a la legislación laboral.

no sea un supuesto de hecho de transmisión legal o el convenio colectivo sectorial lo incluya¹³²¹.

Rechazando que el actual art.130 LCSP establezca la obligación de subrogación, lo que sí contiene son obligaciones informativas del cedente a la Administración Pública adjudicadora y de ésta al cesionario, cuando se dé un supuesto de subrogación, tanto legal como convencional. Así, el ente público deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el art.130 LCSP.

Para que el órgano de contratación pueda facilitar esta información a los licitadores, el mismo precepto impone a la empresa saliente, que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, proporcionar la antecitada información al órgano de contratación, a requerimiento de éste. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista.

En este sentido, como recalca la doctrina, el precepto exigiendo el cumplimiento de estas obligaciones informativas en los pliegos de cláusulas administrativas de contratación, no genera ningún tipo de obligación subrogatoria para los licitadores del concurso. Únicamente informa de las consecuencias laborales de subrogación al futuro adjudicatario, siempre y cuando se éste ante un supuesto de subrogación ex lege o convencional. Como ya reconocía la Jurisprudencia contencioso administrativa¹³²², señala que la cláusula de subrogación empresarial excede del ámbito subjetivo propio de los pliegos -Administración contratante y adjudicatario-, en la medida en que dicha cláusula supondría establecer en un contrato administrativo estipulaciones que afectan a

¹³²¹ Por otras, SSTS 12/12/2017 rec.668/2016 ;...

¹³²² STS C-advo 18/6/2019 rec. 702/2016.

terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la anterior empresa adjudicataria. Desde un punto de vista objetivo, dicha cláusula impondría al contratista obligaciones que tienen un contenido netamente laboral -la subrogación en los derechos y obligaciones del anterior contratista respecto al personal que esté destinado a la prestación del servicio- y que forman parte del status del trabajador, de cuyo cumplimiento o incumplimiento no corresponde conocer ni a la Administración contratante ni a la Jurisdicción contencioso-administrativa, sino a los órganos de la Jurisdicción social. En definitiva, la subrogación no puede constituir una de las obligaciones que se imponen en el pliego de cláusulas administrativas particulares del adjudicatario del contrato. De este modo, solo cuando la subrogación venga impuesta por ley o por convenio colectivo, podrán los pliegos recoger tal exigencia.

4.3.4. Efectos de la sucesión o subrogación empresarial

En relación con la sucesión de contratos administrativos, aunque no sea un supuesto de subrogación de trabajadores –con independencia, en caso de serlo, de las correspondientes responsabilidades o consecuencias establecidas por la normativa laboral-, el pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará obligaciones para el empresario contratista. Así el art.130.6 LCSP, impone a éste la obligación de responder por los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. En este caso, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos¹³²³.

No obstante, estos efectos que prevé la normativa administrativa nos interesan relativamente porque no estaremos ante un supuesto en el que la Administración Pública deba subrogarse en los trabajadores de la cedente o adjudicataria, sino que afecta a las empresas implicadas en la sucesión de la contrata administrativa de gestión de un determinado servicio público. Sí que habrá que prestar atención a los efectos que prevé

¹³²³ ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios...op.cit.,pág.10, “cuando no es de aplicación el art.44 ET, en ningún caso dicha obligación corresponderá al adjudicatario del nuevo contrato...se aplican los mecanismos destinados al cumplimiento de esta obligación: retención de cantidades pendientes de pago por el órgano de contratación y no devolución de la garantía definitiva...lo que hace evidente que la entidad pública contratante no debe asumir coste alguno de los impagos del contratista moroso”.

la norma laboral para proteger a los trabajadores de la empresa adjudicataria saliente que ahora son subrogados a la Administración Pública.

De producirse la subrogación de los trabajadores por la Administración, con motivo de la aplicación de una cláusula convencional de un convenio colectivo o bien por derivarse de un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, los efectos de la misma serán los pactados en dichos instrumentos colectivos¹³²⁴. Como se ha dicho, son los negociadores los que establecen los límites, condiciones y efectos de esas subrogaciones tanto para los trabajadores subrogados como para la empresa cedente y cesionaria.

Por el contrario, en el caso de incluirse entre los supuestos obligatorios de subrogación legal - tipificados por la norma laboral-, los trabajadores subrogados por su nuevo empresario acceden a los beneficios recogidos en el art.44 ET y en la Directiva 2001/23/CE¹³²⁵, cuya aplicación en el ámbito del empleo público plantea no pocas dificultades. Y es cuando de nuevo nos encontramos ante un choque frontal entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, por ejemplo, entre los principios constitucionales de acceso al empleo público y el principio de estabilidad en el empleo y con las limitaciones presupuestarias.

Así, conforme al art.44.1 ET y art.4.1 Directiva 2001/23/CE, el cambio de titularidad no implica por si misma la extinción de los contratos de trabajo con la empresa cedente. Las relaciones laborales de los trabajadores subrogados se mantienen con el nuevo adjudicatario. Aquí nos encontramos con el primer problema, la naturaleza de la relación laboral del trabajador subrogado por la Administración. Líneas abajo enumeraremos las soluciones que se proponen al respecto.

¹³²⁴ Aunque también se defiende que, una vez aplicada la subrogación convencional, los efectos sean los del art.44 ET por incurrirse en sucesión de plantillas.

¹³²⁵ Recuerda RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y...op.cit.,pág.2, que “*la sucesión de empresas es de naturaleza absoluta en imperativa, produciéndose los efectos subrogatorios que el mismo establece con independencia de la voluntad de las partes y pese a la voluntad de éstas, es decir, aunque las partes pactaran lo contrario*”. También ALTÉS TÁRREGA, J.A.: “La responsabilidad del...op.cit.,pág.3, analiza como el mantenimiento de la relación laboral, “*determina que un sujeto distintos de originariamente obligado asume la posición del anterior en relación con los contratos, derechos y obligaciones del mismo, sin que sea necesario el acuerdo ni la aceptación por parte del empresario cedente, ni del cesionario*”. Nuestro art.44 ET supera la tutela ofrecida por la Directiva 2001/23/CE ya que, como comenta este laboralista, el mecanismo subrogatorio incluye a todas las condiciones laborales, tanto hacia el futuro –manteniendo vivos los contratos de trabajo y las condiciones laborales de éstos, incluidas las reconocidas en el convenio colectivo aplicable a las mismas en el momento del traspaso- como hacia el pasado, asumiendo el cesionario responsabilidades previas a la transmisión.

Del mismo modo, según ese mismo art.44.1 ET, el nuevo empresario– en nuestro caso una Administración Pública – queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente¹³²⁶. Y esto, que el ente público mantenga íntegramente las condiciones de trabajo de las que disfrutaba el trabajador subrogado en su empresa cedente, puede resultar no factible. Piénsese en los problemas organizativos, para la Administración Pública que se subroga en las relaciones laborales tras la reversión, por ejemplo, en materia de jornada o de otros aspectos relacionados con el tiempo de trabajo. O en el mantenimiento de las condiciones salariales u otros conceptos, por ejemplo, aportaciones a protección social complementaria u otras ventajas relacionadas con la acción social, por su más que posible colisión con el sometimiento de la Administración a las restricciones presupuestarias.

Como indica el art.44.4 ET, salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida. El art.3.3 Directiva 2001/23/CE obliga al cesionario a mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Como señala la doctrina, otro problema es el mantenimiento del convenio aplicable de la cedente a la cesionaria, si ésta última es un ente público, ya que *“puede haber condiciones del convenio que no se puedan respetar por la cesionaria por imposibilidad material o por impedirlo la normativa aplicable al sector público”*¹³²⁷. Por ejemplo, la aplicación del convenio colectivo de la empresa saliente puede plantear algún conflicto con la

¹³²⁶ Un estudio de las dificultades por el mantenimiento de las condiciones de trabajo, que se plantean tras la subrogación, consultarse ESTEVE SAGARRA, A. y ITUREN OLIVER, A.: “Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 470, 2022.

¹³²⁷ En TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de...op.cit.*,pág.194.

legislación presupuestaria – aportaciones a sistemas de previsión social complementaria, retribuciones, indemnizaciones por despido,...-. En estos supuestos, según la doctrina, aplicando el principio de jerarquía normativa, habría que dar preferencia a la norma comunitaria sobre la norma interna – incluso aún tratándose del texto constitucional-. Y con mayor motivo en el caso de un empresario que ostenta la condición de Administración Pública ya que podría hablarse de un supuesto de eficacia directa de la Directiva. Ello conduciría al mantenimiento de las condiciones del convenio colectivo aplicable a los trabajadores subrogados, aunque después la Administración Pública tuviese que recurrir a las herramientas de flexibilidad interna que ofrece la legislación laboral –modificación sustancial de las condiciones de trabajo, movilidad funcional, movilidad geográfica, inaplicación del convenio colectivo,...¹³²⁸-.

Conforme al art.44.3 ET, y sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social¹³²⁹, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. Cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito (art.311 CP)¹³³⁰. Responsabilidades en las que no vamos a detenernos en este trabajo.

En fin, entre otras garantías, además de obligaciones informativas y de consulta con la representación legal de los trabajadores, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad (art.44.5 ET).

¹³²⁸ Vid GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en...op.cit.,pág.551. A mayor abundamiento vid ESTEVE SAGARRA, A.: “Situación de los trabajadores tras la subrogación” en *Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública*, Universidad de Valencia, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=9iDYa-V9GdI>, (visitado 1/10/2022). También GOERLICH PESET, J.M.: “Situación de los trabajadores tras la reversión ¿Cuándo pueden cambiar las condiciones laborales de personal a extinguir?” en *Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública*, Universidad de Valencia, 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=qnSJxTDhrpI> (visionado 30/9/2022).

¹³²⁹ Vid art.18.3, 142.1 y 168.2 LGSS.

¹³³⁰ Advierte YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional...op.cit.,pág.2, la mejora que esto supone sobre la Directiva que, en este sentido, en su art.3.1 y 8 resultaría mucho más escueta.

a) *Naturaleza del vínculo del trabajador fijo de la adjudicataria subrogado por la Administración Pública. Distintas soluciones.*

La obligación de no extinguir la relación laboral y mantener el contrato de trabajo por parte de la Administración Pública que reinternaliza el servicio público, como ya se ha dicho, no tiene fácil desenlace puesto que de nuevo enfrenta a las soluciones del Derecho del Trabajo con los principios constitucionales de acceso al empleo público.

Quienes venían prestando servicios con contrato temporal por cuenta de una empresa privada, adjudicataria de un servicio, de apreciarse la aplicación del art.44 ET, pasarán a prestarlo para la Administración Pública asume la gestión directa del servicio por el tiempo que reste de su contrato¹³³¹. Más problemático resulta si se trata de trabajadores fijos al servicio de la adjudicataria y en los que ahora se subroga la Administración Pública.

Distintas son las soluciones que se apuntan para dar protección a los trabajadores afectados por el proceso de reinternalización de servicios públicos. Una de las posibles es la conversión de los trabajadores de la cedente en *trabajadores indefinidos no fijos*. Solución que, si bien ahora no puede decirse lo mismo, no se aplicaba a todo el sector público, entendiéndose, por ejemplo, que las sociedades mercantiles quedaban excluidas del art.2 EBEP, regulándose por el Derecho Privado y no se regían, en la contratación de sus trabajadores por los principios de acceso al empleo público¹³³².

Este remedio supone forzar esta figura de elaboración jurisprudencial pensada para trabajadores, inicialmente temporales, que se ven afectados por un fraude de ley o un uso abusivo en su contratación; mientras que en el caso de la recuperación de servicios públicos, se está aplicando a trabajadores contratados inicialmente por su empresa, bien como fijos, bien como temporales, de manera lícita. Además, se coloca a los trabajadores en una situación muy vulnerable no quedando garantizada su estabilidad en el empleo dado que la Administración podría, en cualquier momento, o bien amortizar sus puestos de trabajo o incluirlos en la OEP para ser cubiertos de manera permanente tras un proceso selectivo reglamentario¹³³³.

¹³³¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Problemas laborales en...op.cit.,pág.4, indica que, de ser temporal, “al desaparecer el contrato entre la empresa y la Administración, desaparece la causa de temporalidad”.

¹³³² SSTS 6/7/2015 rec 229/2015; 18/9/2014 rec.2320/2013;...

¹³³³ La redacción inicial de la DA 26ª Uno LPGE 2017 podría dar pie a rechazar esta vía como solución para la integración de personal, ya que, literalmente dispone “que no podrán considerar como empleados públicos de su art. 8 EBEP, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en

Otras alternativas más protectoras con el trabajador subrogado ha sido la consideración de esos empleados como *personal laboral no empleado público a extinguir*. Esto es lo propuesto, entre otros, por el art.5 *Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa*, en relación a la integración de ciertas fundaciones en organismos públicos, al disponer textualmente que la incorporación del personal se realizará con la condición de “a extinguir” y sin que, en ningún caso, adquiera la condición de empleado público. Dispone también que “*la integración no podrá ser entendida como causa de modificación o de resolución de las relaciones jurídicas que mantengan las fundaciones citadas, quedando los organismos públicos subrogados en las citadas relaciones jurídicas*”. Asimismo, el art.94.4.b *Ley 40/2015*, al tratar de la fusión de organismos públicos estatales, ordena que la integración del personal podrá realizarse con la condición de “a extinguir”. O incluso por leyes autonómicas como el *Decreto Ley 7/2012 de 19 de octubre de medidas de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional de la Generalitat valenciana*. Para la doctrina esta solución “*permite que las personas que ellos ocupan mantengan una relación laboral estable con la propia Administración u otro ente del sector público mientras no se produzca su baja por cualquier circunstancia (jubilación, despido, fallecimiento,...) supuesto en que dicha plaza se amortiza. Lo relevante es que mediante dicha calificación se excluye su convocatoria pública con lo que se altera la precariedad que caracteriza a dicha figura*”¹³³⁴. Esta calificación supone que “*seguirá desarrollando sus funciones en la entidad pública sin adquirir la condición de empleado público y sin que forme parte permanente de la plantilla en el organismo público ni consolida su plaza en el mismo. Su contratación se vincula exclusivamente al puesto y funciones que desempeña sin que pueda beneficiarse de las condiciones de*

una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art. 2.3 Ley 40/2015, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública”. Pero las letras a) y b) son derogadas por STC 122/2018, de 31 de octubre. Como recuerda DE LA PUEBLA PINILLA, A. : “*Problemas laborales en...op.cit.,pág.4, cabría que la Administración revirtiera el servicio público a una entidad instrumental con personalidad jurídica independiente de la primera. Pero si les resultan aplicables los principios de acceso al empleo público (DA 1ª EBEP), nos encontraríamos con la misma dificultad.*

¹³³⁴ Como expone CASTILLO BLANCO, F.A.: “*Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados*” en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506064> 28/04/2016 (consultado 18/7/2018).

trabajo del empleado público aunque tenga estabilidad en el puesto que venía ocupando en la empleadora cedente... ”¹³³⁵

La opción como *personal subrogado no empleado público* podría parecer también una buena salida, tras la prohibición de la DA 26ª LPGE 2017¹³³⁶ – después derogada¹³³⁷ –, que colocaba a estos trabajadores en una especie de limbo jurídico. En este caso, el trabajador subrogado “*permanece en el ámbito público con un estatuto propio, sin que le sean de aplicación los principios, reglas, procedimientos y normas de empleo público... sus condiciones de trabajo deberían converger con las de la empresa entrante y los contratos laborales objeto de subrogación podrán ser extinguidos*”¹³³⁸.

Una última alternativa, la más reciente en relación con la calificación de la naturaleza de la relación del trabajador fijo que es subrogado por una Administración Pública, es considerarlo como fijo o indefinido, si bien puede hablarse de una fijeza con limitaciones_ o condicionada¹³³⁹ - dado que se entiende “*con adscripción a la unidad productiva transmitida*”¹³⁴⁰. Para llegar a esta conclusión intermedia entre la fijeza plena

¹³³⁵ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 3, 2017, pág. 141-142.

¹³³⁶ Dicha disposición disponía que, desde la entrada en vigor de dicha Ley y con vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del art.2 EBEP, no podrán considerar como empleados públicos de su art.8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público: a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el art.2.3 Ley 40/2015, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública. Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral- ésta mención es suprimida por la DA 34ª LPGE 2018-. Disposición había que leerla junto a la DA 34ª. Dos de esa misma LPGE que literalmente rezaba que los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental...no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Para la doctrina ambos preceptos operan con el subliminal propósito de “*entorpecer los supuestos de remunicipalización de los servicios públicos*”, colocando a los trabajadores de la saliente en una difícil situación dado que viene a prohibir su consideración como trabajadores indefinidos no fijos, como explica BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos...op.cit.*, pág.80. También se la ha calificado como norma “*anticonsolidación*”.

¹³³⁷ Por motivos en los que no vamos a profundizar, la STC 122/2018, de 31 de octubre declara inconstitucional fragmentos de esas dos disposiciones adicionales.

¹³³⁸ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Limitaciones a la incorporación...op.cit.,pág.147.

¹³³⁹ Vid BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reversión y fijeza (condicionada) del personal subrogado”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol.8, 2022.

¹³⁴⁰ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en el...op.cit.,550, plantean que también se podría incorporar esos trabajadores como indefinidos para, a continuación, extinguir sus contratos de trabajo vía art.51 ó 52.c ET, aunque el despido podría considerarse improcedente por la dificultad de acreditar la causa objetiva.

y la fijeza limitada, nuestro Tribunal Supremo –entre otras, en STS 28/1/2022 rec.u.d.3781/2020¹³⁴¹- argumenta lo siguiente. Por una parte, que el concepto de subrogación exige que el nuevo empleador, en nuestro caso una Administración Pública, se subrogue en las relaciones laborales de carácter fijo sin alterar esa condición (FJ 5º).

Adaptando la doctrina judicial interna a la del TJUE¹³⁴², apunta que la finalidad del art.44.1 ET es favorecer la estabilidad en el empleo ante un cambio de empleador para que los trabajadores afectados por la sucesión empresarial puedan mantener ante el nuevo empresario los mismos derechos que tenía reconocidos con el anterior. La empresa entrante pasa a ocupar el lugar de la saliente respecto de los concretos trabajadores afectados por el cambio empresarial sin que ello se altere por el mero hecho de que dicha situación opere sobre una unidad productiva autónoma y sobre la mayoría o la totalidad de los que a ella estén adscritos. Del art. 44.1 ET no deriva un mandato directo y explícito para que la persona trabajadora demandante mantenga la condición de fija, pero sí una regulación cuya clara finalidad es que el tipo de vínculo existente conserve sus características, sin alteración, como consecuencia del cambio de empleador.

Asimismo, en la Directiva 2001/23/CE se reconoce explícitamente el mantenimiento de los derechos de las personas afectadas por la transmisión. De esta manera, en su art.3.1 se dispone que “*los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso*”. Debe recalcar que el objeto de la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por el mero hecho de la transmisión¹³⁴³.

Recuerda nuestro Tribunal la STJUE 13/6/2019 C-317/18 Asunto Correia Moreira¹³⁴⁴, en la que se razona que el respeto a la identidad nacional inherente a las

¹³⁴¹ En el caso que resuelve la STS 28/1/2022 rec.ud.3781/2020 ha existido una transmisión de unidad productiva autónoma - un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria (art. 44.2 ET)- a consecuencia del cual no se extingue la relación laboral quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales (art.44.1 ET)

¹³⁴² STS 27/9/2018 rec.ud. 2747/2016; STS 21/1/2021 rec. 47/2019.

¹³⁴³ STJUE de 6 /4/2017 C-336/15 Asunto Unionen.

¹³⁴⁴Se resuelve el caso de una trabajadora que, ocupando un puesto de confianza en la empresa cedente, es asumida por el Ayuntamiento. Y, aplicando a la legislación portuguesa se le exige que se someta a un procedimiento público de selección; contempla el surgimiento de un nuevo vínculo (no se mantiene el anterior); su eventual integración en la función pública supondría una disminución de su salario durante un

estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros (art. 4.2 TUE) no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito¹³⁴⁵. Concluye nuestro Tribunal nacional que, cuando existe transmisión de una unidad productiva autónoma, el ordenamiento jurídico prescribe la subrogación del nuevo empleador en las relaciones laborales preexistentes. Y no es admisible una parcelación subjetiva o la minoración de los efectos, como sucede cuando la modalidad contractual se altera en tal dirección y no es conforme con el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario. Quiere ello decir que de las previsiones del artículo 103.3 CE -acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad- no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva.

Por todo lo anterior, deduce que la aplicación de la categoría de personal indefinido no fijo es inadecuada para resolver la situación de quienes venían trabajando al amparo de contratos fijos y, como consecuencia de una transmisión de empresa, resultan subrogados por una Administración Pública. Y es que esta categoría surge para explicitar las consecuencias derivadas de previas conductas infractoras –su origen se halla en la necesidad de conciliar las consecuencias de los incumplimientos en materia de temporalidad con las exigencias constitucionales sobre acceso a la función pública-. La desnaturalización del tipo de contrato existente y su acceso a otra categoría aparece como una consecuencia favorable para la persona afectada. La no fijeza matiza esa consecuencia, pero juega en favor de una mejora de la posición jurídica mantenida por quien trabaja. Sin embargo, en nuestro caso no existe infracción de normas que pudiera remediarse mediante la aplicación de la cualidad de indefinido no fijo.

período de al menos diez años. El TJUE considera que la normativa portuguesa no es conforme con la Directiva 2001/23/CE – en un supuesto en el que, a consecuencia de la subrogación, se modifican las condiciones de trabajo, acordadas con el cedente, colocan a la trabajadora cedida en una situación menos favorable que aquella en la que se encontraba antes de dicha transmisión-.

¹³⁴⁵ Es por ello, que la Directiva 2001/23/CE, en relación con el art. 4.2 TUE, *"se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario"*.

La no fijeza viene a empeorar la posición del trabajador fijo que ahora se subroga a la Administración. La condición de indefinido no fijo surge por una irregularidad de cuya responsabilidad no puede eximirse el sujeto empleador, lo que no es el caso de la reversión del servicio. Esta categoría viene a resolver un conflicto entre dos bloques normativos de carácter interno: el de las reglas sobre acceso al empleo público y el de las consecuencias de los incumplimientos en materia de contratación temporal. Pero en el caso de reversión de servicios públicos y la subrogación por la Administración Pública se trata de reglas incorporadas a una Directiva de la Unión Europea y las reglas de un Estado miembro sobre acceso al empleo público. La interpretación conforme de nuestro ordenamiento, para concordarlo con las exigencias derivadas de la primacía del Derecho comunitario (art. 4.bis LOPJ) está ahora en juego¹³⁴⁶.

La subsistencia de la relación laboral del personal indefinido ni fijo se encuentra condicionada a la decisión de la Administración Pública de que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso público. Para la persona originariamente vinculada mediante un contrato temporal se trata de situación favorable pues sigue prestando sus servicios y se le da la opción de aspirar a hacerlo con fijeza. Sin embargo, para la trabajadora subrogada supone un claro detrimento pues debilita su vinculación y debe afrontar un riesgo (no superar las pruebas) que antes era inexistente¹³⁴⁷.

Cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo debe mantenerse esa condición. Es inadecuado aplicar en este caso la categoría de personal indefinido no fijo, so pena de desconocer las exigencias derivadas de la Directiva 2001/23/ CE¹³⁴⁸. Sin embargo, admite el propio

¹³⁴⁶ La fijeza ya era defendida por TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios...op.cit.*,226, quienes entienden que ha de darse prioridad a la Directiva sobre el derecho interno. Puntualizan que para los laborales esos principios constitucionales de acceso al empleo público no son directamente aplicables sino que han debido ser desarrollados por una norma con rango legal, inferior jerárquicamente a la norma comunitaria. No se debe aplicar una solución pensada para el fraude de ley a los supuestos de subrogación.

¹³⁴⁷No estamos ante un tema de acceso al empleo público sino de asunción de relaciones laborales ya constituidas. En este sentido, la STC 25/2005 (Ikastolas) en la que se invoca el art. 103 CE y los principios de acceso al empleo público posee unas reflexiones que, indirectamente, concuerdan con el resultado a que accedemos, el máximo intérprete de nuestra norma fundamental, bien que en el marco de un debate acerca del alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma, no solo admite que la subrogación comporta integración del personal afectado en el organigrama de la Administración cesionaria, sino que lo considera una consecuencia ineludible, sin someterla a restricción especial.

¹³⁴⁸ Como ya se había adelantado, por otros GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: "Descentralización en el...op.cit.,pág.549. El trabajador fijo subrogado por la Administración que se convierte en indefinido no fijo experimenta una pérdida de derechos, tras la transmisión, y puede fácilmente

Tribunal, que la solución considerando la fijeza de la trabajadora tiene alcance limitado. La misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad en el momento en que ya no suceda así. La fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión. Así, por ejemplo, el derecho a promoción únicamente podrá llevarse a cabo dentro de la unidad productiva transmitida, y no dentro de la Administración Pública subrogadora¹³⁴⁹.

5. Estatuto jurídico del indefinido no fijo

La categoría conceptual del indefinido no fijo – que el EBEP diferencia de la de los fijos y de la de los trabajadores temporales - surge inicialmente, como se ha dicho, como una suerte de mejora de la posición del trabajador afectado respecto del trabajador temporal regular. De su estatuto jurídico¹³⁵⁰, que se ha ido pergeñando paso a paso por la doctrina jurisprudencial, debe decirse que se ha producido una significativa evolución en pro del reconocimiento por nuestros Tribunales de un mayor número de derechos y en su asimilación, en un número significativo de éstos, al trabajador fijo.

Cabe añadir como, desde su nacimiento, se observa un movimiento de vaivén jurisprudencial en torno a la naturaleza, temporal o no, de esta figura en el que no va a profundizarse. Aunque han sido vacilantes y han insistido sucesivamente en su equiparación con el interino por vacante, con el fijo y ahora de nuevo a defender su naturaleza temporal¹³⁵¹, como se ha dicho.

En relación con su posible paralelismo con el contrato de interinidad por vacante, la reciente STS 28/1/2022 rec.3781/2020 declara que en este tipo de contrato temporal hay que acotar, desde la propia génesis del contrato, el concreto puesto de trabajo que va

ver extinguido su contrato de trabajo porque la plaza puede amortizarse o convocarse a concurso público. Siendo esto así, no se estaría cumpliendo la Directiva 2001/23/CE. Esta unificación doctrinal también persigue despejar las dudas que pudieran haber suscitado algunas consideraciones de anteriores sentencias, en las que no se debatía frontalmente la cuestión, por ejemplo, de la STS 10/6/21 rec.u.d. 4926/2018.

¹³⁴⁹ Como advierten ESTEVE SAGARRA, A. y ITUREN OLIVER, A.: “Situaciones problemáticas...op.cit, pág.21.

¹³⁵⁰ Recuerda BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Indefinidos no fijos*...op.cit., pág.110, que, reconocida por resolución judicial la condición de indefinido no fijo, es obligación de la Administración incluir dicha plaza en la OEP para su cobertura por libre ingreso o por promoción o provisión. Sin embargo, la falta de consecuencia del incumplimiento del ente público, coloca al afectado en una especie de limbo jurídico.

¹³⁵¹ Esa evolución se resume, por ejemplo, en la STS 2/4/2018 rec.27/2017. El ATJUE 26/4/2022 insiste en la condición de temporal del trabajador indefinido no fijo. Resuelve una cuestión prejudicial en el caso de un trabajador que es sucesivamente contratado por la Universidad con contratos temporales. El Juzgado plantea al TJUE si resulta de aplicación la Directiva 1999/70/CE a los trabajadores indefinidos no fijos.

a desarrollarse mientras que cuando se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza¹³⁵². De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida. Estas consideraciones han hecho que, en cuanto mecanismo extintivo, se abandone la construcción de la condición resolutoria, exigiendo la aplicación de los mecanismos propios del despido objetivo o colectivo, cuando se amortizan plazas ocupadas por indefinidos no fijos, reconociendo el derecho a indemnización cuando el vínculo termina por acceder a la plaza quien la ha obtenido tras las pertinentes pruebas y admitiendo cierta flexibilidad funcional o movilidad interna.

En la actualidad nuestros Tribunales sostienen que, ante la ausencia de regulación expresa sobre los derechos de este colectivo y conforme al art.15.6 ET y al Derecho de la UE¹³⁵³ estos trabajadores considerados temporales indefinidamente han de asimilarse en derechos al trabajador fijo de plantilla¹³⁵⁴. Lo anterior deja a salvo las particularidades específicas en materia de extinción que inciden en esta figura contractual y aquellos otros aspectos en los que concurra una justificación objetiva del trato diferencial respecto de los trabajadores fijos¹³⁵⁵. A nuestro entender, la figura del indefinido no fijo se aproxima al trabajador temporal y no al fijo ya que, al convertirse en tal el trabajador tiene presente que el momento extintivo de su relación laboral llegará tarde o temprano¹³⁵⁶.

¹³⁵² También las SSTTS 26/4/2010 rec.2290/2009 ó 2/2/2017 rec.53/2015, por muchas otras, recuerda que el indefinido no fijo no necesariamente tiene una vinculación directa o no están adscritos a plaza concreta.

¹³⁵³ Como hace la Directiva 1999/70/CE, que defiende la igualdad en las condiciones de trabajo, entre otras el salario o las funciones (STJUE 11/11/2015 C-422/14 asunto Pujante Rivera).

¹³⁵⁴El TC entiende contrario al art.14 CE la distinción entre trabajadores fijos o aquellos que tiene un estatuto de trabajador pleno y trabajadores temporales o los que tienen un estatuto más limitado o incompleto. Por otras, en su STC 104/2004, de 28 de junio, considera que "*tanto unos como otros gozan de la fijeza que se deriva de las estipulaciones de su contrato de trabajo respecto de su duración y de las disposiciones legales que regulan sus causas de extinción, y que tanto unos como otros pertenecen durante la vigencia de su contrato a la plantilla de la empresa para la que prestan sus servicios, sin que resulte admisible ninguna diferencia de tratamiento que no esté justificada por razones objetivas*". En referencia específica a los indefinidos no fijos, la STS 8/7/2009 rec. 2632/2008 indica que la indefinición temporal no es equivalente a la temporalidad pura y que la única diferencia viene determinada por el modo de acceso a la plaza que ocupan y por la garantía de permanencia en ella, que, para los indefinidos, sólo alcanza hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados. Sintetiza LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.202, "*si no caben diferencias entre fijos y temporales, menos aún serán posibles entre indefinidos y fijos*".

¹³⁵⁵Vid STS 2/4/2018 rec.27/2017 Los mayores obstáculos surgen cuando se trata de derechos vinculados a la permanencia en el puesto de trabajo ya que los contratos temporales no tienen por qué contemplarse en la RPT – no será ese el caso de la interinidad por vacante o por sustitución-.

¹³⁵⁶Siguiendo aquí a VIVERO SERRANO, J.B.: "Contratos temporales y...op.cit.", pag.53. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: "La temporalidad laboral en ...op.cit.,pag.4, recuerda que inicialmente se consideran

5.1. Los derechos de los trabajadores indefinidos no fijos

Los Tribunales han ido equiparando los derechos de los trabajadores indefinidos no fijos a los de los fijos, y distanciándolos, poco a poco, de los interinos por vacante. Y así, han establecido que la única diferencia entre los fijos y los indefinidos no fijos se encuentra en el modo de acceso a la plaza que ocupan - es decir, por la necesidad de cumplir con los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el empleo público- y por la garantía de permanencia en ella, que, para los indefinidos no fijos sólo alcanza, hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados¹³⁵⁷. Cualquier otra diferenciación entre los fijos y los indefinidos no fijos ha de contar con una justificación objetiva y razonable.

Se insiste en que las diferencias de trato entre un fijo y un indefinido no fijo sólo pueden estar en la causa de extinción del vínculo contractual. Durante la vigencia del vínculo, el trabajador indefinido no fijo, no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. Y, a este respecto, conviene traer a colación el art.15.6 ET que dispone que *las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos*. Esta protección pensada para el trabajador temporal -y por ende prohibición, en su caso, de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de lo recogido en el ET - resulta sin duda de aplicación, con mayor razón si cabe, a los denominados trabajadores indefinidos no fijos¹³⁵⁸.

También nuestro Tribunal Constitucional respalda que no puede apreciarse que exista una diferencia sustancial entre el contrato indefinido y el contrato temporal. Y recuerda que para apreciar la quiebra del principio de igualdad no basta con que exista un trato diferente entre estos dos tipos de trabajadores sino que es preciso que no existan

contratos sometidos a condición (SSTS 20/1/1998 rec. 317/1997 ó 22/7/2013 rec.1380/2012); más tarde contratos sometidos a término (SSTS 24/6/2014 rec. 217/2013, 8/7/2014 rec 2693/2013); después no temporales (STS 28/3/2017 rec.1664/2015), y ahora parece que temporales (STS 2/4/2018 rec.27/2017). Cree que sería hora de volver a “*la órbita condicional originaria*”. Subraya MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del...op.cit.,pág.12, que se deja a la discrecionalidad de la Administración la decisión de amortizar o cubrir definitivamente la plaza y ni siquiera se penaliza o sanciona su inactividad, por lo que los indefinidos pueden serlo durante largos periodos de tiempo.

¹³⁵⁷ Por otras, vid STS 4/5/2009 rec.1631/2008.

¹³⁵⁸ Por otras, vid STS 21/7/2016 rec.134/2015.

causas objetivas que permitan considerar razonable esta diferenciación¹³⁵⁹. En este sentido, el TJUE sostiene de igual manera un criterio igualitario entre los trabajadores temporales y fijos que no puede ser excepcionado por razón de la duración del contrato. El diferente trato que se otorgue a estos trabajadores solo puede considerarse acorde con el referido criterio igualitario si el trato distinto se justifica en la naturaleza del específico trabajo que desempeñen o sea una consecuencia inherente a su condición de trabajadores temporales, como sucede, en particular, en lo que se refiere a las causas que determinan la extinción de su relación contractual. La menor dificultad que tienen los procesos selectivos, que superan quienes se incorporan con carácter temporal a la Administración Pública respecto de los que tienen que superar aquellos que se integran como personal fijo, no justifica que respecto de estos trabajadores se adopten medidas que no estén justificadas en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo que tienen que desempeñar o que sean consustanciales a la naturaleza temporal de su relación de empleo – acceso al empleo público o régimen extintivo-.

Cuando el TJUE ha interpretado el principio de no discriminación de la cláusula 4.1 Directiva 1999/70/CE¹³⁶⁰ ha entendido que su objeto es impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por un empleador para privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a aquellos con contrato de duración indefinida. En definitiva, los trabajadores con contrato de duración determinada no pueden, sin que exista justificación objetiva alguna, ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable.

Esta asimilación de los trabajadores indefinidos no fijos con los fijos se produce, por ejemplo, en materia de retribución, en la que en principio no tendría por qué haber mayores problemas, dado que debería haberse cumplido la norma de igual salario a igual trabajo. De esta manera se afirma que ésta “*vendrá determinada por el puesto ocupado y el convenio correspondiente, ... guardando relación con las existentes en el momento en que la relación fue declarada como indefinidas, de tal modo que de reconocerse en sentencia con unas características particulares, las mismas han de ser respetadas posteriormente por la Administración*”¹³⁶¹. Por su equiparación al fijo de plantilla,

¹³⁵⁹ Vid STC 71/2016 de 14 de abril.

¹³⁶⁰ Por otras vid, SSTJUE 13/9/2007 C-307/05 Asunto Del Cerro Alonso; 22/12/2010 C-444/09 y C-456/09 Asunto Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres; ATJUE 9/2/2012 C-556/11 Asunto Lorenzo Martínez;...

¹³⁶¹ Por otras, STS 21/6/2011 rec. 2565/2010. Vid RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág. 171. Aunque la Jurisprudencia es vacilante. Unas veces entiende que han de mantenerse las condiciones existentes al tiempo de declararse la relación como indefinida (STS 21/6/2011) y otras que

también acaba reconociéndoseles el derecho a la percepción del complemento por antigüedad¹³⁶². Entendiendo que no cabe discriminar salarialmente a los indefinidos no fijos, en la que se les reconoce el derecho un complemento profesional horizontal que retribuye el desarrollo profesional, la experiencia y permanencia en el desempeño del puesto de trabajo, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, de destino físico, o de actividad, y viene condicionado solamente al paso del tiempo y a la superación de ciertos niveles de formación,...

Más problemas han surgido en materia de excedencias y de promoción profesional. En cuanto a las primeras, no obstante partir de la base de que el personal indefinido no fijo debería disfrutar del mismo tratamiento que el personal laboral fijo, hay que distinguir entre el tipo de excedencia solicitada y las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Así se ha entendido en el caso de la *excedencia por cuidado de hijos*, que no precisa de antigüedad previa para su solicitud, y en el que hay que sopesar frente al interés general en la prestación del servicio público otros bienes jurídicos en juego, constitucionalmente protegidos, como la protección de la familia o la discriminación indirecta de la mujer¹³⁶⁴.

El disfrute de la *excedencia voluntaria* por el indefinido no fijo parece rechazarse mayoritariamente por nuestros Tribunales, en un principio. Y así, por ejemplo, se afirma que la naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria especial – excedencia por incompatibilidad (art.10 Ley 53/1984)-, porque la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos

al trabajador declarado indefinido no fijo le corresponden las retribuciones establecidas en el convenio y no las que viniese percibiendo antes de ser declarada su relación como laboral (STS 6/7/2012 rec.2719/2011). En los supuestos en los que el trabajador escoja ser indefinido no fijo de la Administración tras un supuesto de cesión ilegal, percibirá el salario correspondiente a las tareas desarrolladas, aun siendo superior al recibido en la empresa cedente (STS 25/1/2011 rec.1219/2010); pero también puede pasar a percibir un salario inferior al que venía siéndole abonado si opta por ser trabajador de la Administración y el puesto de trabajo tiene previstas unas retribuciones menores (STS 9/12/2009 rec. 339/2009).

¹³⁶²Vid SSTS 8/7/2009 rec. 2632/2008; 4/5/2009 rec.1631/2008 y 19/11/2008 rec.3154/2007. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit., pág. 173. La STS 11/6/2014 rec.1174/2013 excluye la equiparación de los indefinidos no fijos discontinuos con los trabajadores temporales, por lo que tienen derecho al complemento salarial establecido convencionalmente (percibo de trienios).

¹³⁶³ STS 3/4/2019 rec.1/2018.

¹³⁶⁴Vid STSJ Madrid 30/4/2008 rec. 5574/2006. RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág. 176, reconocen este tipo de excedencias a las trabajadoras interinas (STSJ Castilla y León 2/11/2004 rec. 599/2004; STSJ La Rioja 26/10/2000 rec.324/2000 y STSJ Andalucía/Sevilla 28/5/1999 rec. 3271/1998).

reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría y este derecho, que puede otorgarse, al trabajador no puede concederse al indefinido no fijo, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del art.46.5 ET, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios para asegurar que la cobertura se produzca respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, con lo que la preferencia está excluida. El trabajador podrá optar a la plaza, pero sólo en los sistemas de provisión externos y en igualdad de condiciones con el resto de los participantes. La incompatibilidad sobrevenida no puede dar al trabajador más derechos de los que tenía. El único eventual derecho que podría tener el trabajador indefinido no fijo sería, si la plaza continuara vacante, el de obtener una adscripción provisional mientras se procede a su provisión definitiva¹³⁶⁵.

Sin embargo, el asunto no parece estar tan claro en resoluciones posteriores de los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, se niega el derecho a la excedencia voluntaria a los indefinidos no fijos, por ejemplo, en la TSJ Andalucía/Sevilla de 20/9/2018 rec.2569/2018, al entender, básicamente, que reconocerles tal derecho supondría hacerlos de mejor condición que los trabajadores fijos con lo que, de nuevo, tiende a predominar la condición de temporal de los mismos. Acoge así el contenido de la STJUE de 25/7/2018 C-96/17 asunto Vernaza Ayovi que no entiende existente trato discriminatorio, dado que existe una razón objetiva que justifica la diferencia de trato entre trabajadores fijos e indefinidos no fijos. Esa diferencia hay que situarla en el contexto específico en el que se produjo su contratación, en la que no se observaron los principios constitucionales de acceso a un puesto de trabajo fijo¹³⁶⁶. Por el contrario, sí la

¹³⁶⁵ El indefinido no fijo que se encuentre en situación de incompatibilidad, como consecuencia de su nombramiento como funcionario interino, no tiene derecho a la excedencia voluntaria (vid STS 3/5/2006 rec.1819/2005). En su comentario de la STS 3/5/2006, VALVERDE ASENSIO, A.J.: “La delimitación del estatuto...op.cit., pág. 221, dice que se justifica la exclusión del derecho a la excedencia voluntaria en el carácter temporal, pero ello contradice la igualdad de derechos que proclama el art. 15.6 ET. En la excedencia voluntaria especial del art.10 Ley 53/1984, la Jurisprudencia sostiene que no les resulta de aplicación por su estatuto precario y porque este tipo de excedencia voluntaria sólo otorga un derecho preferente de reingreso a plazas vacantes de igual o similar categoría y ello no podría reconocerse al indefinido no fijo ya que su vinculación lo es exclusivamente con el puesto de trabajo que ocupa (STS 29/11/2005 rec 3796/2004). Por otras, vid también, STS 29/5/2005 rec.u.d.3796/2004.

¹³⁶⁶ En este sentido también la STSJ Asturias 26/12/2018 rec.2494/2018 niega la excedencia voluntaria a este colectivo de empleados públicos, siguiendo la doctrina de la STJUE Montero Mateos; y del mismo

reconoce la reconoce la STSJ Cataluña 9/4/2010 rec. 1547/2009 al considerar que excluir la “*posibilidad de excedencia sobre la base de la provisionalidad no tiene en cuenta la realidad de cada supuesto concreto, y sobre todo si consideramos que la vinculación no existe con un puesto de trabajo determinado*”¹³⁶⁷.

Posteriormente, la STS 2/3/2021 rec.u.d. 617/2019 – FJ 4º y 5º- defiende que el indefinido no fijo, al igual que el trabajador con contrato de interinidad por vacante o sustitución, mantienen vigentes sus contratos hasta que se cubra definitivamente la vacante ocupada por los trabajadores afectados, lo que justifica sobradamente que éstos puedan disfrutar del derecho de excedencia voluntaria. Este derecho estará condicionado a que la vacante, ocupada por ellos hasta la concesión de excedencia, no haya sido cubierta definitivamente o, no esté cubierta por otro interino, en cuyo caso mantendrán su expectativa de derecho al reingreso, en tanto que no puede ocupar la única plaza desempeñada por otro interino que, desde luego, no podrá ser cesado salvo que se incorpore el titular o sustituido, en cuyo caso no solo cesa ese interino sino el excedente, o si el tercero causa baja voluntaria en esa interinidad, en cuyo momento podría el excedente interino ejercer ese derecho preferente de reingreso¹³⁶⁸.

De la misma manera no se consideraba discriminatorio que los indefinidos no fijos no disfrutaran del *derecho a la promoción profesional*, que el art.14 c EBEP sí reconoce al funcionario de carrera y al personal laboral fijo¹³⁶⁹. Así lo apoya también la doctrina

Tribunal la sentencia de 17/4/2018 rec.194/2018 indicando que con ello no se vulnera el art.14 CE ni la Directiva 1999/70/CE puesto que no son situaciones comparables. El trabajador fijo puede optar a cualquier otra plaza vacante de su categoría que exista en el momento de solicitar el reingreso y el indefinido no fijo se halla vinculado única y exclusivamente a la plaza en la que le ha sido reconocida tal condición.

¹³⁶⁷ RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág. 175. La STSJ Castilla y León 24/1/2018 rec.772/2017 reconoce el derecho a la excedencia voluntaria a un contratado interino.

¹³⁶⁸ Por otras vid, STS 17/07/2020 rec.u.d.1373/2018 que resuelve del derecho de los trabajadores con contrato de interinidad por sustitución o vacante al disfrute del derecho a la excedencia voluntaria.

¹³⁶⁹ El art. 83 EBEP dispone que la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera. Asimismo, el art. 19 EBEP reconoce el derecho del personal laboral a la promoción profesional, especificando que ello se hará efectivo a través de los procedimientos previstos en el ET o en los convenios colectivos. Por otras, vid STS 27/2/2009 rec 955/2008, se argumenta, en relación con una interina, que “*la carrera profesional se sitúa en un contexto de permanencia indefinida en el desempeño de funciones que se compadece mal con la transitoriedad que por definición es predicable del personal estatutario interino o del personal laboral indefinido asimilable; por lo que esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos justifica que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia y que expresamente excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración Pública una vinculación laboral limitada en el tiempo...*” También SSTS 17/3/2009 rec. u.d. 1507/2008; 23/5/2014 rec u.d. 179/2013. A mayor abundamiento vid SEMPERE NAVARRO, A.V. : “Evolución de la jurisprudencia casacional sobre la figura del indefinido no fijo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. y SPINELLI, C. (Dir.): *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág.257 y ss.

laboralista ya que, la equiparación con el fijo lo ha de ser en aquellos aspectos que no tienen relación con el acceso al empleo público realizado con pleno respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, por ejemplo, en materia de retribución. Pero está justificada la diferencia de trato en caso contrario, por ejemplo, en materia de promoción interna dado que el indefinido no fijo no ha superado proceso competitivo de selección alguno para un puesto de fijo¹³⁷⁰.

Sin embargo, la STS 2/4/2018 rec.27/2017¹³⁷¹ - no excluyendo el convenio colectivo de este derecho al personal indefinido no fijo -admite que el indefinido no fijo pueda participar en este tipo de concursos (promoción y reclasificación profesional), conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho. Para esta sentencia no son admisibles, por contrarias al art.9 y 14 CE, aquellas diferencias que puedan introducirse entre fijos e indefinidos no fijos, si no guardan relación proporcionada con que la pervivencia del contrato del indefinido no fijo (que por lo demás lo es por tiempo indeterminado) está condicionada a la cobertura legal de la plaza de la correspondiente categoría o grupo profesional. Se insiste en que la promoción profesional, aunque comporte cambio de destino funcional, no altera la naturaleza del contrato de trabajo. Por otra parte, también se advierte sobre la imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término; de ahí también la necesidad (auténtica obligación) de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desempeñadas por este tipo de trabajadores. No obstante, esta sentencia cuenta con un voto particular en el que se defiende todo lo contrario¹³⁷².

¹³⁷⁰ Por otros, ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la contratación...* op.cit.,pág. 32.

¹³⁷¹ En la STS 2/4/2018 rec.27/2017 se razona que, la Directiva 1999/70/CE defiende la igualdad en las condiciones de trabajo, entre otras, la promoción interna (STJUE 8/9/2011 C-177/10 caso Rosado). Uno de los derechos básicos de todo trabajador es el de su promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad (art. 4.2.b ET). Por su lado, el art. 14.c EBEP reconoce el derecho de los empleados públicos 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. Por tanto, solo en la medida en que la participación en este tipo de procesos vulnera los referidos principios habría que excluir de ellos al colectivo afectado por el conflicto. En el mismo sentido STSJ Andalucía 18/7/2018 rec.5/2018. La STS C-Advo 29/10/2019 rec.2237/2017 reconoce el derecho a promoción horizontal a indefinidos no fijos y funcionarios interinos.

¹³⁷² Se plantea que garantizar un elevado nivel de igualdad en las condiciones laborales de los distintos tipos de trabajadores no significa reconocer igualdad de derechos absoluta al indefinido no fijo con el fijo. El indefinido no fijo lo es porque su ingreso en la Administración se ha producido, fraudulenta o

Además del derecho a la promoción profesional y a la carrera profesional, se les aplican también los sistemas de evaluación del desempeño¹³⁷³ (art.20 EBEP).

En materia de *concurso de traslados*, en principio la Jurisprudencia (STS 3/5/2006 rec. 1819/2005) considera que no ha de incluirse a los trabajadores indefinidos no fijos. Al contrario de lo que defiende, con posterioridad, por ejemplo, la SAN 2/1/2015 rec. 276/2014 para la que no “*hay norma que impida su movilidad, ni voluntaria ni forzosa, puesto que la movilidad no tiene efectos sobre su particular estatuto ni sobre su propio contrato*”¹³⁷⁴. Y, en el mismo sentido, la STS 21/7/2016 rec. 134/2015¹³⁷⁵, reconoce el derecho al traslado voluntario (derecho a la movilidad interna) porque el convenio

ilícitamente, sin haberse seguido un proceso selectivo para su incorporación basado en los constitucionales principios de igualdad, capacidad y mérito. Y ello lo distingue del fijo y del eventual y resulta ser la característica principal que explica que su contrato esté sometido a término y que, a diferencia, del personal fijo, pueda extinguirse por cobertura o amortización de la plaza que ocupa. Si se admite al indefinido no fijo la participación en un concurso para ocupar vacantes estables mediante el sistema de promoción interna se está desnaturalizando la propia figura contractual ya que unos trabajadores con contrato sometido a término ligado a la amortización o a la cobertura legal de la plaza que ocupan, habrán pasado a ocupar una plaza estable y consolidada mediante un sistema de promoción interna y, consecuentemente, tal plaza no volverá a ser objeto de concurso, con lo que habrán logrado de facto una absoluta equiparación a los trabajadores fijos sin haber superado pruebas objetivas de ingreso que respeten los preceptos constitucionales de acceso al empleo público.

Conforme a la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad ante la ley (entre otras, STC 149/2017), específicamente en relación con los indefinidos no fijos, la duración del contrato no es un factor superficial a la hora de establecer ciertas diferencias entre unos y otros trabajadores (STC 177/1993) las cuales han de tener su origen en “*datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las expliquen razonablemente*” (STC 104/2004) y, sin que, en ningún caso, alcancen “*al distinto tratamiento que, en perjuicio de los trabajadores temporales, se dispensa sin apoyo en datos objetivos y con merma de su posición misma como trabajadores de la empresa*” (STC 71/2016). En base a esto, el hecho de que el personal indefinido no fijo haya ingresado en el empleo público sin haber superado un proceso selectivo basado en los principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica razonablemente, dotándola de racionalidad, la medida discutida consistente en la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de promoción interna para la ocupación de una plaza estable y consolidada. Y aunque los art.14 y 19 EBEP reconozcan estos derechos al personal laboral, sin realizar distinciones en atención a la duración del contrato de trabajo, una interpretación analógica de las previsiones contenidas en el EBEP sobre el derecho a la carrera profesional y promoción interna del personal funcionarial -en particular, la exclusión de los funcionarios interinos y del personal eventual, basada en la temporalidad que caracteriza a éstos colectivos-, así como la expresión del art. 14, referida a todos los empleados públicos, según la que el derecho se reconoce “*en correspondencia con la naturaleza jurídica de la relación de servicio*”, ha llevado a la doctrina más autorizada a afirmar que el personal laboral temporal, así como el indefinido no fijo quedarían, en principio, excluidos del derecho a la promoción profesional, a pesar de que en la práctica se hayan previsto por medio de la negociación colectiva mecanismos de promoción profesional para los contratados laborales de carácter temporal. Un comentario a esa sentencia puede consultarse en LÓPEZ PÉREZ, J.F.: “¿Qué hacer con el trabajador indefinido no fijo de las Administraciones Públicas? ¿Movilidad con su plaza a otro puesto?”, *Diario La Ley*, nº 9773, 2021, Wolters Kluwer.

¹³⁷³ Como recuerda GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación... op.cit.*, pág. 137.

¹³⁷⁴ RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo... op.cit.”, pág. 177.

¹³⁷⁵ Dicha sentencia aborda la validez de una convocatoria traslados que excluye a este colectivo pese a que el convenio colectivo no se dispone nada al respecto. La protección del art.15.6 ET -y a sensu contrario la prohibición de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores 'indefinidos no fijos'.

colectivo no diferencia entre personal fijo e indefinido no fijo y recuerda que la diferencia entre indefinido no fijo y fijo puede estar en la causa de extinción del vínculo contractual. Sin embargo, durante la vigencia del vínculo, el indefinido no fijo, no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. La sentencia se muestra, por lo tanto, favorable a que el personal indefinido no fijo participe en concursos de movilidad interna¹³⁷⁶.

Del mismo modo, suele reconocerse al indefinido no fijo el *derecho de opción*, establecido por la negociación colectiva, entre la readmisión y la indemnización en los casos de despido improcedente o, incluso, el derecho a indemnizaciones por despido superiores a las del ET, previstas convencionalmente – (ej. STS 24/1/1994; 7/10/1996,...)¹³⁷⁷

Desde el punto de vista del ejercicio de los poderes empresariales, tampoco deberían apreciarse diferencias con otros trabajadores en cuanto a la posibilidad de la Administración Pública de introducir medidas de flexibilidad interna o modificaciones contractuales (ej. Art.41 ET). Sin embargo, como se ha dicho el indefinido no fijo no goza del derecho a la estabilidad en el empleo del fijo de plantilla, salvo que acceda a un puesto de trabajo en la Administración Pública tras el correspondiente proceso selectivo, celebrado con todas las garantías constitucionales y legales. Puede decirse que su grado de estabilidad estaría un escalón por debajo del fijo de plantilla y, quizás un poco por encima, del trabajador con contrato de duración determinada. Quizás sea el tema de la

¹³⁷⁶La STS 2/2/2017 rec. 53/2015 advierte que estas personas pueden no estar adscritas a una plaza concreta. A diferencia de lo que ocurre con el contrato de interinidad por vacante, en el indefinido no fijo la vinculación no se establece normal y necesariamente con un puesto de trabajo concreto. Tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato). También STS 24/6/2014 que recuerda que diferencia entre "indefinido no fijo" y "fijo" puede estar en la causa de extinción del vínculo contractual. Durante la vigencia del vínculo, el trabajador "indefinido no fijo", no puede ver mermado ningún derecho laboral o sindical por el mero hecho de ostentar dicha condición. A este respecto conviene recordar, que el art. 15.6 ET. Esta protección -y por ende prohibición en su caso de establecer preceptos convencionales contrarios al sentido de la norma estatutaria- resulta sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los denominados trabajadores "indefinidos no fijos". Vid también STSJ Asturias 18/5/2021 rec.12/2021, concluye que es innegable que la equiparación de derechos entre trabajadores temporales e indefinidos no es absoluta, sino que existen determinados aspectos del régimen jurídico laboral que resultan incompatibles con la duración temporal del vínculo. Por lo que atañe a la movilidad interna, los indefinidos no fijos tienen derecho a participar en el procedimiento para la provisión de la concreta plaza que ocupan y también en concursos de movilidad interna (traslado), en la medida que el convenio no sea excluyente y el cambio de destino no transforme la relación en fija.

¹³⁷⁷ BOLTAINA BOSCH, X.: "Régimen jurídico de...op.cit.,pág. 6-7. Vid también QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: "La contratación laboral fraudulenta...op.cit.

extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos el aspecto más controvertido de su estatuto jurídico. Ante las ausencias de la norma y las vacilaciones de la Jurisprudencia, en ciertos momentos se ha llegado incluso a “*hacer de peor condición a los trabajadores indefinidos no fijos que a los temporales*”¹³⁷⁸.

5.2. La extinción del contrato de trabajo del trabajador indefinido no fijo. Incertidumbre ante la ausencia de regulación expresa y las oscilaciones jurisprudenciales.

A pesar de la trascendencia del momento extintivo para la relación contractual, su regulación es prácticamente inexistente para el caso del personal indefinido no fijo, como se ha dicho. Si ha de equipararse a los contratos fijos, la relación del indefinido no fijo con la Administración Pública puede extinguirse por las vías y con las formalidades ordinarias del art. 49 ET, generando el derecho a las indemnizaciones pertinentes¹³⁷⁹. A las causas extintivas previstas en dicho precepto, sin embargo, cabe añadir dos supuestos específicos de extinción de la relación laboral del trabajador indefinido no fijo. Por una parte, la causa natural que debería poner fin a esta relación laboral es la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo que ocupa por tercera persona, tras el preceptivo proceso selectivo respetuoso con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad – de nuevo ingreso o tras un proceso de promoción o provisión entre empleados públicos-. Y, por otra parte, la Administración Pública empleadora podría decidir motivadamente la necesidad de amortizar dicho puesto de trabajo – o, incluso, la transformación o de su régimen jurídico a la condición de funcional-, previa

¹³⁷⁸ MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos...op.cit., pág. 22 y 23.

¹³⁷⁹ En el EBEP se guarda silencio en relación a la extinción de los contratos de trabajo de sus empleados laborales. La única mención al respecto es la del art.96.2 EBEP que dispone que, en caso de despido disciplinario improcedente de un trabajador fijo, la Administración empleadora no podrá ejercer su derecho de opción entre la readmisión o indemnización del trabajador, sino que está obligada a su readmisión. El TC no ha considerado discriminatoria esta diferenciación entre trabajadores fijos y temporales y fijos e indefinidos no fijos y justifica la diversidad de trato en la dualidad del empleo laboral público (ATC 178/2011, de 13 de diciembre). En línea con lo dispuesto por el TC, la STJUE de 25/7/2018 C-96/2017 Asunto Vernaza Ayovi, también entiende que no resulta discriminatorio que la obligación de readmisión tras un despido disciplinario improcedente sólo afecte al personal laboral fijo y no resulte aplicable al trabajador indefinido no fijo ni al temporal. Aunque la opinión mayoritaria de la doctrina, por otros vid RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit., pág. 181, es que aunque se entienda que el art.96.2 EBEP no infringe el art. 14 CE, no parece admisible que un despido realizado por la Administración y declarado improcedente, mantenga el derecho de opción de ésta por la indemnización o por la readmisión cuando de personal temporal o indefinido no fijo se trate. Es más, creo que la Administración Pública, sometida al principio de legalidad e interdicción de arbitrariedad en su actuación, debería ser obligada a readmitir a todo trabajador – temporal o no – en cualquier caso que el despido se calificase de improcedente. Comparte esa opinión PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los...op.cit.*,pág.116, para quien dada la interpretación amplia de la expresión “condiciones de trabajo” de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco, la readmisión es una solución más congruente con el art.20 CDFUE y el art.14 CE.

modificación de la RPT¹³⁸⁰. En estos dos últimos supuestos extintivos – por causas específicas aplicables al trabajador indefinido no fijo– se ha planteado cuál debe ser el cauce formal, esto es, en cuál de las causas extintivas del art. 49 ET tienen encaje y cuáles son los efectos económicos de la extinción¹³⁸¹. También aquí se experimenta una confusa y oscilante evolución en las decisiones judiciales, muy influenciada por las actuaciones del TJUE, cuyas principales etapas repasamos muy brevemente a continuación. Cabe recordar que, aun teniendo claro que es un colectivo de trabajadores diferente de los fijos y también de los temporales, más de una vez, la solución jurisprudencial ha pasado más de una vez, y durante mucho tiempo, por establecer paralelismos con la figura del interino por vacante.

5.2.1. Extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza

Esta debería ser la causa ordinaria de extinción de la relación laboral del indefinido no fijo, la cobertura de la plaza que el trabajador ha venido ocupando por un candidato que ha superado el correspondiente proceso de selección presidido por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Proceso selectivo en el que habrá podido participar el trabajador indefinido no fijo si la Administración decide la cobertura del puesto de trabajo, no a través de promoción o provisión¹³⁸², sino por libre acceso o concurrencia libre.

En una primera etapa jurisprudencial– surgida, entre otras, de la publicación de la STS 27/5/2002 rec. 2591/2001¹³⁸³–, se concluye que no es necesario cumplir las formalidades de la extinción por causas objetivas, en el caso de cobertura de la plaza que

¹³⁸⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*, pág.196 y ss.

¹³⁸¹ Puede consultarse, por otros, ARENAS VIRUEZ, M.: “Extinción del contrato...op.cit.

¹³⁸² Como estudia ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.* pág.38, el cese del indefinido no fijo con motivo de la reincorporación al puesto de trabajo, que el anterior ocupa, del trabajador sustituido es calificado como despido improcedente (vid, por otras, STS 21/5/2020 rec.u.d.2568/2017). De no ser así, se discriminaría a aquellos que fueron contratados como fijos a través de un procedimiento reglamentario respetando los principios de acceso al empleo público. El problema es la falta de un plazo que obligue a la Administración a convocar las plazas ocupadas por indefinidos no fijos – una vez incluidas en la correspondiente OEP sí que corre el plazo de tres años- porque éstos pueden perpetuarse en tal situación, acumulando antigüedad, a la espera de un proceso de consolidación de empleo temporal que les facilite el acceso a la condición de fijo.

¹³⁸³ Consolidada en múltiples sentencias, entre otras, SSTS 26/6/2003 rec. 4183/2002; 20/7/2007 rec. 5415/2005; 19/2/2009; 8/6/2011;... en las que considera semejantes la situación extintiva del indefinido no fijo y la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad. No se acepta como causa extintiva la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada por el indefinido no fijo por un proceso de acceso a una plaza de carácter temporal, vid STS 28/11/2011 rec. 1157/2011. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades”, *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pág. 323.

ocupa el indefinido no fijo por tercera persona y asimila su cese al del interino por vacante cuya plaza es ocupada en virtud de procedimiento legal. Se entiende que la ocupación, definitiva y mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud el contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción del contrato que tiene que subsumirse en las enunciadas genéricamente art.49.1.b ET – *“por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”*-. Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, desde la STS 20/1/1998, se trata de cumplir el art.9 ET, declarando la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal por contener una cláusula de temporalidad contraria al art. 15 ET. Y, a continuación, sustituir dicha cláusula ilegal por otra causa legal de extinción del contrato, en este caso una condición resolutoria¹³⁸⁴, la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario, que cumpla los preceptos legales y los principios constitucionales.

En cuanto a las formalidades a tener en cuenta en la extinción por esta nueva causa, considera suficiente la comunicación escrita de los hechos constitutivos de la causa así como de la voluntad de actuación extintiva, para que se produzca el efecto extintivo, salvo que la Ley o la negociación colectiva hayan sometido expresamente aquella actuación a algún requisito formal. Y no hay precepto alguno que someta la actuación de esta causa a ningún otro requisito, sin ser necesario someterse a las formalidades de la extinción por causas objetivas¹³⁸⁵. Esto es, no sería precisa la aplicación de los art. 52 c y 53 ET, porque se reconoce eficacia extintiva directa de la causa constituida por la ocupación del puesto de trabajo a través del procedimiento o sistema legal, ya que se equipara a estos trabajadores temporalmente indefinidos con los interinos por vacante. Y esta equiparación, en opinión del Tribunal, no puede producir preocupación jurídica porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y

¹³⁸⁴Apunta VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales...op.cit.,pág.58, que se trataría de una *“condición resolutoria no pactada por las partes ni impuesta ex lege, encontrando su fuente en la sentencia judicial de calificación de la relación laboral como indefinida no fija”*”.

¹³⁸⁵En la STS 27/5/2002 se argumenta que cualquier causa de extinción subsumible en el art.49.1.b ET, precisa ser actuada por una de las partes, porque en otro caso, la pervivencia del contrato sobrepasaría la concurrencia de la causa. De ahí que condicionar la actuación de una causa de extinción del contrato con formalidades previstas para otras de tales causas carece de fundamento legal. En la STS 22/7/2013 rec.1380/2012 se razona la innecesidad del reconocimiento de indemnización dado que el indefinido no fijo no queda indefenso frente a la no convocatoria de la plaza por la Administración, pues tiene acción para pedir su convocatoria. Tampoco queda indefenso ante las decisiones de amortización, pues puede impugnarlas.

necesidad¹³⁸⁶. La diferencia entre el tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal se manifiesta durante la vigencia y desarrollo del contrato, y ha de negarse cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad¹³⁸⁷.

Estas soluciones del Tribunal Supremo al régimen extintivo del trabajador indefinido no fijo no son bien acogidas por la doctrina mayoritaria que considera que debería ser aplicable el cauce extintivo del art.51 y 52.c ET, con el efecto del pago de la correspondiente indemnización al trabajador cesado (art.53 ET)¹³⁸⁸. Advierten de su falta de coherencia y ambigüedad porque diferencian las figuras del indefinido no fijo de la interinidad por vacante pero, simultáneamente, le aplican analógicamente el mismo

¹³⁸⁶ LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido...op.cit., se muestra crítico con la equiparación de los indefinidos no fijos – sometidos a una condición resolutoria- a los interinos por vacante, porque puede dar lugar de hecho a interinidades sin causa; *“en estos casos, la sanción jurídica del contrato ilícito de interinidad por vacante es declarar el contrato indefinido no fijo hasta la cobertura de dicha vacante sin compensación económica al trabajador...”*”

¹³⁸⁷ STS 27/5/2002: *“Aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va aproximando más a la del no temporal, y se les van reconociendo los mismos derechos laborales, cuando el Tribunal Supremo introduce la figura del temporalmente indefinido salvaba de las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales a quienes no lo eran porque se negaba la eficacia a la cláusula de su temporalidad; pero hubiera incurrido en ofensa a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, si hubiera proclamado una absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido.”* Interesante, en este sentido, NICOLÁS BERNAD, J.A.: “La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTIN, Volumen I, 2009, pág. 685-687, en cuya opinión, quizás desde el punto de vista de lo justo, lo ético o lo moral deba ser indemnizado el cese del trabajador temporal contratado irregularmente. Sin embargo, no puede defenderse lo mismo desde una posición estrictamente jurídica ya que *“ningún perjuicio se ha irrogado al trabajador al saber que fue contratado temporalmente y nunca con el carácter de fijo, y si se ha perpetuado en el cometido no ha sido por su mérito ni por su capacidad, sino por su conversión contractual a indefinido, situación en la que sabe que no puede permanecer sine die...sin que pueda reclamarse contra la Administración por funcionamiento anormal”*. Defiende que nos encontremos ante un contrato de interinidad por vacante y que se extingue no por despido – *“ni un cese por causa objetivas en el caso de que no se produzca la amortización de la plaza porque la plaza continua con el mismo o con distinto ocupante”*- sino extinción por cobertura reglamentaria de la plaza, y tendría fundamento en el art.49.1.c ET sin tener derecho el trabajador a indemnización.

¹³⁸⁸ Por otros muchos vid BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de...op.cit., quien habla de que, en otro caso, las Administraciones *“gozarán de una patente de corso para llevar a cabo todo tipo de irregularidades e infracciones del ordenamiento jurídico laboral, en unos casos por error pero en otros con conocimiento pleno de tal actuación e incluso incurriendo en prevaricación...”*” Para 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*, nº 10, Quincena de 23 de mayo al 8 de junio de 2007, año XXIII, pág. 587, tomo 1, esta solución priva al indefinido no fijo, que ha llegado a esta condición fruto de una conducta ilegal de la Administración, de indemnización alguna. Ni siquiera la que se abona en los casos de extinción de los contratos temporales, por lo que resulta inadmisibles que no se contemple ninguna sanción a la actuación antijurídica de la Administración.

régimen extintivo¹³⁸⁹. Insisten en que la fórmula más respetuosa con “*los intereses públicos y privados en juego sería la aplicación del art. 51 ó 52 c ET*”¹³⁹⁰.

En sintonía con estas opiniones doctrinales se encuentra la alternativa a esa primera línea jurisprudencial que comienza a ofrecer MARTÍN VALVERDE en el voto particular de la STS 27/5/2002. Para este magistrado, el problema jurídico que se plantea, en los casos de cese del trabajador de una Administración Pública por adjudicación a otro trabajador en concurso de méritos de la plaza que ocupaba, es el de seleccionar dentro de las causas de extinción la que mejor se ajusta a esta particular situación. Y entiende que ha de ser la de *extinción por causas objetivas* (art.49.1.1 ET) y no la de causas “*consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario*” (art. 49.1.b. ET). Razona que la pérdida del puesto de trabajo por atribución en concurso de méritos de la plaza ocupada a otro trabajador realmente no es una causa consignada en el contrato sino una causa consignada en la ley. La calificación de cese por cumplimiento de condición resolutoria, en estos supuestos, es, en su opinión, dogmáticamente inapropiada, como lo es también la metáfora de la *conditio legis*¹³⁹¹, 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 (art. 1113 y ss CC). En cambio, la inclusión del cese del trabajador dentro del despido procedente por causas objetivas previsto en el art. 49.1.1. ET, definido en el art. 52.c. ET, y regulado en el art. 53 ET no plantea inconveniente alguno en este terreno de la dogmática o sistematización de los conceptos jurídicos. En defensa de esta postura, añade una razón de equidad porque no parece coherente privar

¹³⁸⁹ MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos de...op.cit.,pág. 25 y 30, cree que esta línea jurisprudencial convierte al indefinido no fijo en un “Frankenstein contractual”. BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores...op.cit.,pág.9, rechaza la equiparación del indefinido no fijo con el “*interino por vacante ya que las causas de los contratos de interinidad son muy claras... por lo que las causas de extinción no deberían ser las mismas*”.

¹³⁹⁰ BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores...op.cit.,pág.9, menciona también la causa del art.52.e ET.

¹³⁹¹ En este sentido a LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato...op.cit., le parece inadmisibles que “*una sentencia pueda establecer una causa extintiva en el art. 49.1.b ET en un contrato de trabajo sin que haya existido en ningún momento participación de la voluntad de las partes,... la nulidad parcial del contrato temporal ilícito no conlleva a la consignación de una condición resolutoria del art.49.1.b ET...la aplicación del art.9 ET conduce al mismo resultado que el art.15.3 ET, la sustitución de la cláusula de temporalidad ilegal por la matizada cláusula contractual de duración indefinida, sin que necesariamente tenga que añadirse una condición resolutoria...el declarar al trabajador indefinido no fijo hasta cobertura de la vacante consignando en el contrato esa condición resolutoria no prevista en la ley, no es un acto exigido por el art.9 ET sino una solución judicial que resuelve un conflicto normativo entre la norma administrativa y la laboral...en la extinción del indefinido no fijo ya no se vulneran ya las normas de selección en el acceso al empleo público, no teniendo sentido que una sentencia imponga de manera forzada la condición resolutoria de cobertura de la vacante, sin aplicar el régimen general extintivo”.*

a estos trabajadores indefinidos no fijos de cualquier indemnización por fin de contrato, equiparando las consecuencias de su cese a las de los trabajadores interinos, y situándolos 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 objeto del contrato*”, los cuales tienen derecho por ley a una indemnización.

Esta línea es defendida poco después por AGUSTÍ JULIA¹³⁹² para quien, asemejar al indefinido no fijo al interino por vacante y aplicar como causa extintiva, en los casos de amortización de la plaza o cobertura reglamentaria de la misma, el art.49.1.b ET sin conceder al cesado indemnización alguna, no tiene fácil conciliación con una interpretación integradora ni de las normas estatales e internacionales, ni de la doctrina constitucional, ni de la Jurisprudencia patria y de la Unión Europea, ni con la mayoría de la doctrina científica. Entre otras normas se vulneran el art.52 c ET; el art.7 EBEP y la *Directiva 1999/70/ CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEPP, sobre el trabajo de duración determinada*, así como la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en aplicación de dicha Directiva.

Extinguir un contrato de trabajo de un indefinido no fijo por amortización de su plaza y no prever indemnización alguna para este cese, vulnera la Directiva 1999/70/CE porque esta diferencia de trato con respecto al trabajador fijo es contraria al principio de no discriminación de la cláusula 4ª de tal Directiva. Y, además, la falta de reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo de la Administración Pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, incumple su cláusula 5ª - medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de contratos sucesivos o relaciones laborales de duración determinada-. Conforme a la doctrina del TJUE, un norma estatal que prohíba, en el sector público, la transformación de los contratos temporales en indefinidos sin ninguna medida alternativa que evite y sancione la utilización abusiva de dicho contratos, vulnera el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE (STJUE 4/07/2007 C- 212/04 Asunto Adeneler)¹³⁹³; y en cambio si ésta prevé una

¹³⁹² En el voto particular a la STS 22/7/2013 rec.1380/2012 y al que se suman otros cinco magistrados,

¹³⁹³ Así lo recordaba también LAHERA FORTEZA, J.: "La necesaria revisión...op.cit.. Entender aplicable la condición resolutoria a la extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura de vacante “*no parece superar el doble test de equivalencia y efectividad propuesto por el TJCE*”. Los Tribunales españoles deberían tener en cuenta la falta de consenso de esta línea jurisprudencial con la normativa comunitaria; y aplicar como alternativa el art.52.c ET en estos supuestos ya que conseguiría el necesario consenso/respeto con la Directiva 1999/70/CE. Esta alternativa permite respetar los principios de selección

medida alternativa de compensación económica que evite y sancione la utilización abusiva de contratos temporales, se cumple el efecto útil de la misma (SSTJUE 7/09/2006 C-53/04 y C-180/04 asuntos Marrosu y Vassallo).

Si al trabajador indefinido no fijo se le extingue su contrato por amortización de su puesto de trabajo por cese del servicio al que estaba adscrito, sin derecho a indemnización o compensación económica alguna, parece claro que no se supera el doble test de equivalencia y efectividad establecido por el TJUE en interpretación de la Directiva 1999/70/CE. La aplicación de la causa de despido objetivo por causas organizativas del art. 52 c ET con derecho a la indemnización pertinente, previos los tramites del art. 53 ET - resultaría una medida alternativa, equivalente y efectiva a la prohibición de convertir los contratos temporales en indefinidos fijos en el sector público. Asimismo, lograría 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 objetivas, al tiempo que cumple el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE.

La doctrina del Tribunal Supremo va evolucionando para pasar a reconocer en los casos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo algún tipo de indemnización, si bien en cuantía variable en función de si la extinción se produce por amortización de la plaza o por cobertura reglamentaria de esta¹³⁹⁴. Este cambio de postura jurisprudencial principalmente trae causa de la publicación de la Ley 3/2012 ya que incluye una DA 20ª ET – posterior DA 16ª ET, derogada por el RD Ley 32/2021- que reconocía expresamente a la Administración Pública la posibilidad de recurrir al despido por causas económicas, técnicas y organizativas, de los art.51 y 52.c ET; negándole al mismo tiempo la poder acudir a la suspensión de los contratos de trabajo por las mismas causas. En dicha DA, y ante este tipo de despidos, se reconocía prioridad de permanencia al 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

en el empleo público, reconoce una indemnización al indefinido no fijo cesado y cumple con el efecto útil de la citada Directiva. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Ministerio Trabajo e Inmigración, Volumen I, 2009, pág.517 y ss.

¹³⁹⁴ Opta también MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato...op.cit.,pág.207, por la aplicación del art.52 ET porque con ella se logra mayor seguridad jurídica; se consigue conciliar a la normativa laboral y a la administrativa, en particular se preserva el derecho al acceso a un empleo público, y se marcan distancias entre la figura del indefinido no fijo de la de la interinidad por vacante.

ingreso convocado al efecto. De esta redacción se deduce la aplicación de esta causa de despido al personal laboral no fijo, esto es, al personal laboral temporal y al indefinido no fijo¹³⁹⁵.

Estas opiniones discrepantes no dejan de tener su proyección y algo cambia, comenzando a reconocerse indemnización al trabajador indefinido no fijo cesado por cobertura reglamentaria de la plaza. Se pasa a entender que no constituye un supuesto de despido si no que el cese es una válida extinción del contrato de trabajo. Se razona que, si tras un proceso reglamentario, con respeto a los principios constitucionales de acceso al empleo público, para la plaza ocupada por el indefinido no fijo es nombrada la persona que ha superado esas pruebas, se produce la extinción del contrato del indefinido y se extingue precisamente por esa causa, que era la que válidamente podría producir los efectos legales extintivos, sin que esa decisión pueda por tanto ser calificada de despido, sino de cese acaecido como consecuencia de la producción de la causa válidamente consignada en el contrato, de conformidad con lo previsto en el art. 49.1 b ET. No obstante, entiende aplicable a estos supuestos las consecuencias indemnizatorias previstas en el art.49.1.c ET para los contratos temporales¹³⁹⁶.

En la actualidad, la extinción contractual a través de esta vía se produce por la denuncia de la Administración empleadora, sin requerir de acudir a los art.51 ó 52 ET. En cuanto a la indemnización, a reconocer al trabajador afectado, debe ser la de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, que el art.53.b ET prevé para los despidos por causas objetivas y no la prevista en el art.49.1.c ET, prevista para la extinción de los contratos temporales.

Como se sostiene en sentencias como la STS 28/3/2017 rec.ud.1664/2015¹³⁹⁷, la figura del indefinido no fijo, aunque de creación jurisprudencial, se recoge en el EBEP

¹³⁹⁵Vid por otros MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos...op.cit.,pág. 27. Aunque no era necesario esperar a contar con una DA 16ª ET para aplicar el art. 51 y 52.c ET a los indefinidos no fijos, porque se tenían argumentos suficientes para justificar su aplicación, sin duda la publicación de esta DA es fundamental en el cambio de postura del Tribunal Supremo.

¹³⁹⁶ STS 6/10/2015 rec. 2592/2014, con influencia de ATJUE asunto Huétor Vega. Pueden consultarse también SSTS 15/6/2015 rec.2924/2014, 4/2/2016 rec.2638/2014, 7/11/2016 rec.755/2015.

¹³⁹⁷ En un comentario a esta sentencia RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “Interinidad por vacante e indefinidos no fijos: una zona gris de nuestro derecho. Nueva doctrina del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, nº 9972, sección Tribuna, 16/12/2021, indica que “se consagra la extinción como válida habida cuenta la cobertura legal de la plaza, alejándose con ello e las consecuencias de la impropiedad del despido, y por otra parte marca la diferencia con la interinidad por vacante al considerar que se debe indemnizar a estos trabajadores al ser su situación de indefinidos no fijos, esencialmente distinta de aquellos que ocupan plaza en interinidad por vacante”. Hasta la STS 16/3/2021 parecía tenerse claro que un contrato de interinidad por vacante no fraudulento que no había superado los tres años no daba lugar a indemnización

diferenciándola del trabajador temporal y del fijo, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal. Además, el origen de la figura del personal indefinido, no fijo, se encuentra en un uso abusivo de la contratación temporal por parte de algún órgano administrativo. Cuando ese uso abusivo de la contratación temporal se lleva a cabo por empresas privadas el contrato se convierte en fijo, pero cuando lo hace la Administración, como el acceso a la función pública y a un empleo público en general debe hacerse con escrupuloso respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede imponerse esa novación sancionadora de la relación jurídica, por cuanto se facilitaría, igualmente, un acceso fraudulento a un empleo público, al eludirse la aplicación de las normas que velan por el acceso a esos puestos funcionariales y laborales, mediante concursos públicos en los que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad. De lo anterior se deriva que el indefinido no fijo es diferente del contratado temporal y del fijo, lo que plantea el problema de cuál debe ser la indemnización que le corresponda por la rescisión de su contrato por la cobertura reglamentaria de la plaza ocupada. No tratándose de un contrato temporal parece insuficiente la que indemnización del art.49.1.c ET, pues, dadas las causas que han motivado la creación de esta institución, parece necesario reforzar la cuantía de la indemnización y reconocer una superior a la establecida para la terminación de los contratos temporales, pues el vacío normativo al respecto no justifica, sin más, la equiparación del trabajador indefinido no fijo a temporal como se ha venido haciendo. En este sentido, acudiendo a supuestos comparables, es asumible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades del art.53.1.b ET en relación al art.52.c y e ET para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. La equiparación no se hace porque la situación sea encajable exactamente en alguno de los supuestos de extinción contractual que el referido art. 52 ET contempla, por cuanto que ese encaje sería complejo, sino porque, en definitiva, la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato¹³⁹⁸.

Antes de repasar la extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por amortización de la plaza, cabe recordar que la extinción por cobertura reglamentaria de la plaza precisa de que la plaza que se va a cubrir tenga naturaleza de laboral. Esto es,

por extinción; mientras que si era fraudulento y superaba los tres años en el puesto procedía la conversión en indefinido no fijo y una indemnización en el momento de su extinción de veinte días de salario.

¹³⁹⁸ Por otras, vid SSTS 12/5/2020 rec.u.d. 2745/2018; 9/5/2017 rec.1086/2015.

que el candidato que va a ocupar de manera fija la plaza que ocupaba en régimen de precariedad lo sea en condición de contratado laboral. En el caso de una trabajadora indefinida no fija que ocupa una plaza de funcionario y que es cesada porque la misma se adjudica a un funcionario con oposición, hay que considerar el despido nulo. El cese del personal laboral fundado en la ocupación de la plaza de funcionario que venía desempeñando, no constituye ninguna causa lícita de extinción del contrato de trabajo que pueda ser subsumida en el art. 49.1 b ET. En tal supuesto, no se está ante cobertura reglamentaria de la plaza, porque lo cierto es que la plaza que se ocupa es una plaza de funcionario, no de personal laboral. La única vía válida para la extinción de los contratos de trabajo de los indefinidos no fijos será la de cobertura de la plaza de personal laboral que corresponda con la que ocupen en su calidad de tales, o, en su caso, la amortización de tal plaza con la exigencia de que la Administración acuda a la vía de los arts. 51 y 52 ET. No pueda ser cesada por la cobertura de una plaza que no se ajusta a las características esenciales de su vínculo contractual laboral, por lo que el cese de la trabajadora constituye un despido que carece de justificación¹³⁹⁹.

Como recuerda la doctrina¹⁴⁰⁰ en este sentido, si se produce la cobertura de la plaza que ocupaba el indefinido no fijo por un funcionario, estaríamos ante un supuesto de despido improcedente¹⁴⁰¹ – debiendo reconocerse al trabajador afectado la indemnización de treinta y tres días por año de servicio – o incluso de despido nulo – debiendo readmitir al trabajador y abonarle los salarios dejados de percibir (art.55.6 ET)-.

¹³⁹⁹ STS 28/3/2019 rec.2123/2017. En este caso el despido se declara nulo dado que la indefinida no fija es cesada tras haber puesto en marcha un proceso de reclamación frente a su adscripción a plaza de funcionario, sin que, a la fecha de la extinción del contrato de trabajo, la sentencia obtenida hubiere ganado firmeza, por lo que se produce una lesión del derecho fundamental a la garantía de indemnidad. En cuanto a la garantía de indemnidad, ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de...op.cit.*, pág.41, distingue, en primer lugar, si con resolución judicial, que convierte al trabajador temporal o víctima de un cesión ilegal en indefinido no fijo, se obliga a la Administración a iniciar el proceso selectivo para la provisión de dicha plaza, no habría lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, que sí podría producirse de adscribirlo a plaza de funcionario (SSTS 13/12/2016 rec.ud.2059/2015 y 20/7/2017 rec.ud.2832/2015). En segundo lugar, en el caso de cese del indefinido no fijo por amortización de la plaza, se entiende que no hay lesión de la garantía de indemnidad si hay desconexión temporal entre la reclamación del trabajador y la decisión de la Administración a través de “*los órganos competentes y ajustándose al procedimiento preestablecido en el ordenamiento jurídico administrativo*” y se prueba por la Administración que la amortización se produce por causa objetiva y razonable, ajena a la reclamación del trabajador, y la extinción contractual se realiza conforme al procedimiento legalmente establecido en el ET (STS 13/7/2015 rec.ud.2405/2014).

¹⁴⁰⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios...op.cit.”, pág.438.

¹⁴⁰¹ STS 3/7/2019 rec.3724/2016.

5.2.2. Extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por amortización de la plaza

La extinción de la relación laboral del indefinido no fijo por amortización de la plaza deberá ir precedida, en cualquier caso, de un proceso de análisis por parte de la Administración empleadora sobre la necesidad del mantenimiento de la misma o la conveniencia de su supresión por motivos objetivos. Se trataría así de objetivar la decisión de la misma evitando que pueda ser entendido como consecuencia de una represalia de la Administración, tras el reconocimiento por los Tribunales de la condición de indefinido no fijo. Asimismo, aunque no en todos los supuestos, la supresión del puesto de trabajo supondría tener que modificar la RPT.

Hubo un tiempo en el que los Tribunales entendieron que era suficiente, para poner fin a la relación laboral con el trabajador indefinido no fijo, la simple amortización de la plaza ocupada por éste. Equiparándolo con el interino por vacante, se argumenta que no es necesario acudir al despido objetivo o colectivo de los arts. 51 ó 52 ET 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 reglamentaria¹⁴⁰² (condición *ope legis*)-.

Con el fin de reparar una eventual desigualdad, aunque se opta por la misma solución de no aplicar el art. 51 y 52.c ET en los supuestos de cese por amortización de la plaza, comienza a pensarse en la posibilidad de que el trabajador indefinido no fijo tenga derecho a la indemnización del art.49.1.c ET para los trabajadores contratados temporalmente, “*aplicable por analogía para evitar un trato desigual injustificado*”¹⁴⁰³.

¹⁴⁰²Vid SSTS 8/6/2011 rec.3409/2010; 27/2/2013 rec.736/2012 se está en el caso del art. 1117 CC y del art. 49.1.b ET. Recuerda AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La extinción del contrato...op.cit.,pág. 322, que la amortización del puesto de trabajo suele producirse por “funcionarización del puesto ocupado por el personal laboral” (ej.SSTSJ Castilla La Mancha 22/4/2005 y 7/5/2002). En opinión de BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los...op.cit.,pág. 10, tampoco valdría por comisión de servicio, encargo de funciones, habilitaciones u fórmulas análogas muy recurridas en la Administración. Vid 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”, *Revista Derecho Social*, nº 64, 2013, pág. 175 y ss.

¹⁴⁰³ Como recuerda RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo...op.cit.,pág. 183. Solución a la que se llega en SSTS 14/10/2013 rec.68/2013; 23/10/2013 rec.408/2003; 25/11/2013 rec.771/2013, 13/01/2014 rec. 430/2013. En relación con la STS 25/11/2013, CAMPOS DAROCA, J.M.: *La extinción de...op.cit.*, pág.318 señalaba que a diferencia del interino, que desde el momento de celebración de su contrato de trabajo, sabe que no tiene derecho a indemnización cuando sea cesado; el indefinido no fijo es inicialmente un trabajador temporal, con derecho a indemnización en su cese, pero que ve transformada su condición por una irregular actuación de la Administración y extinguida la misma por una causa extintiva

Dando un giro en su argumentación, en sentencias como STS 24/6/2014 rec. 217/2013¹⁴⁰⁴, el Tribunal Supremo entiende aplicable el art.51 y 52.c ET en los ceses de interinos por vacante en los casos de amortización de la plaza. Y, poco después, llega a esa misma conclusión para los indefinidos no fijos resolviendo¹⁴⁰⁵ que, en caso de amortización del puesto en la Administración Pública de los contratos de interinos por vacante e indefinidos no fijos, han de seguirse las reglas de los art. 51 ó 52.c ET, dependiendo del número de trabajadores afectados¹⁴⁰⁶.

Hasta este momento, la postura del Tribunal Supremo, respecto a los contratos de interinidad por vacante y los de los indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas es la de extinguir 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, lo

ajena al contrato, la cobertura del puesto de trabajo que ocupa. Otra diferencia entre ambas figuras, es que en la interinidad por vacante desde la celebración del contrato hay que acotar el puesto de trabajo concreto que va a prestarse mientras que cuando se “se declara como indefinida no fija a una persona no es necesario que ocupe una concreta plaza. De ahí la exigencia de que para su extinción no baste con la convocatoria de una vacante similar, sino que es necesario acreditar la exacta identificación de la plaza ofertada y su concordancia con la ocupada por la persona que presta su actividad como indefinida” (STS 2/4/2018 rec 27/2017). VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales...op.cit., pág.58, recuerda que “*el mantenimiento de la condición resolutoria como vía extintiva no debe conllevar la ausencia de indemnización alguna, acudiendo a la aplicación analógica del art.49.1.c ET*”.

¹⁴⁰⁴ En un supuesto de extinción de contratos de interinidad por vacante por amortización de las plazas tras una modificación de RPT, es un contrato sujeto a término y no a condición resolutoria. La extinción del mismo antes de que llegue el día pactado por amortización de la plaza no es causa prevista en el contrato y en aplicación de la DA 20ª ET – después DA 16ª ET -, deben seguirse los trámites art.51 y 52 ET y art. 37 y ss RD 1483/2012 . Se rectifica la doctrina de sentencias previas como las SSTS 8/6/2011 rec. 3409/2010; 23/10/2013 rec 408/2013; 13/1/2014 rec 430/2013 y 15/11/2013 rec. 771/2013, entre otras. La STS 24/6/2014 rec. 217/2013 proclama el cambio de doctrina y expone que estamos ante un contrato temporal 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. Ni la norma, ni el contrato contemplan otra causa de extinción del mismo y no estamos ante un contrato sujeto a condición resolutoria, sino ante un contrato cuya duración está sujeta a un plazo indeterminado que necesariamente llegará, máxime cuando se trata de vacantes que deben ser objeto de OEP. Vid VELA DÍAZ, R.: “Una rectificación jurisprudencial esperada: el despido en los interinos por vacante del sector público”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 380, 2014.

¹⁴⁰⁵Vid SSTS 8/7/2014 rec. 2693/2013, 7/7/2016 rec. 2536/2014;...por otras. En estas decisiones judiciales para ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos...op.cit.,pág. 104, “*no se hace hincapié ni en el origen fraudulento de la contratación, ni en la necesidad de salvaguardar el interés general, ni en la necesidad de tener que echar mano de recursos públicos para hacer frente al pago de la correspondiente indemnización y parece darse un paso adelante en la prevalencia del interés privado sobre el público en este tipo de casos, afirmándose que mantener la jurisprudencia revocada contribuye a socavar el principio de estabilidad en el empleo del art. 35.1 CE y a minorar los derechos de los trabajadores afectados.*”

¹⁴⁰⁶ VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales...op.cit.,pág.58, recuerda que “*se abandona la causa extintiva de la condición resolutoria del art.49.1.b ET al negar la existencia de condición resolutoria alguna, existiendo más bien un término o plazo, si bien de carácter indeterminado o incierto. Término o plazo coincidente con la cobertura reglamentaria de la vacante en el contrato de interinidad y con la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo en el caso del trabajador indefinido no fijo...constituyendo la amortización una extinción ante tempus, con antelación a la llegada del término indeterminado o incierto, no cabe otro camino que acudir a la vía del art.51.1 o 52.c ET...con indemnización veinte días*”.

que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los art. 51 y 52.c ET¹⁴⁰⁷. A partir de la STS 24/6/2014, rectifica este criterio¹⁴⁰⁸.

Tras la entrada en vigor de la ahora derogada DA 16ª ET, el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas debe sujetarse a lo dispuesto, según los casos, en los art. 51 y 52 ET, en relación con dicha DA y en función del número de trabajadores afectados, y no resulta ajustado a derecho proceder a la simple y automática amortización de los puestos de trabajo sin indemnización y sin acudir a las referidas vías legales establecidas para la extinción de los contratos de trabajo por esa causa (STS 6/10/2015). Se dice también que los contratos de indefinidos no fijos tienen naturaleza temporal y están sujetos a una duración determinada -hasta la cobertura reglamentaria de la vacante- de manera que se conoce la posible causa de terminación del mismo, aunque no el momento en que tal circunstancia ocurrirá. Por ello, si esa terminación se produce por una circunstancia distinta a la cobertura de la vacante como es la amortización de la plaza, estaremos en presencia de una terminación irregular, salvo que se lleve a cabo por los cauces de extinción de la relación de trabajo de conformidad con la referida DA 16ª ET¹⁴⁰⁹.

Puede concluirse que, una vez superada la etapa en que bastaba con la simple amortización de la plaza por la Administración Pública, en la actualidad han de seguirse los trámites del art.51 ó 52 ET, en función del número de trabajadores afectados. El trabajador afectado tiene derecho a la indemnización prevista en el art.53 ET para esos supuestos. En caso contrario, el despido habrá de calificar la improcedencia¹⁴¹⁰ o nulidad¹⁴¹¹ del mismo.

5.3. Un caso especial de indefinido no fijo: los profesores asociados

Se quieren dedicar unas líneas al indefinido no fijo en el ámbito universitario por resultarnos un colectivo especialmente cercano. Nos centraremos en el contrato del profesor asociado celebrado durante la vigencia de la LOU, contrato temporal que solo ha existido en este específico ámbito de actividad, como ya se ha dicho al tratar el tema

¹⁴⁰⁷Entre otras, vid SSTS 8/6/2011 rec.3409/2010 ó 23/10/2013 rec.408/2013.

¹⁴⁰⁸ SSTS 7/7/2016 rec 2536/2014; y otras muchas posteriores 26/5/2015 rec. 391/2014; 30/6/2015 rec. 2068/2014; 17/5/2016 rec. 3265/2014; 9/6/2016 rec 25/2015,... Así vid GARCÍA TORRES, A.: “Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público”, Lan Harremanak, nº 36, 2017-I, pág. 59.

¹⁴⁰⁹Vid también SSTS 29/10/2014 rec.1765/2013; 18/11/2014 rec.u.d.2167/2013; 11/2/2015 rec.u.d.840/2014; 30/3/2017 rec.u.d.961/2015; 14/2/2018 rec.u.d.513/2015.

¹⁴¹⁰ Por otras vid STS 19/7/2017 rec.u.d.3255/2015.

¹⁴¹¹Por otras vid STS 18/9/2017 rec.u.d.514/2015.

de las modalidades especiales de contratación temporal en la Administración Pública. Como aclara la doctrina, el recurso a esta modalidad contractual debía ser excepcional por su temporalidad. Las obligaciones docentes se han correspondido, mayoritariamente, a profesorado permanente, bien sea laboral –contratados doctores- o funcionalial –titulares y catedráticos- y los profesores asociados han debido colaborar, asistir o apoyar a este profesorado permanente¹⁴¹².

Dos son los principales problemas que ha planteado esta figura a las Universidades contratadoras. En primer lugar, que el profesor asociado no reuniese en todo momento el requisito, exigido por la LOU, de llevar a cabo una actividad profesional de manera simultánea a la labor docente, bien porque nunca la realizó o bien porque con el paso del tiempo dejó de realizarla, esto es, es un falso asociado. Esta situación, aunque normalmente transitoria y poco deseable por su precariedad, ha sido relativamente frecuente en la Universidad española dado que no pocas veces era el único resquicio que permitía la normativa para continuar vinculado con la Universidad mientras se terminaba la tesis doctoral o mientras se trabajaba para reunir los requisitos de acreditación para pasar a figuras contractuales docentes a tiempo completo. Y, en segundo lugar que, reuniendo el sujeto contratado como profesor asociado el requisito de ejercicio de una actividad profesional, la Universidad recurría sucesivamente de manera abusiva y fraudulenta al mismo para hacer frente a necesidades permanentes de mano de obra, desconectadas con su labor profesional externa, lo que ha sido una práctica habitual, a la que se han visto abocadas las universidades públicas, ante las limitaciones de la tasa de reposición de los últimos años¹⁴¹³.

El TJUE tiene ocasión de pronunciarse en sentencias como la STJUE 13/3/2014 C-190/13 Asunto Márquez Samohano¹⁴¹⁴ sobre la adecuación de esta modalidad contractual

¹⁴¹² Vid MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor...op.cit.,pág.2, quien apunta que sólo estos podrán ser “*responsables de las asignaturas, supervisando y gestionando la docencia de las asignaturas troncales, de las clases teóricas,...*”

¹⁴¹³ Eso da lugar a que las universidades recurran como solución al contratado interino para contar con profesorado a tiempo completo, sin necesidad de contar con la pertinente acreditación de ANECA. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor...op.cit.,pág.1, estudia como las Universidades Públicas por diferentes motivos –presupuestarios, de evaluaciones y acreditaciones, de matrícula de alumnos, necesidades puntuales docentes,...- han recurrido a esta figura “low cost”.

¹⁴¹⁴ El Juzgado de lo Social nº 3 Barcelona de 4/4/2013 duda de la conformidad de la normativa española, en este caso la LOU, con lo dispuesto en la mencionada Directiva porque no contiene instrumentos para evitar la contratación sucesiva y abusiva de este tipo de contratos. Ni se establecen razones objetivas que justifiquen la renovación sucesiva de dichos contratos ni se imponen límites a la duración máxima de tales contratos sucesivos o al número de sus renovaciones. La imposibilidad de aplicar el art. 15.5 ET también vulneraría dicha norma comunitaria. Vid MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit.,pág. 3. Vid MIÑARRO YANINI, M.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alivia la gestión de las

a la Directiva 1999/70/CE, de la que después se tratará. Admite esta STJUE la posibilidad de que las Universidades celebren y renueven estos contratos temporales con profesores asociados, y ello queda justificado por la necesidad auténtica de que éstos especialistas “aporten sus conocimientos y experiencia profesionales a la universidad, estableciendo de este modo una asociación entre el ámbito de la enseñanza universitaria y el ámbito profesional”. Con estos contratos temporales se persigue el objetivo de “enriquecer la enseñanza universitaria en ámbitos específicos mediante la experiencia de especialistas reconocidos, dado que estos contratos permiten tener en cuenta la evolución tanto de las competencias de los interesados en los ámbitos de que se trate como de las necesidades de las universidades”¹⁴¹⁵.

Para el TJUE, la LOU, que permite renovar sucesivamente estos contratos con profesores asociados, sin límite alguno en cuanto a la duración máxima y al número de prórrogas, será conforme con la cláusula 5 de la Directiva 1999/70/CE siempre que tales contratos estén justificados por una razón objetiva¹⁴¹⁶. Y corresponderá comprobar al juez nacional la existencia de dicha razón objetiva porque, caso contrario, se estará vulnerando la citada Directiva. No contando la LOU con mecanismos para evitar la utilización sucesiva abusiva de este tipo de contratos, como exige la Directiva y dado que la finalidad de la misma es la protección de los trabajadores temporales frente a la precariedad en el empleo, aun existiendo esa razón objetiva, el TJUE encomienda al juzgador del Estado miembro, además, corroborar que la reiterada renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada trate de atender necesidades provisionales y que no se hayan utilizado para cubrir necesidades permanentes y duraderas en materia de personal docente¹⁴¹⁷. De este modo se hace necesario establecer criterios objetivos y transparentes con el objeto de comprobar si la renovación de estos

Universidades: el carácter temporal de los asociados “pata negra”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 376, 2014, pág. 150 y ss.

¹⁴¹⁵ Párrafo 50 STJUE 13/3/2014 C-190/13 Asunto Márquez Samohano.

¹⁴¹⁶ Párrafo 45 STJUE 13/3/2014 C-190/13 Asunto Márquez Samohano.

¹⁴¹⁷ Párrafo 57 STJUE 13/3/2014 C-190/13 Asunto Márquez Samohano: “...la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad, puede justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de duración determinada. Aunque los contratos de trabajo de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las Universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas bien definidas que forman parte de las actividades habituales de las universidades, no es menos cierto que la necesidad en materia de contratación de profesores asociados sigue siendo temporal, en la medida en que se considera que este profesor retomará su actividad profesional a tiempo completo cuando extinga su contrato”.

contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto¹⁴¹⁸, caso contrario, estará vulnerando la Directiva.

Tras esta STJUE, en la queda clara la admisibilidad de este tipo contractual en nuestro empleo público siempre y cuando el contratado como profesor asociado desarrolle una actividad profesional fuera del ámbito académico universitario y que no cubra necesidades permanentes y duraderas de la Universidad, la doctrina del Tribunal Supremo aclara lo siguiente. Para que pueda celebrarse el contrato temporal de profesor asociado, el trabajador debe acreditar *“no sólo el desempeño de una actividad profesional sino también que ésta guarde relación directa con las actividades docentes fijadas en la convocatoria y que se haya desempeñado durante un lapso determinado de tiempo que le confiera al candidato la condición de profesional de reconocido prestigio”*. Este tipo contractual, específico de las Universidades, puede renovarse mientras se conserven los requisitos exigidos en el momento de la celebración, esto es, que el profesor asociado siga ejerciendo su actividad profesional fuera del ámbito docente universitario. Si esto no se cumple, o la actividad docente encargada al profesor asociado está desvinculada de su actividad profesional externa, *“se desvirtúa la esencia de esta modalidad contractual”*¹⁴¹⁹.

En los supuestos de falta de cumplimiento del requisito de la actividad profesional fuera del ámbito docente universitario, el Tribunal Supremo entiende que el contrato del profesor asociado no puede considerarse nulo¹⁴²⁰. Razona que la carencia de los

¹⁴¹⁸Párrafo 52 STJUE 13/3/2014 C-190/13 Asunto Márquez Samohano. Lo que parece sostener el TJUE, como resume MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor...op.cit., pág.4, es que *“lo que nace legítimamente como temporal, porque el profesional no puede ni debe integrarse duraderamente en la estructura universitaria, no puede convertirse, con la sucesiva renovación contractual, en un mecanismo de cobertura ordinaria de necesidades permanentes. Para evitarlo, será necesario que las autoridades nacionales competentes establezcan criterios objetivos y transparentes con objeto de comprobar si la renovación de esos contratos responde efectivamente a una necesidad real y puede lograr el objetivo pretendido y necesario a tal efecto”*”.

¹⁴¹⁹ STS 22/6/2017 rec.553/2017.

¹⁴²⁰ Tras la mencionada STJUE, nuestros Tribunales Superiores de Justicia ofrecen soluciones contradictorias. Un grupo de estas sentencias entiende que está ausente un requisito esencial, básico o constitutivo del contrato de trabajo que produce un vicio de nulidad cuyo efecto inmediato es la extinción del contrato por carencia de los requisitos esenciales para su celebración o mantenimiento. En ningún caso considera que la relación laboral temporal deba transformarse en indefinida no fija. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 19/6/2014 rec.24/2014 que sostiene que este tipo de contrato cuenta con una regulación propia, diferenciada de la común del ET, que sólo le resultaría de aplicación supletoriamente, por lo que, de no entender el mencionado requisito como esencial para la validez del contrato, habría de considerarse su carácter temporal en virtud de una normativa especial que así lo autoriza y que considera la finalización del período convenido como válida causa de extinción. Vid LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: “Límites a la...op.cit.,pág. 32. En esta línea también, la STSJ Murcia 14/03/2016 rec.384/2015, mantiene que es un tipo de contratación laboral temporal específica que no puede equipararse con la contratación temporal del art.15 ET. La propia LOU prevé el carácter temporal del vínculo de este tipo de contratos y así, mientras

elementos esenciales del contrato como la existencia de vicios en el consentimiento, la ilicitud del objeto, la inexistencia o falta de veracidad de la causa del contrato pueden acarrear la nulidad del mismo (art.9.2 ET y art.1306.1 CC), en cuyo caso el efecto legalmente previsto es el derecho del trabajador a percibir la remuneración correspondiente al trabajo hasta entonces prestado. Sin embargo, que el profesor asociado no pueda acreditar el requisito de ejercicio de una actividad profesional principal remunerada no puede considerarse un supuesto de nulidad del contrato de trabajo ya que no hay vicio en el consentimiento¹⁴²¹, ni el objeto del contrato es ilícito porque se dirige a intercambiar trabajo por salario, ni hay simulación que trate de ocultar el contrato que realmente se suscribe. Lo que sucede realmente es que la universidad se ha servido de una modalidad contractual temporal para la realización de una actividad que no tiene amparo en la regulación finalista del contrato utilizado y, en estos casos, lo que procede es la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo por fraude de ley¹⁴²².

en la empresa privada la lógica esencial pasa por el carácter indefinido del vínculo, resultando la temporalidad como una excepción causal, en la contratación universitaria la lógica es la opuesta: su vínculo es temporal por mandato legal y los efectos no pueden ser los ordinarios del art.15.3 ET. Esto es, las posibles irregularidades en la contratación no pueden tener como efecto la transformación del contrato laboral en indefinido porque este tipo de contrato del profesor asociado es siempre temporal. Puede consultarse MOLINA NAVARRETE, C.: “Uso y abuso del profesor asociado en la Universidad: ¿Todos “falsos”?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 401-402, 2016, pág.167 y ss. Con argumentación semejante, la STSJ Cataluña de 29/6/2015 rec.7627/2014, concluye que “cuando un ciudadano accede a la condición de docente o investigador en la modalidad laboral, excepto en el caso de profesores contratados doctores, es perfecto y cabal conocedor de que la referida contratación tendrá la duración mensual o anual establecida... las irregularidades en la contratación que pudieran haberse producido en modo alguno pueden tener como consecuencia los efectos previstos en la normativa laboral ordinaria, por partir ésta como paradigma del carácter indefinido del vínculo, no aplicable a la contratación de profesores asociados...” Vid también PEREZ REY, J. Y TRILLO PARRAGA, F.: “Precariedad en la universidad: los falsos asociados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia sala octava de 13 de marzo de 2014”, *Revista Derecho Social*, nº 66, 2014, pág. 135 y ss; MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit. Otras decisiones judiciales, ante la falta de este requisito o si el contrato es fraudulento por dedicarse a actividad docente distinta a la especificada en el contrato concertado, o si las actividades para las que es contratado en la Universidad tienen carácter permanente o por la larga duración de sus actividades,... defienden su conversión en indefinido no fijo. Así, por ejemplo, su STSJ 27/9/2016 rec.3407/2016, STSJ Madrid 24/10/2014 rec 548/2014; Andalucía Sevilla 22/6/2016 rec. 2154/2015.

¹⁴²¹ Distinto caso sería el supuesto de que el profesor simulara de alguna manera realizar esa actividad profesional externa que no realiza o incluso carecer de la titulación académica para hacerlo, caso en el que debe entenderse que estaríamos ante un supuesto de nulidad por un vicio en la aptitud del trabajador. Faltaría uno de los elementos esenciales del contrato y estaríamos ante un vicio en el consentimiento. Para MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit., pág. 21, en el caso de que ambos contratantes sean conocedores de la situación real del asociado, el efecto debería ser la conversión en indefinido no fijo.

¹⁴²² STS 22/06/2017 rec. 3047/2015 y las allí citadas SSTS 6/5/2003 rec. 2941/2002 y 7/12/2011 rec. 935/2011, entre otras. A mayor abundamiento, STS 1/6/2017 rec.2890/2015 literalmente apunta que “en estos supuestos, el ordenamiento jurídico laboral ha previsto que el contrato se entienda celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa. Lo prevé así para los contratos temporales celebrados en fraude de ley el art.15.3 ET con vocación de generalidad en el ámbito de las relaciones laborales...con apoyo en tal precepto, y en el art.6.4 CC, se puede asociar la contratación laboral fraudulenta a situaciones en las que, al amparo de una norma legal vigente, se hace un uso desviado de la misma aplicándola a supuestos distintos del previsto por la ley, obteniéndose un resultado antijurídico no pretendido por la norma que

En cuanto a la sucesiva e ilimitada renovación de contratos de profesores asociados -la contratación laboral en las Universidades Públicas, pese a contar con legislación específica, queda sometida a la normativa de la Unión Europea y a la legislación laboral española- la causa de la temporalidad ha de aparecer debidamente justificada, no siendo posible su utilización para cubrir necesidades permanentes de mano de obra¹⁴²³. Y al juez nacional, conforme a la Jurisprudencia comunitaria, le va a corresponder comprobar la existencia de dicha razón objetiva y que la renovación de los sucesivos contratos laborales de duración determinada trata de atender necesidades provisionales.

Esa razón objetiva no puede automáticamente excluirse porque estos contratos, se renueven para satisfacer una necesidad recurrente o permanente de las universidades en la materia y que tal necesidad no se pueda satisfacer mediante un contrato de trabajo de duración indefinida, porque la naturaleza de la actividad docente en cuestión y las características inherentes a tal actividad pueden justificar, en el contexto de que se trate, el uso de contratos de trabajo de duración determinada¹⁴²⁴. En la STS 1/6/2017 rec.2890/2015 se recalca que en el ámbito de la docencia universitaria la contratación temporal es posible en los supuestos previstos por la Ley, incluso para atender a necesidades permanentes siempre que tales contrataciones respondan a los fines e intereses previstos por la norma legal que habilita la correspondiente contratación temporal, bien sea por razones ligadas a la necesaria relación entre realidad práctica y profesional con la formación de los alumnos, bien a exigencias conectadas a la promoción y formación del docente (ej.ayudante doctor), o a cualquier otra finalidad legalmente establecida.

supuestamente ampara la contratación efectuada...debería producirse la transformación en indefinido no fijo...” Advierte MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit., pág. 21, que aunque la transformación en indefinido no fijo tenga un efecto relativamente sancionador para la universidad, es una solución preferible a considerar la nulidad de esos contratos temporales ya que ello puede favorecer la utilización abusiva de los mismos permitiendo a la empleadora pública “*sucesivamente renovar estos contratos hasta llegar a unas cotas inaceptables de precariedad...*”

¹⁴²³ Vid. SSTS 8/7/2020 rec.2288/2018, 10/5/2022 rec.1144/2021 16/11/2021 rec.2957/2020: fraude de ley porque se celebra para necesidades permanentes o por falta de segunda actividad STS 16/7/2020 rec.2232/2018. No puede sostenerse que este ámbito del empleo público laboral se encuentra, en este aspecto concreto, extramuros de la legislación laboral, como hacía, ya se ha dicho, la STSJ Murcia de 14/3/2016. Que a este colectivo de trabajadores se le aplique el derecho especial del trabajo recogido en la LOU, no excluye de “*la integración del régimen del personal docente e investigador laboral en el ordenamiento laboral, cuya supletoriedad para corregir contradicciones o cubrir lagunas resulta incontestable...*”, tal como recuerda MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit.,pág. 20.

¹⁴²⁴ Los contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados cubren una necesidad permanente de las universidades, en la medida en que el profesor asociado, en virtud de tal contrato de trabajo de duración determinada, ejecuta tareas docentes bien definidas – ligadas a su quehacer profesional fuera de la universidad – que forman parte de las actividades habituales de las universidades.

La renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal sino muy al contrario permanente y duradero, cuando no estén conectadas con la modalidad contractual elegida, no es conforme a la Directiva, puesto que no pueden utilizarse para el desempeño duradero, aún a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente y alejadas de la configuración finalista del propio contrato utilizado¹⁴²⁵. Si el profesor asociado no realiza un actividad profesional principal fuera de la universidad y sigue desempeñando para la misma, a través de sucesivas prórrogas de su contrato, una actividad permanente, habitual y duradera – no queda acreditada la causa de la temporalidad – el contrato es fraudulento y debe considerarse una relación laboral indefinida no fija, entendiéndose que no se encuentra incluida en la exclusión del supuesto de la DA 15ª.2 ET.

Por el contrario, si el profesor asociado mantiene una actividad principal extraacadémica y se le contrata para que aporte su experiencia profesional externa a la docencia universitaria, queda justificada tanto la celebración como la renovación de sus contratos y no daría lugar a la conversión del contrato en indefinido no fijo. Esto es, no estaríamos ante una utilización fraudulenta de esta modalidad contractual por parte de la Universidad porque existe un elemento que configura la contratación del profesor asociado y le dota de naturaleza temporal, ofreciendo con ello una razón objetiva que identifica el contrato (vid FJ 2º y 3º STS 15/02/2018 rec.1089/2016)¹⁴²⁶.

¹⁴²⁵ Interesante en relación a la renovación de estos contratos la STJUE 13/1/2022 C-282/19 Asunto MIUR y Ufficio scolastico regionale per la Campania, sobre la renovación anual de los contratos de profesores de religión en centros públicos. En la misma el TJUE sostiene que la cláusula 5ª se opone a una normativa nacional que excluye a los profesores de religión católica de los centros de enseñanza pública de la aplicación de las normas que sancionan la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, si no existe ninguna otra medida efectiva en el ordenamiento jurídico interno que sancione dicha utilización abusiva, y, por otra parte, de que la necesidad de una declaración de idoneidad expedida por una autoridad eclesiástica para permitir a estos profesores enseñar la religión católica no constituye una razón objetiva, puesto que esa declaración se expide una sola vez y no antes de cada año escolar que da lugar a la celebración de un contrato de trabajo de duración determinada.

¹⁴²⁶ MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico...op.cit.,pág. 8 y 24, observa que, si bien resultará sencillo comprobar si el profesor asociado reúne el requisito de mantener un actividad principal diferente a la académica universitaria, pero no tanto comprobar si se atienden con esos contratos a necesidades permanentes porque “no es solo el carácter temporal o permanente de las actividades encomendadas al asociado sino si con ese contrato se responde a los intereses y fines que la norma persigue”. Sostiene que la posibilidad de recurrir a la contratación temporal de profesores asociados para la realización de actividades permanentes y duraderas de las universidades, debe llevar a ser especialmente rigurosos a la hora de analizar si cada una de las contrataciones temporales realizadas cumple con los requisitos y satisface los fines e intereses perseguidos por la concreta modalidad contractual empleada... Es difícil distinguir en la práctica “una actividad docente permanente que deba ser cubierta con profesorado permanente de una actividad docente temporal que habilitaría a la contratación de profesores asociados”. Será muy complejo para el juez ir dilucidando, caso por caso, si el encargo docente asignado al profesor asociado le permite

Para terminar, recuérdese que con la LOSU el contrato de profesor asociado tiene la condición de indefinido.

6. ¿Hay futuro para el indefinido no fijo?

Resta preguntarnos sobre el futuro de la figura del indefinido no fijo. Y dicha pregunta es pertinente en tanto en cuanto, tras los procesos de estabilización extraordinaria de empleo temporal regulados por la Ley 20/2021¹⁴²⁷, es posible que muchos de los existentes en la actualidad en nuestro empleo público desaparezcan, tras haber obtenido plaza como fijos o, en el peor de los casos, haber visto extinguida su relación laboral con la Administración Pública tras la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaban.

Por otra parte, pensando hacia el futuro, habrá que aguardar a los efectos de la aplicación de la DA 17ª EBEP. Recuérdese que dispone la nulidad de todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal; plantea la exigencia de responsabilidades a las Administraciones Públicas ante cualquier tipo de irregularidad en la contratación temporal y, además, contempla el derecho a la percepción de una compensación económica – consistente, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año- en los supuestos de incumplimiento de los plazos máximos de permanencia de personal laboral temporal. En esta línea, la doctrina argumenta que desde el 30 de marzo de 2022, fecha de entrada en vigor de los nuevos contratos temporales introducidos por el RD Ley 32/2021, se sustituye la solución de la normativa laboral para los supuestos en los que se supera el plazo de duración de los contratos temporales – fijeza en el sector privado e indefinido no fijo en

incorporar su experiencia profesional externa porque está relacionada con el tipo de docencia a impartir. Sólo en caso afirmativo será lícito recurrir a esta modalidad contractual prevista en la LOU y se estará respetando la finalidad de la Directiva 1999/70/CE

¹⁴²⁷ Recuérdese, con MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.131, que con los procesos de estabilización hay que incluir las plazas de indefinidos no fijos en la OEP correspondiente. Señala PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los...op.cit.*,pág.122, que la Ley 20/2021 parece que busca soluciones para evitar futuros supuestos de indefinidos no fijos.

la Administración Pública- por una compensación económica al empleado público laboral¹⁴²⁸.

Sin duda, esta disposición puede funcionar a suerte de dique de contención para una de las principales fuentes de creación de trabajadores indefinidos. Sin embargo, consideramos que su alcance es limitado y únicamente conseguirá frenar su crecimiento. En todos aquellos supuestos en materia de temporalidad en los que se advierta un incumplimiento del art.15 ET, distinto del plazo máximo de duración o de la superación de las posibilidades de encadenamiento de contratos temporales, la solución sigue siendo la fijeza que en el empleo público supondrá la conversión en indefinido no fijo- por ejemplo, necesidades de mano de obra permanente que se atienden concertando un contrato de trabajo temporal-.

Y, desde luego, la reforma no modifica la situación en el caso de supuestos de cesión ilegal de trabajadores o de subrogación de empleados por la Administración Pública en los supuestos de reversión de servicios públicos, si bien, hay que recordar la reciente sentencia que aboga por la fijeza con limitaciones. Así como que algunos Tribunales, en supuestos muy concretos, están reconociendo la condición de fijeza en lugar de la de indefinido no fijo – por ejemplo, en el caso de AENA, cuando el trabajador temporal ya había superado un proceso selectivo para la cobertura de plaza fija, sin obtener plaza¹⁴²⁹ o, si bien en suplicación, porque entienden que el indefinido no fijo no es una solución conforme con la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE¹⁴³⁰.

Siguen existiendo colectivos de empleados públicos, con contratos no temporales, de los que no puede decirse que sean fijos. Y esta falta de fijeza no es imputable al empleador que los contrata sino a la propia naturaleza o del diseño legal del mismo. Es el caso de los empleados públicos con contrato de actividades científico técnicas (art.23 bis LCTI) de los que, como se ha dicho arriba, ven su contrato condicionado al mantenimiento de la pertinente financiación de sus investigaciones. Creemos también que el de los profesores de religión en centros públicos que ven condicionada la subsistencia de su vínculo contractual al mantenimiento de la idoneidad por parte de la entidad

¹⁴²⁸ Entre otros, para ROQUETA BUJ, R.: *La reforma de la...op.cit.*, pág.21, la derogación de la DA 15ª.1 ET quita la cobertura a esta posibilidad y se plantea una solución más razonable con los principios de acceso al empleo público.

¹⁴²⁹ STS 16/11/2021 rec.u.d.3245/2019.

¹⁴³⁰ Vid STSJ Madrid 17/2/2021 rec.845/2020.

religiosa correspondiente¹⁴³¹. O el de los nuevos profesores asociados (art.79 Proyecto LOSU) de los que se dice tendrán carácter indefinido, siendo causa objetiva de extinción del contrato – como ya se ha apuntado – la inexistencia de necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional, en cuyo caso la Universidad amortizará su contrato. O incluso el contrato para actividades científico técnicas del art.23 bis LCTI.

Luego el problema para el empleo público laboral sigue existiendo. En esta nueva etapa, en la que parece haberse tomado en serio la reducción de la temporalidad y la precariedad en el empleo público, el indefinido no fijo sigue siendo una figura en precario, una anomalía que parece querer esquivarse para que sean los Tribunales quienes lidien con ella. La solución no es sencilla puesto que ha de conciliar las singularidades del empleo en la Administración Pública con las exigencias de la normativa laboral, nacional y europea, pero a este problema debería dar solución, sin escurrir el bulto, el legislador interno¹⁴³².

¹⁴³¹ La relación laboral, regulada por el *Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los profesores de religión previstas en la DA 3ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, tiene fundamento en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3/1/1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede*, así como por los Acuerdos de Cooperación con otras confesiones que tienen un arraigo evidente y notorio en la sociedad española y en la DA 3ª LOE. Expresamente, el art. 4 RD 696/2007 dispone que la contratación laboral de este personal por la Administración educativa se efectuará por tiempo indefinido, salvo en los casos de sustitución del titular de la relación laboral que se realizará a través de un contrato de duración determinada de sustitución. También hay una mención a una relación laboral por tiempo indefinido en la DA Única de ese RD. El contrato fijo no existiría para este colectivo, dado que el mantenimiento de su vínculo contractual se condiciona a la subsistencia de la vigencia de la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa (art.3.1 RD 696/2007). Esta relación laboral se extingue, además de por las causas ordinarias de extinción del contrato de trabajo del art. 49 ET, por revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó.

¹⁴³² Para RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de...op.cit.,pág.151, la reforma no ha extinguido esta figura y lo justifica porque sigue siendo necesaria – a falta de mejor solución- para conciliar el Derecho del Trabajo con los principios de acceso al empleo público; no se ha modificado el art.8 EBEP que reconoce la figura; la Jurisprudencia del TJUE parece respaldar su supervivencia,- por ejemplo, el considerando nº 23 del caso IMIDRA- por lo que parece dudoso deducir de la modificación del art.15.4 y DA 15ª ET su desaparición;.. Aboga porque sea el legislador quien expresamente esclarezca la subsistencia o la desaparición del indefinido no fijo. BERNAL DE PABLO-BLANCO, P. : “Empleo Público temporal en fraude de ley: algo se mueve”, *Diario La Ley*, nº 9842, 2021, citando a CASAS BAAMONDE, concluye que “*la figura del indefinido no fijo ha dejado de ser aplicable...ante una situación excepcional de abuso generalizado por parte del Estado español, cabe una interpretación de la CE en la que se compaginaría el respeto a los principios de acceso a la función pública del art.103 CE con el hecho de que fuera declarada por los tribunales una situación de estabilidad mediante su conversión de personal fijo, apuntando a la necesidad de hacer una reforma legislativa que posibilite el respeto a la igualdad de trato entre empleados públicos o privados*”.

CAPÍTULO 9: Influencia del Derecho de la Unión Europea en el empleo público temporal

1. Introducción

En los últimos tiempos se está dejando sentir, quizás como nunca antes, el peso de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la aplicación de nuestro ordenamiento interno. Los ciudadanos toman conciencia del valor añadido que supone pertenecer a una entidad supranacional como la Unión Europea y recurren, cada vez con mayor frecuencia, al cobijo de los Tribunales europeos en demanda de la protección de sus derechos, reconocidos por el ordenamiento comunitario e incumplidos por los Estados miembros. En el ámbito social, esta influencia del Tribunal europeo también resulta ser muy intensa. Por lo que nos interesa en estas páginas, nuestros Jueces y Tribunales están planteando cuestiones prejudiciales al TJUE porque entienden que la normativa española de empleo temporal puede no ser conforme con el ordenamiento comunitario, en concreto, con la Directiva 1999/70/CE¹⁴³³. Las respuestas del citado órgano comunitario van a afectar a las relaciones de servicio temporales prestadas en régimen laboral, funcionarial y estatutario, ya que la mencionada Directiva no distingue en función del carácter público o privado del empleador. Sin ánimo de exhaustividad, a las repercusiones en el empleo público español de las decisiones del TJUE sobre contratación temporal y a sus efectos sobre el legislador y los Tribunales españoles se dedican los próximos apartados.

2. Aproximación a la Directiva 1999/70/CE.

La temporalidad en el empleo es una de las mayores lacras del mercado de trabajo en los países de la UE, especialmente en España. Como los empresarios del sector privado, el empleador Administración Pública ha abusado del empleo temporal, en

¹⁴³³Recuerda PÉREZ REY, J.: “Por una reformulación...op.cit.,pág. 219, que con la última gran crisis económica se busca el amparo del TJUE quien con sus resoluciones lleva “a plantearnos de forma más intensa que la acostumbrada que nuestro entendimiento sobre la estabilidad en el empleo tiene considerables vías de agua”. ORDOÑEZ SOLIS, D.: “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal”, *Revista Ministerio Empleo y Seguridad Social*, nº127, 2017, pág.228 apunta como la transformación que está sufriendo el modelo de empleo público español es fruto de la aplicación del Derecho de la UE. Más de una vez, estas cuestiones prejudiciales, se plantean como una suerte de rebeldía de los Tribunales inferiores para intentar enmendar la doctrina de Tribunales superiores, por otros, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Las medidas para reducir...op.cit.,pág.62; ALVÁREZ DEL CUVILLO, A.: “El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas” en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, pág.4.

particular para la prestación de servicios públicos en sectores como la educación o la sanidad. Concienciados por la situación de precariedad de los trabajadores temporales, el 18 de marzo de 1999, CES, UNICE y CEEP firman un *Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada*, que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, de 1999¹⁴³⁴. En el Acuerdo marco, las citadas organizaciones interprofesionales, apuestan por la estabilidad en el empleo al reconocer que los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores. Pero, al mismo tiempo, son conscientes de que los contratos de trabajo de duración determinada son característicos del empleo en algunos sectores, ocupaciones y actividades y, en muchos casos, pueden responder, en ciertas circunstancias, a las necesidades de empresarios y trabajadores. Si bien, en estos supuestos, la contratación laboral de duración determinada ha de fundamentarse en razones objetivas para evitar abusos¹⁴³⁵.

Con este Acuerdo, los interlocutores sociales quieren contribuir a mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto del principio de no discriminación -trato igual respecto a las condiciones de trabajo de los trabajadores fijos-, y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Es por ello que en el mismo se establecen los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo de duración determinada, reconociendo que su aplicación detallada debe tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas¹⁴³⁶.

¹⁴³⁴ Suele citarse al Acuerdo marco o a la Directiva de manera indistinta. Sobre esta Directiva puede consultarse ORDOÑEZ SOLIS, D.: “El empleo público temporal...op.cit. Para SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “El empleo público español y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Directiva 1999/70/CE” ponencia en el curso de la UIMP “El empleo público y la modernización de la Administración”, celebrado en Huesca del 3 al 5 de octubre de 2018, pág.10 “*la ampliación del marco competencial en la normativa social de la UE desde el Tratado de Amsterdam profundiza en el papel de los interlocutores sociales y permite la adopción de acuerdos o convenios entre los mismos que lleguen, mediante su incorporación a una Directiva o Acuerdos, a convertirse en normativa vinculantes para los estados miembros...*” Esta Directiva persigue el doble objetivo de mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales y de conseguir unas “*condiciones semejantes de competencia*” como reconoce RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)”, *RL*, nº 21, 2011, pág.2.

¹⁴³⁵ Califica SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “El empleo público español...op.cit.,pág. 11, a esta Directiva de “*aséptica e indeterminada*” porque no recoge una regulación restrictiva o prohibitiva de la contratación temporal. Persigue evitar la discriminación en las condiciones de trabajo de estos trabajadores respecto de los fijos y la utilización abusiva del encadenamiento de los contratos temporales; “*...quiere normalizar la contratación temporal estableciendo garantías que eviten el paso de la temporalidad a la precarización*”.

¹⁴³⁶ Analiza RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal...op.cit.,pág.4, que el Acuerdo no regula detalladamente los contratos temporales porque quiere respetar “*la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas*”.

En cuanto al *principio de no discriminación* (cláusula 4ª.1) indica que, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración temporal¹⁴³⁷, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas. La Directiva define al *trabajador con contrato de duración determinada*¹⁴³⁸ como aquel con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado (cláusula 3ª). *Trabajador con contrato de duración indefinida comparable* es aquel con un contrato o relación laboral de duración indefinida en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña. Lo anterior supone que la comparativa haya de producirse entre un trabajador con contrato de duración determinada y un trabajador con contrato indefinido comparable, pero no entre contratos de duración determinada que pueden tener regímenes jurídicos diferentes.

Como se observa, la Directiva no distingue entre la condición privada o pública del empleador¹⁴³⁹ por lo que resultará de aplicación en el empleo público siempre que la

¹⁴³⁷ Recalca RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público...op.cit.,pág.11, que la igualdad entre fijos y temporales no puede ser “*por abajo*” ya que la Directiva contiene un principio de no regresión impidiendo la reducción del nivel de protección de los trabajadores.

¹⁴³⁸ El Acuerdo se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro (cláusula 1.1). Los trabajadores indefinidos no fijos se encuentran en el ámbito de aplicación de esta Directiva como así se recoge, entre otros, el ATJUE 11/12/2014 Asunto C-86/14 León Medialdea, así lo recuerda RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017, pág.216.

¹⁴³⁹ ORDÓÑEZ SOLIS, D.: “El empleo público temporal...op.cit.,pág.228, recuerda que “*es irrelevante la naturaleza de la relación de servicio, sea funcionarial, estatutaria, laboral o incluso eventual o de designación política...*”. Así se sostiene SSTJUE 4/7/2006 C-212/04 Asunto Adeneler; 13/9/2007 C-307/05 asunto Del Cerro Alonso; de 23/4/2009 C-378/07 a C-380/07 Asunto Angelidaki y otros; de 8/9/2011 C-177/10 Asunto Rosado Santana; de 22/12/2010 Asuntos acumulados Gavieiro C-444/09 e Iglesias C-456/09; 14/9/2016 C-596/14Asunto De Diego Porras;... Explica RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en...op.cit.,pág.4, que el Acuerdo resulta aplicable a las Administraciones, aunque no participaron en la negociación del Acuerdo por lo que no tiene en cuenta las peculiaridades del empleo público administrativo: “*la contradicción entre la lógica administrativa que trata de asegurar la igualdad en el acceso a los empleos públicos y evitar el clientelismo, asegurar una Administración eficaz y contener el gasto público poniendo límites a la contratación directa en empleos indefinidos y la lógica laboral de la Directiva de evitar situaciones de precariedad indefinida*”.

prestación de servicios tenga carácter temporal y ello, además, con independencia de la calificación que se les dé a los contratos en su ordenamiento interno¹⁴⁴⁰.

En cuanto al concepto de trabajador, en el sentido del art.45 TFUE, tiene un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión Europea y no debe interpretarse de forma restrictiva¹⁴⁴¹. Hay que considerar como tal a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio. La característica de una relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales perciba una retribución¹⁴⁴². Por lo tanto, la relación de dependencia y el pago de una retribución forman los elementos constitutivos de toda relación asalariada, siempre que la actividad profesional de que se trate, presente un carácter real y efectivo.

En relación a la noción de *condiciones de trabajo*, el TJUE se inclina por una interpretación amplia comprensiva del “conjunto de derechos y obligaciones entre las partes que confirman la relación laboral o de empleo”. Como ha tenido ocasión de precisar el TJUE, esta expresión engloba las condiciones relativas a las retribuciones, carrera, indemnizaciones por extinción, preaviso, pensiones que dependan de una relación de trabajo,...pero no las condiciones relativas a pensiones que derivan de un régimen legal de Seguridad Social¹⁴⁴³.

¹⁴⁴⁰ Para SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “El empleo público español...op.cit.,, pág. 17 , el TJUE se sirve de “un concepto antiformalista y amplio” por lo que comprueba “si el trabajo es sustancialmente coincidente” y lleva a cabo una comparación “material y concretada en las funciones realmente realizadas”, entendiendo que “el no haber superado una oposición de acceso a la función pública o la mayor simplicidad de los procesos selectivos en la selección de personal interino no impide la comparabilidad” con los fijos comparables (ej. STJUE 18/10/2012 Asunto Valenza C-2012\292). Indica LÓPEZ PARADA, R.: “Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14, de Diego vs Ministerio de Defensa”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016, pág. 17, que el concepto de contrato de duración determinada no tiene por qué coincidir con la definición que de tal contrato se tenga en cada uno de los Estados miembros. Para la Directiva, contrato de duración determinada es aquel cuyo final viene determinado por condiciones objetivas, sin llegar a distinguir entre plazo incierto y condición. Cualquier contrato de trabajo – incluso indefinido - sujeto a un plazo o condición de naturaleza resolutoria tiene para esta Directiva la consideración de contrato de duración determinada. La misma no diferencia si esas condiciones objetivas que pueden poner fin al contrato son de acaecimiento cierto (plazo o certus an) o incierto (condición) ni tampoco si el plazo que se pueda fijar está expresado mediante una fecha concreta (certus quandum) o por referencia a un acontecimiento cuya fecha sea incierta (incertus quandum).

¹⁴⁴¹ Por otras, STJUE 14/6/2012 C-542/09 Asunto Comisión Europea vs Países Bajos.

¹⁴⁴² Vid, por otras, SSTJUE 3/7/1986 C-66/85 Asunto Lawrie Blum/Land Baden-Württemberg; 28/2/2013 C-544/11 Asunto Petersen.

¹⁴⁴³ Vid, por otras, STJUE de 15/4/2008 C-268/06 Asunto Impact. En la STJUE 14/9/2016 C-596/14 Asunto De Diego Porras, engloba también la indemnización por finalización del contrato de duración determinada. Se trata de las condiciones de toda relación laboral entre un trabajador y su empresario en una

Las *razones objetivas* - que justificarían que la normativa interna pueda dar un trato diferente en las condiciones de trabajo de un contrato de duración determinada respecto de un contrato indefinido comparable y que necesitan de una interpretación uniforme que no proporciona la Directiva¹⁴⁴⁴ – han de interpretarse de manera rigurosa y restrictiva. Requieren de la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con criterios objetivos y transparentes con el fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, que permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o eventualmente en la persecución de un objetivo legítimo de política social¹⁴⁴⁵. No se considera razón objetiva el que la diferencia de trato esté recogida en una norma nacional general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo. Ni tampoco se admite la mera naturaleza temporal del contrato para justificar la diferencia de trato¹⁴⁴⁶.

El TJUE ha entendido que esta cláusula 4ª.1 que recoge el principio de igualdad de trato entre trabajadores con contratos de duración determinada e indefinida, no puede ser

noción global de empleo por lo que comprendería desde el inicio hasta el final, pasando por todos los aspectos que conforman la prestación (condiciones de trabajo: aspectos retributivos y de tiempo de trabajo) y condiciones de empleo (inicio y finalización). Esta doctrina expansiva incluye la terminación del contrato dentro de las condiciones de trabajo. Vid SSTJUE de 8/9/2011 C-177/10 Asunto Rosado Santana; 12/12/2013 C-361/12 Asunto Carratú; 13/3/2014 C-38/13 Asunto Nierodzik;... Recuerda ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (Notas a tres sentencias y tres autos), Lan Harremanak, nº 36, 2017-I, pág.31, como “*ha equiparado el concepto de condiciones de trabajo al previsto en la Directiva 2000/78/CE...*” Puntualiza MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del empleo...op.cit.,, pág.22, que el TJUE ha ampliado el concepto de condición de trabajo para incluir en el mismo cualquier elemento de la relación laboral o de empleo que repercuta directa e indirectamente en ella.

¹⁴⁴⁴ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en...op.cit.,pág.4.

¹⁴⁴⁵Véanse, en particular, las SSTJUE 13/09/2007 C-307/052 Del Cerro Alonso; 22/12/2010 C-444/09 y C-456/09 Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres; 18/10/2012, C-302/11 a C-305/11 Valenza y otros.

¹⁴⁴⁶Para RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en...op.cit.,pág.10. GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V.: “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, nº 9069, sección doctrina, 26/10/2017, Ed. Wolters Kluwer, pág.7 recuerda que “*el Acuerdo no recoge otras posibles causas de discriminación como las que pudieran tener origen en la condición funcionarial o laboral del trabajador, dado que no tiene por objeto mejorar la calidad de trabajo de uno u otro colectivo, sino la de los trabajadores con contratos de duración determinada en general,...el personal funcionario y laboral son colectivos distintos que se rigen por normativas diferentes, de naturaleza administrativa y laboral, por lo que la distinta regulación de sus condiciones de trabajo no es discriminatoria, dado que estamos antes situaciones jurídicas que no son comparables... el que los laborales temporales tengan derecho a indemnización tras el cese conforme a la legislación laboral y los funcionarios o estatutarios no, es una cuestión que no entra dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo y que debe ser resuelta por los Tribunales españoles...*”

objeto de aplicación restrictiva en cuanto que expresa un principio de Derecho Social de la Unión Europea. Estaríamos ante una manifestación del derecho fundamental a la igualdad de trato y de la prohibición de discriminación (art.20 y 21 CFDUE)¹⁴⁴⁷. Además, tiene un contenido “*incondicional y lo suficientemente claro y preciso*” que permite invocar el principio de eficacia vertical directa por un particular frente a la Administración Pública, como empresario laboral, ante un Tribunal nacional¹⁴⁴⁸. Sin embargo, a no ser que pueda recurrirse al principio de interpretación conforme, no resulta aplicable su contenido al no tener efecto horizontal directo entre particulares, - restando como única solución la “*exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado*”-, por lo que los Tribunales internos han recurrido al art.21 CFDUE que reconoce el principio de no discriminación –“*para reconocer los veinte días de indemnización, aunque de forma controvertida*”¹⁴⁴⁹.

Por su parte, la cláusula 5ª relativa a *las medidas destinadas a prevenir los abusos* como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, “*trata de evitar la precarización de los trabajadores temporales*”¹⁴⁵⁰. La misma dispone que los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes¹⁴⁵¹ para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos

¹⁴⁴⁷ Y por tanto ha de tener eficacia no solo vertical, sino también horizontal o entre particulares para PRECIADO DOMÉNECH, C.: “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016, pág.61, así por ejemplo en las SSTJUE 19/4/2016 C-441/2014 Asunto Dansk Industri; 13/9/2011 C-447/09 Asunto Prigge; de 22/11/2005 C-144/04 Asunto Mangold;...cuando una Directiva concreta un derecho fundamental o principio general de la UE, como la prohibición de discriminación, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se discute sobre el principio de no discriminación garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho europeo a los justiciables y la eficacia plena de éste, dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a dicho principio.

¹⁴⁴⁸Vid GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V.: “Sobre el derecho...op.cit.,pág.4. RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en las...op.cit.,pág.2. Entre otras muchas sentencias, pueden consultarse SSTJUE C-268/06 15/4/2008 Asunto Impact; 22/12/2010 C-444/09 y C-456/09 Asuntos acumulados Gavieiro e Iglesias;...

¹⁴⁴⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Recepción judicial interna de los casos “de Diego Porras”, “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”, Diario La Ley, nº 9113, 8 de enero de 2018, pág.2.

¹⁴⁵⁰ ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la...op.cit., pág.22.

¹⁴⁵¹Recuerda RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en...op.cit.,pág.3, que no proporciona una definición de lo que deba entenderse por “*medida legal equivalente*” pero parece que el TJUE exige que se lleve a cabo una interpretación uniforme del mismo con la finalidad de prevenir el uso sucesivo abusivo de contratos temporales.

o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; y, c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

De esta cláusula podemos destacar que, en principio, la misma no sería aplicable a los trabajadores que hayan celebrado un primer o único contrato de trabajo de duración determinada¹⁴⁵². Por lo demás, como se observa, presenta una “*regulación muy abierta*” y los Estados miembros son libres para elegir el medio más adecuado siempre que se consiga el efecto útil o el objetivo perseguido por la Directiva. No obliga a introducir medida alguna en el ordenamiento interno si ya existen medidas legales equivalentes para prevenir los abusos del uso sucesivo de contratos de duración determinada. Se requiere que las medidas equivalentes que ya existan en el ordenamiento interno o que puedan introducirse por el Estado miembro para prevenir el uso sucesivo abusivo de la contratación temporal sean “*proporcionadas, efectivas y disuasorias*” y que garanticen la eficacia de la Directiva¹⁴⁵³. La cláusula no estaría imponiendo, por ejemplo, la conversión en indefinidos de esos contratos temporales sucesivos y abusivos¹⁴⁵⁴, pero considera esta medida preventiva o sancionadora adecuada. El TJUE no entiende contrario a la Directiva que esta medida no sea aplicable al empleo público laboral temporal si, en cambio, existe una medida alternativa que evite y prevenga eficazmente esa contratación abusiva¹⁴⁵⁵.

Las medidas enumeradas en la cláusula 5ª, en defecto de existencia de medidas legales en el ordenamiento interno son medidas alternativas y equivalentes para prevenir o evitar abusos. Como indica el TJUE, la razón objetiva que justifique la renovación sucesiva de contratos temporales puede tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. La desigualdad de trato ha de responder a una necesidad auténtica y ha de permitir lograr el objetivo perseguido y resulte indispensable al efecto. Una disposición nacional que se limitara a autorizar de manera general y abstracta, a través de una norma legal o reglamentaria, la utilización de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada no se ajustaría a las exigencias

¹⁴⁵² Vid, por otras, STJUE de 23/4/2009 C-378/07 a C-380/07 Asuntos acumulados Angelidaki y otros.

¹⁴⁵³ Por otros, ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia...op.cit.,pág.22.

¹⁴⁵⁴ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en...op.cit.,pág.2 y ss.

¹⁴⁵⁵ SSTJUE de 7/9/2006 C-180/04 Asunto Vasallo y C-53/04 Asunto Marrosu.

del Acuerdo marco¹⁴⁵⁶; ni tampoco razones de índole presupuestaria justificaría la ausencia de medidas “*de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sentido de la cláusula 5ª.1 del Acuerdo marco*”¹⁴⁵⁷. Y es esta misma regulación abierta de la cláusula 5ª la que, a diferencia de la cláusula 4ª, impide que los ciudadanos puedan invocar su aplicación directa por no reunir los requisitos de carácter incondicional, claro y preciso -vid, por ejemplo, STJUE 15/4/2008 Asunto Impact C-268/06-.

Las cláusulas 6ª y 7ª de la Directiva, de menor interés para nuestro trabajo, básicamente tienen que ver con obligaciones empresariales de información y oportunidades de empleo a los trabajadores con contratos de duración determinada y con el cómputo de los trabajadores temporales a efectos de los órganos de representación.

3. Las cuestiones prejudiciales españolas sobre empleo temporal. Efectos de las decisiones del TJUE en el empleo público.

Buena parte de las cuestiones prejudiciales planteadas por los Estados miembros al TJUE sobre la Directiva 1999/70/CE tienen origen en nuestro país y afectan a condiciones de trabajo de empleados públicos. Sin duda, ello responde a la incompleta transposición de la Directiva a nuestro ordenamiento interno. Deficiente en el caso del ordenamiento laboral y prácticamente inexistente, hasta la Ley 20/2021, en el caso del empleo público en régimen de Derecho Administrativo. A continuación, van a analizarse algunas de las más importantes resoluciones que resuelven estas cuestiones prejudiciales. Comenzaremos con las que afectan al empleo público en régimen laboral y posteriormente se abordarán alguna de las más importantes sobre el personal regido por el Derecho Administrativo.

1.1. El TJUE y el empleo público temporal en régimen laboral

4.3.2. Los asuntos De Diego Porras I, Montero Mateos y De Diego Porras II.

La primera STJUE en la que nos detendremos brevemente responde a una cuestión prejudicial en la que al juez nacional le surgen dudas en cuanto a la compatibilidad de la normativa nacional con el principio de no discriminación entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos, enunciado en la cláusula 4ª del Acuerdo

¹⁴⁵⁶ Según RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en ...op.cit, pág.4,
¹⁴⁵⁷SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “El empleo público español...op.cit.,, pág.21. Siguiendo a ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia...op.cit., pág.41.

marco¹⁴⁵⁸. En concreto, se pregunta al TJUE si se tiene derecho a una indemnización por finalización del contrato de interinidad. El Tribunal español entiende que existe una diferencia de trato en las condiciones de trabajo entre los trabajadores fijos y los trabajadores con contrato de duración determinada, en la medida en que la indemnización abonada en caso de extinción legal del contrato es de veinte días de salario por año trabajado en el caso de los primeros, mientras que se eleva a sólo doce días de salario por año trabajado para los segundos. Y esta desigualdad es aún más evidente en lo que atañe a los trabajadores con contrato de interinidad, a los que la normativa nacional no reconoce indemnización alguna cuando dicho contrato finaliza con arreglo a la normativa.

Respondiendo a las cuestiones planteadas, la STJUE 14/9/2016 C-596/14¹⁴⁵⁹ Asunto De Diego Porras I- que no considera incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación que consagra el Acuerdo Marco, las posibles diferencias de trabajo entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada- entiende que, en este caso, existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores fijos, en la medida que los trabajadores con contrato de interinidad no tienen derecho a indemnización alguna al finalizar su contrato, con independencia de la duración de los servicios prestados¹⁴⁶⁰. Esa diferencia de trato resultaría admisible para el Acuerdo si las situaciones fuesen comparables y si existiese una justificación objetiva. El TJUE entiende que la situación de la trabajadora con contrato de duración determinada es *comparable* a la de un trabajador fijo - la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales - porque efectuaba un trabajo análogo o idéntico al de un trabajador fijo¹⁴⁶¹. En cuanto a la exigencia de *razones objetivas*, nunca pueden justificar una diferencia de trato

¹⁴⁵⁸ Básicamente, De Diego Porras prestó servicios para la Administración ininterrumpidamente durante siete años en el mismo puesto de trabajo con un contrato de interinidad por sustitución. Dicho contrato de trabajo, legalmente celebrado, se extingue al incorporarse a su puesto de trabajo la trabajadora sustituida, con motivo de la aplicación del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*, que revoca la dispensa de trabajo de esta representante sindical. Para ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de...op.cit., pág.30, ha de “plantearse la necesidad de una modificación legislativa que ponga fin a esta situación de estabilidad interina y devuelvan la razón de ser de esta modalidad contractual a los supuestos concretos, tasados y limitados en el tiempo, muy especial en el sector público”.

¹⁴⁵⁹ Apunta LÓPEZ PARADA, R.: “Puntos críticos...op.cit, pág.11, que para el TJUE era inimaginable la trascendencia de esta resolución en España.

¹⁴⁶⁰ El principio de no discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado Vid STJUE 8/9/2011 C-177/10 Asunto Rosado Santana.

¹⁴⁶¹ SSTJUE 18/10/2012 C-302/11 a C-305/11 Asuntos Valenza y otros; y 13/3/2014 C-38/13 Asunto Nierodzík.

entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley – como sería el caso - o un convenio colectivo. Tampoco la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal de la Administración Pública bastaría para justificar tal diferencia de trato. Admitir lo contrario privaría de contenido a los objetivos de la Directiva 1999/70/CE y equivaldría a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada¹⁴⁶². En conclusión, ni la naturaleza temporal de la relación laboral ni la inexistencia de disposiciones en la normativa nacional relativas a la concesión de una indemnización por finalización de un contrato de trabajo de interinidad pueden constituir, por sí solas, tales razones objetivas.

Por todo lo anterior, el TJUE resuelve que nuestra normativa nacional es contraria a la cláusula 4ª del Acuerdo marco porque deniega cualquier indemnización por finalización de contrato al trabajador con contrato de interinidad, mientras que permite la concesión de tal indemnización, en particular, al trabajador fijo comparable. El mero hecho de que este trabajador haya prestado sus servicios en virtud de un contrato de interinidad no puede constituir una razón objetiva que permita justificar la negativa a que dicho trabajador tenga derecho a la mencionada indemnización. A pesar de reconocer el TJUE el derecho a indemnización al trabajador interino, la determinación de la cuantía de la misma compete a los Tribunales internos¹⁴⁶³.

La reacción de la doctrina laboralista no se hizo esperar y se mostró crítica con esta solución del Tribunal europeo¹⁴⁶⁴ que, conviene recordar, responde en función de cuál sea el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juez nacional. El TJUE, tal como se le expuso y razonó esta concreta cuestión prejudicial, dedujo que la finalización del contrato de interinidad se produce por una causa objetiva, entendiendo por tal aquella que es independiente de la voluntad del empresario e irreprochable a la conducta del

¹⁴⁶² SSTSJUE 13/09/2007 C-307/052 Asunto Del Cerro Alonso; 22/12/2010 C-444/09 y C-456/09 Asuntos Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres.

¹⁴⁶³ ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia...op.cit.,pág.32.

¹⁴⁶⁴ Y en más de una ocasión ha llevado al enfrentamiento entre laboralistas y magistrados de lo social, como puede leerse, por ejemplo, en LÓPEZ PARADA, R.: “Puntos críticos...op.cit.,ó en MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial ¿”Noble sueño” o “nueva pesadilla”?”, *Diario La ley*, nº 9053, 3/10/2017 MOLINA NAVARRETE, C.: “Plus ultra en De Diego Porras: la sala social gallega pregunta, la vasca dispara”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 413-414, 2017

trabajador o a la voluntad de éste¹⁴⁶⁵, por lo que no tiene que coincidir exactamente con las del art.52 ET. No obstante, nuestro ordenamiento laboral, como ya se ha dicho, cuando un contrato de trabajo se extingue por las causas del art.51 y 52 ET reconoce la misma indemnización a los trabajadores fijos que a los trabajadores temporales – incluyendo a los interinos-. Por lo tanto, no es discriminatorio, esto es, no es contrario a la Directiva, que nuestro ordenamiento reconozca indemnizaciones diferentes cuando se trata de la finalización de un contrato de duración determinada o de otro indefinido o fijo. En los primeros, el trabajador es consciente desde el mismo momento de la celebración del contrato de trabajo que su prestación de servicios finalizará - quizás no tenga certeza sobre el momento exacto en que ese término se producirá porque ese contrato podrá extinguirse por la llegada de una fecha concreta pero también podrá vincularse a la actualización de un suceso que se sabe con certeza que se producirá pero que se desconoce cuándo-. El trabajador ha pactado con el empresario que el contrato se extinga en esos momentos por lo que es conocedor de que su contrato ciertamente terminará. En el caso del trabajador fijo no pacta su contrato con una cláusula de término por lo que tiene la expectativa de que su contrato se mantendrá indefinidamente. Es por ello que sí que tiene sentido que la indemnización prevista por el legislador sea mayor en el caso del contrato indefinido que en el del trabajador temporal¹⁴⁶⁶. El daño producido en uno y otro caso no es equiparable o comparable.

Sorprende, en cualquier caso, la repercusión que tiene en nuestros Tribunales generando un auténtico terremoto de decisiones que adoptan la denominada doctrina de

¹⁴⁶⁵ PANEA HERNANDO, D.J.: “Nuevas sentencias a raíz del asunto “De Diego Porras” en <http://www.laboral-social.com/nuevas-sentencias-asunto-diego-porras.html> (consultado el 28/5/2017). MOLINA NAVARRETE, C.: “Contrato de relevo: ¿Nueva “frontera de conquista” para la “imperial” doctrina “De Diego Porras”?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017, pág. 235, recuerda las críticas a esta doctrina del TJUE “y su exceso de justicia oracular, al desconocimiento del Derecho español por ignorar, de forma real o pretendida, que realmente existe un mismo tratamiento para los temporales y para los indefinidos ante la ruptura anticipada por causas objetivas (despido), de un lado, se le sumaría la falta de rigor técnico jurídico, porque identificaría, se dice, erróneamente, se valora, dos instituciones diferentes, la extinción por causas objetivamente predeterminadas en el contrato (plazos y condiciones) y el despido por causas objetivas, imprevisible en el momento de la conclusión del contrato, de otro”.

¹⁴⁶⁶ Aclara FALGUERA BARÓ, M.A.: “Algunas reflexiones...op.cit., pág. 43, adelantándose al cambio de criterio del TJUE “una cosa es que imponga la causalidad en la temporalidad y otra distinta que la finalización del contrato comporte una equiparación con las extinciones por causas objetivas... las condiciones objetivas se predicen en la Directiva de la causa del contrato, no de su extinción...en los motivos de extinción por sobrevenir la condición pactada y aquellos no sometidos a condición no puede hablarse de situaciones comparables a efectos indemnizatorios. No parece discriminatorio que el trato legal sea diferenciado entre aquellas situaciones extintivas que tienen un término cierto de aquellas otras que no lo tienen. El confusionismo reside en que en nuestro marco legal el empleador no puede desistir del contrato de trabajo pagando una indemnización de veinte días por año”

Diego Porras I¹⁴⁶⁷. En el empleo público laboral, aunque salpicando también al sector privado¹⁴⁶⁸, la doctrina de Diego Porras es rápidamente asumida por nuestros Tribunales de Justicia. Así se aplica a la extinción de los contratos de interinidad tanto por sustitución¹⁴⁶⁹ como por vacante,¹⁴⁷⁰ reconociéndose el abono de la indemnización de veinte días por año trabajado. Y se extiende al resto de contratos de duración determinada: eventual¹⁴⁷¹, obra y servicio determinado¹⁴⁷², contrato de relevo¹⁴⁷³,... aplicándose también esta doctrina a los indefinidos no fijos¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁶⁷Por ejemplo, para RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “No toda la Jurisprudencia laboral es de Diego Porras” en <http://www.expansion.com/especiales/pwc/2016/12/07/5847e5ebe5fdea01358b4571.html> (visitada 5/5/2019), puede destacarse “la capacidad para generar una especie de “contaminación” de fallos judiciales, que no teniendo que ver con esta jurisprudencia han sido recibidos como nuevos pasos en la saga de su aplicación nacional, porque los mismos juzgadores han procurado presentarlas de esta forma”.

¹⁴⁶⁸No se olvide que, como la Directiva 1999/70/CE carece de efecto horizontal directo entre particulares, para aplicar su contenido únicamente cabría recurrir a la interpretación conforme o exigir responsabilidad patrimonial al Estado incumplidor de la transposición de la Directiva al ordenamiento interno. No obstante para hacer posible la aplicación del contenido de esta Directiva en el sector privado, apunta BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Recepción judicial interna...op.cit.,pág.1-2, los Tribunales españoles están justificando la aplicación de la doctrina establecida en De Diego Porras a través de la aplicación del principio de no discriminación recogido en el art.21 CFDUE.

¹⁴⁶⁹Por otras, las SSTSJ Cataluña 31/7/2017 rec.2190/2017; Madrid 15/3/2017 rec.621/2014; País Vasco 15/11/2016 rec.1990/2016; Galicia 17/2/2017 rec.4819/2016; Andalucía Málaga 15/3/2017 rec.214/2017; Asturias 29/6/2017 rec.1288/2017 y 1298/2017; Castilla León Burgos 30/6/2017 rec.417/2017;... No se reconocen los veinte días en las SSTSJ Madrid 29/6/2017 rec.411/2017 y 30/6/2017 rec.277/2017; Cataluña 30/12/2016 rec.3593/2016; Cantabria 6/3/2017 rec.113/2017;...Un estudio sobre estas resoluciones judiciales puede consultarse en LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.: “La contratación laboral temporal a partir del caso de Diego Porras (C-596/2014)” en <https://forelab.com/wp-content/uploads/la-contratacion-laboral-temporal-a-parti-del-caso-de-dporra-aitana-lopez-hernandez.pdf> (visitada 1/1/2019).

¹⁴⁷⁰Sirva de ejemplo, la STSJ Asturias 2/11/2016 rec.1904/2016 reconoce la indemnización correspondiente al despido por causas objetiva de 20 días por año trabajado, en el caso de la extinción de un contrato de interinidad por vacante por cobertura reglamentaria de la plaza, recogiendo la doctrina de la STJUE de Diego Porras I. Un comentario a esta sentencia puede consultarse en ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la...op.cit.,pág. 203 y ss. Otras sentencias que ofrecen la misma solución SSTSJ Asturias 14/2/2017 rec.2966/2016; Madrid 11/10/2017 rec.806/2017, 8/5/2017 rec.87/2017, Galicia 8/5/2017 rec.981/2017;... No se reconocen los veinte días en las SSTSJ Madrid 5/6/2017 rec.344/2017; 12/7/2017 rec.374/2017, 26/10/2017 rec.389/2017;...

¹⁴⁷¹Vid SSTSJ Andalucía Málaga 16/11/2016 rec.1515/2016, 1411/2016 y 1564/2016; País Vasco 22/11/2016 rec.2146/2016 y 20/6/2017 rec.1221/2017;...

¹⁴⁷²Vid STSJ País Vasco 18/10/2016 rec.1690/2016 y rec.1872/2016; 20/6/2017 rec.1221/2017; Andalucía Sevilla 5/7/2017 rec.2268/2016; Extremadura 21/3/2017 rec.37/2017;...-En sentido contrario, no reconocen los veinte días la SSTS 8/6/2017 rec.1365/2015 y 23/11/2016 rec.690/2015; 28/2/2017 rec.1366/2015. Ni SSTSJ Madrid 11/5/2017 rec.36/2017, Cataluña 20/2/2017;...

¹⁴⁷³Vid SSTSJ Castilla León Valladolid 26/6/2017 rec.590/2017 y País Vasco 13/6/2017 rec.1108/2017. Pero no la STSJ Castilla León Burgos 13/6/2017 rec.353/2017.

¹⁴⁷⁴Así, por muchas otras, la STSJ Galicia 16/10/2016 rec.2059/2016 reconocen la condición del trabajador como de indefinido no fijo y el abono de una indemnización de 20 años por día trabajado por su extinción por ocupación reglamentaria de la plaza. Otras sentencias que también resuelven lo mismo, entre otras, SSTSJ Galicia 16/5/2017 rec.5320/2016, 10/5/2017 rec.717/2017, 30 /1/2017 rec. 4245/2016; Asturias 8/11/2016 rec.2142/2016; País Vasco 28/3/2017 rec.473/2017;... Reconocen también veinte días, pero sin seguir en su argumentación a la De Diego Porras I, SSTS 28/3/2017 rec.1664/2015, 19/7/2017 rec.4041/2015, 12/5/2017 rec.1806/2015 y 1717/2015, entendiendo que los indefinidos no fijos no son contratos temporales. No reconocen los veinte días de indemnización las STS 7/11/2016 rec.755/2015;

La doctrina de De Diego Porras I es en parte rectificada por sucesivos pronunciamientos del TJUE. Las sentencias, a las que ahora aludiremos, reconocen la existencia de una razón objetiva que permite la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales. Las indemnizaciones de los trabajadores temporales pueden ser inferiores porque se parte de contextos diferente, sin embargo, de producirse un despido por causas objetivas, nuestro legislador no efectúa ninguna diferencia de trato entre uno y otro colectivo. Se ha dicho que este cambio de orientación del juzgador comunitario, entre otros motivos, podría responder a la forma de plantear las cuestiones prejudiciales por nuestros Tribunales internos, explicando las diferencias entre despido por causas objetivas, que afecta por igual a todos los contratos con independencia de su duración, y vencimiento o llegada del término que se refiere a la contratación temporal¹⁴⁷⁵. Tras las sentencias de los asuntos Montero Mateos y De Diego Porras II la inseguridad jurídica en torno a la contratación temporal no cesa. Y, a pesar de las llamadas de atención del TJUE, nuestro ordenamiento sigue careciendo de medidas suficientes para luchar contra la contratación temporal abusiva y la falta de seguridad jurídica continúa.

Continuaremos recordando la STJUE 5/6/2018 C-677/16 Asunto Montero Mateos que da la razón al Gobierno español reconociendo que hay razones objetivas que justifican diferencias de trato entre el contrato fijo y los contratos de duración determinada, luego la normativa española no estaría vulnerando el principio de no discriminación de la Directiva 1999/70/CE. La citada sentencia gira sobre el derecho a la indemnización tras la extinción de un contrato de interinidad por vacante de la Administración Pública. El TJUE resuelve que, aun cuando la situación es comparable a la de un trabajador fijo contratado para ejercer las mismas funciones, el contexto es sensiblemente diferente desde los puntos de vista fáctico y jurídico. No puede hablarse de discriminación y la diferencia de trato queda justificada porque la extinción de la relación laboral se produce a consecuencia de un hecho que el trabajador podía anticipar

SSTSJ Andalucía Sevilla 29/6/2017 rec.2325/2017; Extremadura 11/4/2017 rec.53/2017; Cataluña 23/2/2017 rec.6599/2016; Madrid 5/12/2016.

¹⁴⁷⁵Desde la propia Presidencia del TJUE se justifica este cambio de doctrina reconociendo que quizás no llegó a comprenderse adecuadamente el problema planteado en la cuestión prejudicial que dio lugar a De Diego Porras I. Cabe recordar que el TJUE resuelve en función de cómo se le plantea la cuestión prejudicial. Vid por otros, MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina “Diego Porras”...op.cit.,, pág.3. Y también MOLINA NAVARRETE, C.: “Plus ultra...op.cit.,pág.220. Apunta MOLINA NAVARRETE, C.: “Contrato de relevo: ¿Nueva “frontera de...op.cit.,237, que “el TJUE prestó mucha atención a las circunstancias concretas del caso que, para ser honestos, resultaban, a todas luces, comparables a las de los trabajadores indefinidos. Los automatismos no se deben, en verdad, en verdad, tanto a la ambigüedad del TJUE como también, y sobre todo, a esos “laboratorios jurídico laborales” que ahora tanto gustan de ser muchos tribunales superiores de justicia, no ya solo el TSJ del País Vasco”.

en el momento de la celebración del contrato temporal. Las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determina su término¹⁴⁷⁶ y este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato. Por el contrario, en el caso de extinción de un contrato fijo por causas objetivas el abono de la indemnización está motivado por la voluntad de compensar la frustración de las expectativas legítimas del trabajador en lo que respecta a la continuidad de la relación laboral. En este supuesto tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral. El abono de la indemnización de veinte días por año de trabajo compensa el carácter imprevisto de la ruptura de la relación laboral por una causa de esta índole, y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación. Por lo que no vulnera la Directiva 1999/70/CE una normativa como la española que no reconoce indemnización tras la extinción por cobertura reglamentaria de un contrato de interinidad por vacante.

Pero sin duda, lo que resulta más interesante de esta STJUE reside en uno de sus párrafos finales (nº64) en el que, tras advertir que en el momento en que se celebró el contrato de interinidad la trabajadora no podía conocer la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba, en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración *inusualmente larga*, remite al Juzgado que le plantea la cuestión prejudicial examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo¹⁴⁷⁷. Repárese en que el TJUE deja la pelota en el tejado del juez nacional ya que, corresponderá a éste determinar qué duración deberá tener el contrato temporal para ser considerada “*inusualmente larga*”- concepto jurídicamente indeterminado que

¹⁴⁷⁶ El contrato de trabajo finalizaría cuando adviniera un acontecimiento determinado, la adjudicación con carácter definitivo a un tercero, tras un proceso selectivo, del puesto que ocupaba temporalmente.

¹⁴⁷⁷ Un comentario a esta sentencia puede leerse en MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o un nuevo capítulo sin fin?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 424, 2018, pág.158 y ss. Para SEGALÉS FIDALGO, J. y FOTINOPOULO BASURKO, O.: “Diego Porras, Montero Mateos y Grupo Norte. El viaje desde la equiparación genérica a una dimensión desconocida”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 191, 2018, pág.10, “*las dudas se multiplican tras estas sentencias...se abre una fase de indeterminación en cuanto a la aplicación de la regla de equiparación (de indemnización), que afectará tanto a contratos inusualmente prolongados como a aquellos en los que concurran factores que hagan imprevisible el cese...*”

no especifica el TJUE- ¿Podría tomarse como referencia de lo “*inusualmente larga*” la duración de aquellos contratos temporales que superen los tres años de duración– como se recogía para los contratos por obra o servicio determinado en la empresa privada (art.15.1.a ET)-? ¿O los dos años del, por entonces, art.15.5 ET? ¿O el plazo “improrrogable” de tres años en los que deberá ejecutarse la OEP en la Administración Pública (art.70.1 EBEP)?

La STJUE 21/11/2018¹⁴⁷⁸ Asunto C-619/17 de nuevo resuelve sobre el contrato de interinidad de la trabajadora De Diego Porras, confirmando lo establecido en la STJUE Montero Mateos¹⁴⁷⁹. Como se ha dicho, en De Diego Porras I se producía una equiparación entre la indemnización por término de contrato temporal y por extinción por causas objetivas. En De Diego Porras II, la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo demuestra tener una factura más cuidada, ofreciendo una visión más certera de la realidad de la normativa laboral de nuestro país¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁸ Otra reciente sentencia del TJUE de interés en el ámbito del empleo público es la STJUE 25/7/2018 C-96/17 Asunto Vernaza Ayovi. Como ya se ha dicho páginas atrás, se entiende conforme a la Directiva 1999/70/CE la normativa española que contempla la readmisión del laboral fijo en el caso de que sea objeto de un despido disciplinario declarado improcedente, mientras que esa medida no se aplica a los empleados públicos temporales. La desigualdad de trato está justificada por la existencia de elementos concretos y precisos. Las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo. Y estas consideraciones, que no tienen un equivalente en el Derecho Laboral común, explican y justifican los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleados públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

¹⁴⁷⁹ En el asunto De Diego Porras II la cuestión prejudicial se plantea por el Tribunal Supremo antes de entrar a resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el Ministerio de Defensa que, como se recordará, es condenado al pago de una indemnización de veinte días por año de servicio por el cese de una trabajadora interina. Se plantea cuestión prejudicial al TJUE para que esclarezca las “*consecuencias indemnizatorias por extinción de los contratos de interinidad*”.

¹⁴⁸⁰La manera de plantear esta cuestión prejudicial, citando a MOLINA NAVARRETE, C.: “Ana de Diego Porras II” y “la Ley de Murphy” de la contratación temporal: el TJUE sabe de “minotauros” no de “hilos de Ariadna”, en <https://www.laboral-social.com/comentario-molina-navarrete-stjue-diego-porras-contrato-interinidad-abuso-sucesivos-sustitucion-indemnizacion-prevenir-sancionar.html> (visitado 13/7/2019), persigue “*hallar una solución salomónica al dilema que se le planteaba: o nada, si rechazaba aplicar la sentencia De Diego Porras, lo que hubiera creado un grave conflicto entre altas jurisdicciones, o veinte días, que consideraba erróneo, evidenciando que el TJUE había equivocado el disparo. En consecuencia, reivindicando su poder de intérprete supremo, sin duda cada vez más mermado en virtud de la rebeldía de una nueva élite jurisdiccional, de nivel jurisdiccional inferior pero gran saber comunitario, que permite la cuestión prejudicial, decidió abrir una tercera vía: equiparar la indemnización por cese de todos los contratos temporales estructurales, regla disruptiva del sistema legal nacional que no podía venir de la cláusula 4ª, pues la comparación es entre temporales e indefinidos, no entre temporales. Para salvar este escollo hizo una “pirueta interpretativa” que, a lo visto, le ha funcionado, añadiendo otras dos preguntas, de manera que la respuesta afirmativa a la primera llevara al TJUE a empoderar al Tribunal Supremo para ofrecer la solución “final”, la ansiada “última palabra”, que había perdido*”.

Sintéticamente, declara que la norma española no contraría la normativa comunitaria y que no existe discriminación entre los laborales temporales y fijos porque existe una razón objetiva que justifica la diferencia de trato entre unos y otros. En el caso concreto, a la finalización del contrato de interinidad, debido a la reincorporación de la trabajadora sustituida, se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el art.52 ET. La terminación de este contrato temporal no produce una disminución de empleo en la plantilla dado que se reincorpora el trabajador sustituido por el ahora cesado, luego eso justifica, como se dijo páginas atrás, que nuestro ordenamiento no contemple indemnización al respecto.

Un contrato de este tipo deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, pudiendo constituir dicho término la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o el advenimiento de un acontecimiento concreto. De este modo, las partes de un contrato de trabajo temporal conocen, desde el momento de su celebración, la fecha o el acontecimiento que determinan su término. Este término limita la duración de la relación laboral, sin que las partes deban manifestar su voluntad a este respecto tras la conclusión de dicho contrato.

La extinción de un contrato fijo por una de las causas previstas en el art.52 ET, a iniciativa del empresario, tiene lugar al producirse circunstancias que no estaban previstas en el momento de su celebración y que suponen un cambio radical en el desarrollo normal de la relación laboral¹⁴⁸¹. Como se deduce de las explicaciones del Gobierno español, el art.53.1.b ET requiere que se abone a dicho trabajador despedido una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio precisamente a fin de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo por una causa de esta índole y, por lo tanto, la frustración de las expectativas legítimas que el trabajador podría albergar, en la fecha en que se produce la ruptura, en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación. Y, en este último supuesto, el Derecho español no opera ninguna diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos comparables, ya que el art.53.1.b ET establece el abono de una indemnización legal equivalente a veinte días de salario por año de servicio en favor del trabajador, con

¹⁴⁸¹Apartado 61 STJUE 5/6/2018 C-677/16 Asunto Montero Mateos.

independencia de la duración determinada o indefinida de su contrato de trabajo¹⁴⁸². En estas circunstancias, cabe considerar que el objeto específico de la indemnización por despido establecida en el art.53.1.b ET, al igual que el contexto particular en el que se abona dicha indemnización, constituyen una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida. Luego no vulnera la Directiva 1999/70/CE una normativa como la española que no reconoce la indemnización prevista para el despido objetivo en el caso de extinción del contrato de interinidad por reincorporación del trabajador sustituido.

No obstante, el abono de una indemnización de doce días por año trabajado a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del término por el cual dichos contratos fueron celebrados, no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5ª del Acuerdo marco, esto es, prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada. Tal abono parece ser independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada. En consecuencia, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. De esta manera encomienda al Tribunal español valorar si el abono de una indemnización a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencer el término por el que dichos contratos se celebraron, constituye una medida apropiada para prevenir y sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada o una medida legal equivalente.

Razona también que el hecho de que la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra diferente suerte en función de la categoría del contrato de duración temporal de que se trate – de tratarse de contratos de interinidad no ha lugar a la indemnización de doce días por año trabajado que sí correspondería si los contratos temporales fuesen de otro tipo – no sería contraria al ordenamiento comunitario si

¹⁴⁸² SURROCA CASAS, P.: “La situación de indemnización por terminación de los contratos temporales: última doctrina judicial y alcance de la cuestión prejudicial formulada por el TS”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 186, 2018, pág. 9, “*las diferencias indemnizatorias no se establecen en función del tipo de contrato sino en atención a cada causa de finalización*”.

existiese en nuestro ordenamiento interno otra medida adecuada para prevenir y en su caso sancionar los abusos de la utilización sucesiva de contratos de duración determinada, en este caso de interinidad, o medida legal equivalente. En otro caso, se estaría menoscabando la finalidad y el efecto útil de la Directiva. Luego el TJUE no impone el abono de una indemnización en el caso de contratación sucesiva abusiva de contratos de interinidad y pone en manos del Juez nacional el sopesar si el reconocimiento de la indemnización es una medida adecuada, en el sentido de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, o si existe otra medida en nuestro Derecho para evitar el uso abusivo de este contrato¹⁴⁸³.

4.1.4. Reacción de los Tribunales españoles

Tras la sentencia del Asunto Montero Mateos, proliferan las demandas de interinos por vacante con contratos de duración inusualmente larga e imprevisibilidad en su finalización que reclaman su conversión en indefinidos no fijos por el transcurso de los tres años del art.70 EBEP. Parece existir consenso en que un contrato de duración superior a tres años puede considerarse de duración “inusualmente larga”¹⁴⁸⁴. Así, por ejemplo,

¹⁴⁸³ En palabras de MOLINA NAVARRETE, C.: “Ana de Diego Porras II”...op.cit., “*para sentar una doctrina jurisprudencial suficientemente precisa que hiciese razonablemente previsible, ante el ruinoso edificio legislativo y la caótica doctrina judicial que ensombrecen la ordenación contractual temporal en España, el tratamiento indemnizatorio por cese lícito no ya solo en los contratos de interinidad sino del conjunto de contratos temporales estructurales*”.

¹⁴⁸⁴ Se les reconoce veinte días, asimilando la cobertura reglamentaria de la plaza a las causas objetivas, en la STSJ Castilla y León Valladolid 11/6/2018 rec.838/2018 con una duración de siete años y medio; Cantabria 26/6/2018 rec.291/2018 en la que el contrato temporal tuvo una duración de ocho años y medio y en la que se deduce que el límite máximo admisible y normal para los contratos temporales es el de los tres años; o también Cataluña 9/7/2018 rec.1862/2018. En otros casos se les reconoce como indefinidos no fijos por superar los tres años del art.70.1 EBEP, y siguiendo la STS 28/3/2017 rec.1664/2015 se abonan veinte días de indemnización; así SSTSJ Madrid 26/6/2018 rec.56/2018 y 28/6/2018 rec.260/2018; 20/7/2018 rec.224/2018; Galicia 27/6/2018 rec.896/2017.

En cambio, hay sentencias tras la Montero Mateos que no están reconociendo indemnización alguna aunque la duración sea inusualmente larga. Así en casos de extinción de contratos de interinos por sustitución por reincorporación de la persona sustituida la STSJ Galicia de 20/9/2018 rec.1854/2018 porque se entiende que la que Montero Mateos corrige la doctrina de la De Diego Porras I – ocurre lo mismo en la STSJ Andalucía Sevilla 6/6/2018 rec.84/2018. O en el caso de finalización de contrato de interinos por vacante con duración inusualmente larga porque se ha entendido que no existe irregularidad en la contratación vid. SSTSJ Madrid 19/7/2018 rec.185/2018, Andalucía Málaga 18/7/2018 rec.794/2018 y 4/7/2018 rec.485/2018 y rec.706/2018; 27/6/2018 rec.660/2018. Interesante la SSTSJ Madrid 19/7/2018 rec.185/2018 – idem SSTSJ Madrid 14/7/2018 rec.235/2018, rec.1432/2017,...- Tampoco se ha reconocido indemnización en el caso de interinidades por vacante y duración inusualmente larga y cobertura reglamentaria de la plaza porque, sin solución de continuidad, ha sido contratada de nuevo vid STSJ Madrid 21/6/2018 rec.888/2017 y en sentido contrario STSJ Madrid 22/6/2018 rec.878/2018. Otro grupo de sentencias que no reconocen indemnización porque la duración no se considera inusualmente larga y la STJUE Montero Mateos no reconoce indemnización a interinos por sustitución- STSJ Andalucía Granada 5/7/2018 rec.248/2018; STSJ Andalucía Málaga 4/7/2018 rec.708/2018; STSJ Cataluña 7/9/2018 rec 3668/2018; STSJ Madrid 16/7/2018 rec.370/2018; STSJ Galicia 29/6/2018 rec.4627/2017;...

en la STS 24/4/2019 rec.ud. 1001/2017 se considera que la duración inusualmente larga de un contrato temporal es indicio de su conversión en fijo, y se señala que el abuso de derecho en la contratación temporal deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo, necesariamente se ha incorporado al habitual quehacer. Sin embargo, no se trata únicamente de la dilatada duración del contrato – en el caso concreto, más de veinte años-, sino también de que no parece que exista vacante susceptible de ser cubierta por proceso de selección o promoción alguna y, sobre todo, que la Administración empleadora no ha desplegado conducta alguna que sea concordante con el mantenimiento de la interinidad reseñada. A lo largo de los muchos años de prestación de servicios, como queda expuesto, brillan por su ausencia las actuaciones tendentes a lograr la definitiva cobertura de la plaza o a propiciar su amortización. Razona la sentencia que el plazo de tres años del art. 70 EBEP, no puede entenderse, en general, como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que, en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. En suma, aunque en este caso se reconoce la condición de indefinida no fija, son las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de llevar a una concreta conclusión¹⁴⁸⁵. Luego se rechaza que la mera superación del plazo de tres años del art.70 EBEP implique la conversión mecánica o automática de ese contrato temporal en indefinido no fijo, porque pueden existir causas justificadas que hayan impedido la convocatoria del proceso selectivo¹⁴⁸⁶. Lo cual, como señala la doctrina, provoca casuismo y la consecuente inseguridad jurídica¹⁴⁸⁷.

Poco después, sin embargo, en el caso de la extinción también de un contrato de interinidad por vacante por adjudicación de la plaza tras el correspondiente proceso de

¹⁴⁸⁵En esta STS 24/4/2019 rec.1001/2017, la falta de convocatoria del proceso selectivo y la duración inusualmente larga del contrato, hace que devenga fraudulenta y se reconoce a la trabajadora la condición de indefinida no fija. Se razona que *el abuso de derecho en la contratación temporal deslegitima el contrato inicialmente válido, que se desdibuja al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso período de tiempo, necesariamente sea incorporado al habitual quehacer...*” y recuerda las SSTs 19/7/2018 rec.1037/2017 y 823/2017 y la STJUE Asunto Montero Mateos.

¹⁴⁸⁶ Por ejemplo, congelaciones legislativas de las OEP a partir del RD-Ley 20/2011, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, vid STS 11/6/2019 rec.2610/2018.

¹⁴⁸⁷ VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales...op.cit., pág.61.

selección, se considera que no procede ni la conversión en indefinido no fijo por transcurso del art.70 EBEP, ni tampoco el reconocimiento de una indemnización. Se argumenta por el Tribunal Supremo¹⁴⁸⁸ que, aún que la trabajadora del supuesto no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga, no es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Es por ello que corresponde al Juez examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato indefinido no fijo, conclusión con la que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, siendo los Tribunales españoles quienes deben valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Y aquí reside la novedad de este tipo de resoluciones ya que añaden un nuevo requisito a la doctrina Montero Mateos: a la duración *inusualmente larga* adicionan la locución *injustificadamente larga*. Entienden que lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, en modo alguno, que su duración resulte inusualmente larga; sino que la duración del contrato sea injustificada por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal.

También entiende que las convocatorias para cubrir las OEP quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo. Esta situación que

¹⁴⁸⁸ STS 5/12/2019 rec.1986/2018.

imposibilitó a la Administración Pública contratante convocar los pertinentes procesos selectivos, impide apreciar la existencia de fraude de ley o abuso de derecho¹⁴⁸⁹.

En esta línea, la STS 9/6/2020 rec.u.d.2088/2018 insiste en que la superación del plazo de tres años en régimen de temporalidad aparece como un elemento neutro a la hora de identificar la naturaleza del contrato de trabajo. Eso sí, hay que comprobar si su duración es inusualmente larga – con sus dificultades interpretativas- y que, llevada a su razonable consecuencia, no debe amparar un abuso si eso es lo usual, sino que debe aludir a la justificación que posea el lapso temporal en cuestión. Advierte de la necesidad de examinar las circunstancias concurrentes en cada caso a fin de comprobar si ha existido una práctica abusiva por parte del empleador público. Y así lo ha entendido cuando no hay causa ni razón alguna que pudiera justificar la no realización efectiva de las convocatorias públicas de empleo. La cláusula 5ª de la Directiva opera cuando ha habido sucesivos nombramientos- al menos dos-, sea expresos, sea por tácita reconducción. En el supuesto concreto –interinidad por vacante que no se convierte en indefinido no fijo por el transcurso del plazo de tres años¹⁴⁹⁰- no se está en un caso de duración injustificadamente larga del contrato, que suponga la conversión en indefinidas de las relaciones laborales que carezcan de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Que durante la etapa de severa recesión económica, con normas impidiendo la convocatoria de plazas, a fin de cumplir con las exigencias comunitarias de la estabilidad presupuestaria, no se activara durante tres años la convocatoria de una plaza de empleo público, dista de ser algo injustificado; ni que comporte una duración inusualmente larga. Entiende que tampoco se encuentra en un supuesto de sucesivas contrataciones, que pueda activar la aplicación de la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE. Se está ante un contrato de interinidad por vacante, en el que se identifica correctamente la plaza desempeñada, y sin que aparezca la prestación de servicios distintos a los propios de tal situación, aunque con el mismo vayan a atenderse necesidades permanentes. Se insiste en que el mero transcurso de tres años no convierte un

¹⁴⁸⁹ STS 5/12/2019 rec.1986/2018.

¹⁴⁹⁰ Aunque inicialmente, analiza BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Las medidas para...op.cit.,pág.54, siguiendo la doctrina Montero Mateos, Tribunales de suplicación entendían que la superación del plazo de tres años del art.70 EBEP es una duración inusualmente larga y que procede la conversión en indefinido no fijo (por ejemplo, vid SSTSJ Castilla y León/Valladolid 11/6/2018 rec.833/2018), lo que era de agradecer desde el punto de vista de la seguridad jurídica. En SSTS como 9/6/2020 rec.ud.2088/2018, 10/6/2020 rec.ud.4845/2018 y 4455/2018, 12/6/2020 rec.ud.3491/2018,... Se exige sucesivos contratos para aplicar la cláusula 5ª del Acuerdo Marco y la superación del plazo de tres años, por sí sola, no conlleva la conversión en indefinido ni fijo

contrato de interinidad por vacante en uno indefinido no fijo. Y en este caso, no se aprecia comportamiento o dato adicional alguno del que pueda concluirse que ha existido un abuso en la contratación temporal, un fraude o una conducta contraria al ordenamiento.

Reiterando lo ya decidido en otras resoluciones¹⁴⁹¹, en relación con leyes presupuestarias cuyo efecto es la congelación o la posposición de la convocatoria de la plaza, sostiene que las convocatorias para cubrir las OEP quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público. Estas normas, con incidencia directa en el gasto de personal y ofertas de empleo público, prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo. Esas restrictivas previsiones tienen como uno de sus objetivos cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria que el Derecho de la UE impone hasta el extremo de haber obligado a una reforma constitucional y de las exigencias del art.121, 126 y Protocolo nº 12 TFUE - supervisión multilateral, procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo-. Con ese importantísimo apoyo normativo, no cabía la convocatoria de plazas durante diversos ejercicios, es evidente que no cabe hablar de incumplimiento por parte de la entidad empleadora.

Se sigue la doctrina De Diego Porras II en supuestos de contratos de interinidad por sustitución extinguidos por la reincorporación del trabajador sustituido, al considerar que no hay derecho a indemnización alguna y que ello no ha de entenderse una vulneración del principio de no discriminación entre trabajadores fijos y temporales¹⁴⁹².

¹⁴⁹¹ Por ejemplo, STS 4/7/2019 rec.ud.2357/2019.

¹⁴⁹² Es el caso de la SSTS 22/5/2019 rec.2469/2018 o de la 13/3/2019 rec.3970/2016 que cuenta con un interesante voto particular que entiende que la STJUE De Diego Porras II proporciona argumentos al Tribunal Supremo para haber llegado a soluciones diferentes. En concreto proponen dos. La primera pasaría por retomar la doctrina del Asunto Montero Mateos y considerar la existencia de un contrato temporal de sustitución que, por su duración inusualmente larga y habida cuenta de la imprevisibilidad de su duración, debería haberse recalificado como contrato fijo. De la normativa española se deduce que la duración de los contratos temporales no puede ser superior a tres o cuatro años (vid art.15.1.a y 15.5 ET y art.70 EBEP), “por lo que estaríamos ante un caso de imprevisibilidad de la finalización del contrato y con una duración inusualmente larga”. Por lo que, a su extinción, cabría el abono de la indemnización de veinte días por año de servicio. La segunda solución, subsidiaria de la anterior, propone fijar, como mínimo, en favor de la trabajadora demandante una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que se de aplicación, en igualdad a la que se establece en el resto de contratos temporales en el art.49.1.c ET al no existir razones objetivas para su exclusión. Ello sería posible porque el TJUE reconoce el “importante papel del órgano jurisdiccional remitente para comprobar la existencia de abusos y para adoptar idóneas medidas para garantizar la plena eficacia del Acuerdo marco”. Aunque

Del mismo modo, tampoco procedería la indemnización de veinte días por año de servicio (art.53 ET) en supuestos de válida extinción de contratos de interinidad por vacante por ocupación de la plaza tras resolución del proceso de consolidación de empleo público. Se recuerda que *“no es posible confundir entre distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho a la no discriminación de los trabajadores temporales”*¹⁴⁹³. No obstante, las SSTJUE dejan abierta la puerta a que pueda reconocerse una indemnización de doce días ya que el Juez interno puede considerarla una medida adecuada, conforme a la cláusula 5ª del Acuerdo marco, para prevenir o sancionar la contratación sucesiva abusiva temporal¹⁴⁹⁴, a falta de otra medida más apropiada en nuestro ordenamiento interno.

En relación con el contrato por obra o servicio válidamente extinguido – por la finalización de la obra o servicio objeto del contrato y no por causas objetivas -, existen resoluciones judiciales que, apartándose de la STJUE del Asunto De Diego Porrás I, reconocen que la indemnización que corresponde es la del art.49.1.c ET y no la de veinte días por año trabajado prevista en el art.53 ET¹⁴⁹⁵. Y la misma solución se da en el caso

reconoce el voto particular la insuficiencia de que sea esta la única medida como efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. La mera fijación de una indemnización como la recogida en el art.49.1.c ET, que no llega a incluir a los contratos de interinidad, ni constituye una sanción por el uso abusivo de tales contratos ni posee por sí sola efecto disuasorio frente a la utilización abusiva de la contratación temporal. Para el voto particular, las soluciones propuestas en el art.15 ET del todo insuficientes a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada.

¹⁴⁹³ Vid STS como la de 9/5/2019 rec.288/2018 que cita SSTJUE Montero Mateos, Grupo Norte Facility y De Diego Porrás II. Otras en el mismo sentido: SSTS 8/5/2019 rec.3921/2017; 9/5/2019 rec.1154/2018; 21/5/2019 rec.2060/2018;... En la STS 10/5/2019 rec.16/2018 se resuelve, también en un caso de extinción de un contrato de interinidad por vacante por adjudicación de la plaza al trabajador que ganó el concurso, que no procede ni la indemnización prevista para el despido objetivo ni la prevista para la terminación de contratos temporales.

¹⁴⁹⁴ Como opina MOLINA NAVARRETE, C.: “Ana de Diego Porrás II” ...op.cit. Vid STS 19/7/2018 rec.972/2017. O la STSJ Andalucía Sevilla de 25/10/2018 rec.3737/2017, caso de cese por cobertura reglamentaria de la plaza de un interino por vacante le reconoce una indemnización de la indemnización del art.49.1. c ET, y no los veinte días.

¹⁴⁹⁵Vid SSTS 10/4/2019 rec.1479/2017; 16/5/2019 rec.849/2018; 21/5/2019 rec.794/2018.

de extinción de contrato de relevo¹⁴⁹⁶ o en el caso de llegada del término de un contrato eventual¹⁴⁹⁷.

4.1.5. Últimos pronunciamientos del TJUE sobre empleo público laboral temporal. El asunto IMIDRA y sus repercusiones

a) El asunto IMIDRA

Recabaremos a continuación en el sobradamente conocido asunto IMIDRA¹⁴⁹⁸. Esta STJUE 3/6/2021 C-726/19 gira sobre la aplicación de la cláusula 5ª de la Directiva 1999/70/CE¹⁴⁹⁹. Lo dispuesto en dicha cláusula sólo se aplica en el supuesto de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un contrato que es el primer o único contrato de trabajo de duración determinada no está incluido en su ámbito de aplicación. Aunque corresponde a los Estados miembros o a los interlocutores sociales determinar qué entender por “*sucesivos contratos o sucesivas relaciones de servicio de duración determinada*”, el margen de apreciación atribuido a los mismos no puede llegar a poner en peligro el objetivo o el efecto útil de la Directiva. Esto es, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de tal modo que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo.

¹⁴⁹⁶ Se aplica la doctrina de la STJUE Grupo Norte Facility entendiendo que procede la indemnización de doce días de los contratos de duración temporal vid, por otras, SSTS 7/5/2019 rec. 3081/2017, rec.150/2018 y rec.1463/2018; 8/5/2019 rec. 4413/2017 y rec.892/2018.

¹⁴⁹⁷ Por ejemplo en la STS 14/5/2019 rec.1685/2019 se decide la aplicación de la indemnización del art.49.1.c ET, descartando la aplicación de la doctrina De Diego Porras I. Se razona que la extinción del contrato eventual se produce por expiración del tiempo convenido y dicha fecha estaba prevista y era conocida por el trabajador desde el momento de su celebración y si se produjera la extinción del contrato por alguna de las causas del art.52 ET, la indemnización que le correspondería es la misma que la que le hubiera correspondido a un trabajador fijo, esto es, veinte días de salario por año de servicio. Igualmente en las SSTS 14/5/2019 rec.1049/2017 y rec.274/2017.

¹⁴⁹⁸ El TJUE responde a una cuestión prejudicial que se plantea en relación a un empleado público con contrato de interinidad por vacante, celebrado con el IMIDRA en 2003, que se proroga tras haber quedado desierto el concurso de traslados que se convoca tiempo después. En 2016 dicho empleado público ve extinguido su contrato por cobertura reglamentaria de la plaza por un trabajador fijo. El Juzgado de lo Social que conoce la impugnación de su despido considera que se ha convertido en un trabajador indefinido no fijo por haber superado el plazo de tres años previsto en el art.70 EBEP. El IMIDRA interpone recurso de suplicación ante el TSJ Madrid quien, a su vez, plantea cuestión prejudicial al TJUE. Pregunta este Tribunal, dado que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no entiende abusivas la celebración de sucesivos contratos de interinidad por vacante con sus prórrogas- por lo que no se produce el efecto de convertir al trabajador en indefinido no fijo-; ni siquiera se tiene derecho a indemnización y, además, dado que el plazo de tres años del art.70 EBEP no tiene garantía inamovible ni es automático – pudiendo quedar la duración del contrato al arbitrio del empleador-, si es conforme con el efecto útil de la Directiva 1999/70/CE. Para BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Las medidas para...op.cit.,pág.62, lo llamativo de esta sentencia es el “*ensamblaje*” que hace con elementos ya conocidos, “*describiendo unas reglas interpretativas diferenciadas a las mantenidas hasta la fecha*”.

¹⁴⁹⁹ STJUE 11/2/2021 C-670/18 Asunto M.V. y otros

En el supuesto concreto que ahora se aborda, no se trata, *stricto sensu*, de una sucesión de dos o de varios contratos de trabajo, que suponga la existencia y la celebración formal de dos o más contratos distintos, uno de los cuales sucede a otro, sino de una prórroga automática de un contrato de duración determinada inicial - se celebra un único contrato de interinidad que es prorrogado porque la plaza que ocupaba quedó desierta en el concurso de traslados que se convocó en para cubrir dicha plaza-. En estos casos, el TJUE ha declarado que puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil de la Directiva el considerar que no existen sucesivas relaciones laborales de duración determinada por la única razón de que el primer contrato de trabajo de duración determinada hubiera sido prorrogado automáticamente, sin celebración formal, por escrito, de uno o varios nuevos contratos de trabajo de duración determinada. Con mayor motivo, además, tratándose de una situación en la que el empleador ha incumplido su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, de modo que, por consiguiente, su relación de servicio ha sido renovada implícitamente durante varios años¹⁵⁰⁰. Una interpretación tan restrictiva del concepto de “*sucesivas relaciones laborales de duración determinada*” permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años y excluyéndolos de la protección de la Directiva 1999/70/CE y vaciando su contenido, además de permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal.

La modificación de la fecha de finalización de un contrato de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato (cláusula 3ª.1 Directiva 1999/70/CE), que puede asimilarse a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que sucede a la anterior relación laboral y entonces estará incluida en la cláusula 5ª Directiva 1999/70/CE. Así, la prórroga automática del contrato de duración determinada inicial puede asimilarse a una renovación y, por consiguiente, a la celebración de un contrato de duración determinada distinto, por lo que nos encontraríamos ante la sucesión del contratos de la citada cláusula.

Por tanto, procede considerar que a efectos de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, la expresión “*utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración*

¹⁵⁰⁰ Véanse SSTJUE 19/3/2020 C-103/18 y C-429/18 asunto Sánchez Ruiz y otros y 11/2/2021 C-760/18 asunto M. V. y otros. Interesante GÓRRIZ GOMEZ, B.: “Abuso en la contratación temporal: la expresión “sucesivos contratos de trabajo de duración determinada” incluye la prórroga automática de contratos de trabajo de duración determinada”, *Diario La Ley*, nº 9847, 2021

determinada” incluye también la prórroga automática de los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores del sector público, como el contrato de interinidad, pese a no haberse respetado la forma escrita, prevista, en principio, para la celebración de contratos sucesivos. Y una vez aclarado este extremo se trataría de comprobar si los Estados miembros, conforme al tenor de la cláusula 5ª, disponen de medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, y, en el caso de que su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes, impone a los Estados miembros la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera. En este sentido, los Estados miembros disponen de un considerable margen de apreciación, ya que tienen la opción de recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en la citada cláusula o incluso a medidas legales existentes equivalentes, y ello teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores. En definitiva, la cláusula 5ª asigna a los Estados miembros un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco.

Tampoco establece el Derecho de la UE sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, sino que corresponde a las autoridades nacionales adoptar medidas que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco¹⁵⁰¹. No se impone, por lo tanto, una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada, sino que deja a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan

¹⁵⁰¹ Aunque, a falta de normativa de la UE en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por los ordenamientos internos (*principio de autonomía de procedimiento* de éstos), tales modalidades no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (*principio de efectividad*). Luego si se ha producido una utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la UE. Así, los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por la Directiva.

una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. No obstante, el TJUE puede aportar precisiones destinadas a orientar a dichos órganos jurisdiccionales en su apreciación.

En el caso español, nuestra normativa permite la celebración de sucesivos contratos de interinidad a la espera de la organización de un proceso selectivo y, en su caso, de la selección de un trabajador fijo para la plaza hasta entonces ocupada en virtud de dichos contratos, sin establecer medidas que limiten la duración máxima total de dichos contratos o el número de renovaciones de estos contratos. Existen razones objetivas – que constituyen una forma de evitar abusos –, que justifican la renovación de tal contrato de trabajo y en este caso sería la sustitución temporal de un trabajador para atender, en sustancia, necesidades de personal de duración limitada por parte del empleador y ello no sería, en sí mismo, contrario a la Directiva. Sin embargo, la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal sino, al contrario, permanente y duradero, no está justificada a efectos de su cláusula 5ª. Habría de comprobarse que la renovación de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada trata de atender a necesidades provisionales. Se han de examinar en cada caso todas las circunstancias del asunto, tomando en consideración, en particular, el número de dichos contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender a una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores¹⁵⁰².

El art.70 EBEP establece un plazo de tres años para la organización de los procesos selectivos por lo que, de manera indirecta, evitaría perpetuar las relaciones temporales de trabajo de las personas que ocupan plazas vacantes; pero dicho plazo puede ser objeto de prórroga por diversos motivos por lo que es tan variable como incierto. A falta de plazo preciso para la convocatoria y finalización de los procesos de selección que tengan por objeto cubrir de manera definitiva la plaza hasta entonces ocupada por un trabajador en virtud de un contrato de duración determinada, puede permitir, infringiendo la cláusula 5ª, la renovación de tales contratos de trabajo de duración determinada para atender a

¹⁵⁰²STJUE 26/11/2014 C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13 Asunto Mascolo y otros.

necesidades que, en realidad, no son provisionales, sino, al contrario, permanentes y duraderas. Por consiguiente, aunque dicha normativa nacional parece limitar formalmente la utilización de los contratos de interinidad celebrados a la espera de la convocatoria de procesos selectivos para cubrir definitivamente la plaza de que se trate a un solo período que finaliza en el momento de la conclusión de dichos procesos, no permite garantizar que la aplicación concreta de esta razón objetiva se ajuste a las exigencias establecidas en la cláusula 5ª, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

En cuanto a la existencia de medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, el TJUE considera que la organización, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados temporales es adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva. Esto es, la organización procesos selectivos dentro de los plazos establecidos puede prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada a la espera de que dichas plazas se provean de manera definitiva ¹⁵⁰³. No obstante, en el caso español, pese a la existencia de un plazo preciso para la realización de los procesos selectivos, dicho plazo, conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no constituye un plazo fijo y, por tanto, no parece, en la práctica, ser respetado. Es por ello que, al no garantizar que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada. Luego no constituye una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5ª.

Recuerda el TJUE que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no califica la utilización de sucesivos contratos de interinidad de abusiva por lo que dicha relación laboral ni se considera indefinida ni fija ni el trabajador afectado tiene derecho a indemnización alguna al término de dichos contratos. Razona que nuestro ordenamiento interno debería contar con otra medida otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada porque, de no existir, esa situación vulneraría el objetivo y el efecto útil de la cláusula 5ª. Y declara que,

¹⁵⁰³STJUE 19/3/2020 C-103/18 y C-429/18 Asunto Sánchez Ruiz y otros.

mientras no exista ninguna otra medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dichos trabajadores temporales a los trabajadores indefinidos no fijos podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco¹⁵⁰⁴.

En cuanto al posible abono de una indemnización al término de los contratos de interinidad, para el TJUE es independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos temporales¹⁵⁰⁵. Luego no es una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco. Además, el hecho de que esta indemnización se abone únicamente al término de los contratos de trabajo de duración determinada distintos de los contratos de interinidad solo podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco si no existiera, en el Derecho nacional, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto de los trabajadores con contratos de interinidad, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

Por tanto, una normativa nacional que permite, a la espera de la finalización de los procesos selectivos iniciados para cubrir definitivamente las plazas vacantes de trabajadores en el sector público, la renovación de contratos de duración determinada, sin indicar un plazo preciso de finalización de dichos procesos; además prohíbe tanto la asimilación de trabajadores contratados sobre la base de sucesivos contratos de interinidad a trabajadores indefinidos no fijos como la concesión de una indemnización a dichos trabajadores y, por otra parte, no establece ninguna otra medida efectiva para prevenir y sancionar los abusos eventualmente constatados respecto de los empleados del

¹⁵⁰⁴STJUE 14/9/2016, C-184/15 y C-197/15 Asunto Martínez Andrés y Castrejana López.

¹⁵⁰⁵Véase, en este sentido, STJUE 21/11/2018 C-619/17 Asunto de Diego Porras II.

sector público no parece atenerse a las exigencias que se derivan de la Jurisprudencia del TJUE¹⁵⁰⁶.

Se plantea también al TJUE si consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. El retraso en la organización de los procedimientos de selección se explica por el cumplimiento de las leyes de presupuestos que establecían restricciones presupuestarias y prohibían, entre los años 2009 y 2017, ejecutar OEP. Sin embargo, si bien consideraciones puramente económicas pueden justificar la adopción de leyes de presupuestos que prohíban la organización de procesos selectivos en el sector público, dichas leyes no pueden restringir ni incluso anular la protección de que gozan los trabajadores con contrato de duración determinada de conformidad con la Directiva 1999/70/CE y, en particular, los requisitos mínimos previstos en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco. Consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada¹⁵⁰⁷.

b) La reacción de nuestros Tribunales al asunto IMIDRA

La sentencia del asunto IMIDRA desencadena una interesante reacción en nuestros Tribunales. En este sentido, merece la pena destacar la STS 28/6/2021 rec.u.d.3263/2019 que comienza defendiendo la validez de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia y su respeto al Derecho de la UE para, a continuación, y esto es lo llamativo de la resolución, rectificar y cambiar de criterio.

El Tribunal Supremo aclara que, bien sea por la errónea comprensión de su Jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE, su doctrina no es la que se refleja en la STJUE del Asunto IMIDRA, obviamente tributaria del contenido

¹⁵⁰⁶ Como resume CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales...op.cit.,pág.7, para el TJUE nuestro derecho interno no recoge medidas adecuadas y efectivas para prevenir y sancionar el abuso en la temporalidad.

¹⁵⁰⁷ A raíz de esta STJUE, CARBONERO REDONDO, J.J.: “Interinos y empleo público, panorama después de la tormenta”, *Actualidad Administrativa*, nº 2, 2022, pág.2, considera que la potestad de autoorganización de la Administración y la contención del gasto público, que le obliga a una racionalización de las decisiones de gestión sobre sus recursos humanos, no puede llevarse a cabo a costa del abuso en el empleo público temporal – ahorro que no es tal en el caso del personal interino por vacante porque los puestos ya están creados-. Vid STJUE 25/10/2018 C-331/17 asunto Sciotto.

del auto de planteamiento de cuestión prejudicial. Sus resoluciones en los últimos años¹⁵⁰⁸ ha asentado que el plazo de tres años del art. 70 EBEP, no ha de entenderse en general como una garantía inamovible pues la conducta de la entidad pública empleadora puede abocar a que antes de que transcurra dicho plazo, se haya desnaturalizado el carácter temporal del contrato de interinidad, sea por fraude, sea por abuso, sea por otras ilegalidades, con las consecuencias que cada situación pueda comportar; al igual que en sentido inverso, el plazo de tres años no puede operar de modo automático. Y serán las circunstancias específicas de cada supuesto las que han de provocar una u otra conclusión, siempre sobre las bases y parámetros que presiden la contratación temporal. Recordando la doctrina del Asunto Montero Mateos que avala que el contrato de interinidad pueda durar más de tres años, corresponde a los Tribunales españoles valorar si una duración injustificadamente larga puede determinar la conversión en fijo del contrato temporal. Lo realmente determinante de la existencia de una conducta fraudulenta que hubiese de provocar la conversión del contrato temporal en indefinido no es, solo, que su duración resulte inusualmente larga; sino que la duración del contrato sea injustificada por carecer de soporte legal a la vista de las circunstancias concurrentes en cada caso. Una duración temporal del contrato que no se acomode a lo que resulta habitual puede ser perfectamente legal y estar plenamente fundamentada; sin embargo, cuando esa duración carece de soporte por ser injustificada tendrá como consecuencia que el contrato no pueda ser considerado temporal. Las convocatorias para cubrir las OEP quedaron paralizadas por la grave crisis económica que sufrió España en esa época y que dio lugar a numerosas disposiciones que limitaron el gasto público¹⁵⁰⁹, que tuvieron incidencia directa en el gasto de personal, por cuanto prohibieron la incorporación de personal nuevo y las convocatorias de procesos selectivos para cubrir plazas vacantes, aunque fuese de puestos ocupados interinamente y en proceso de consolidación de empleo, justificaron que no se hubieran cubierto plazas vacantes ocupadas por interinos.

Para el Tribunal Supremo, esta doctrina resultaba plenamente respetuosa con el ordenamiento de la UE. Como se dirá más abajo, la STJUE de 19/3/2020 C-103/18 y C-

¹⁵⁰⁸ En sentencias como SSTS 24/4/2019 rec.u.d 1001/2017; 27/4/2021 rec.u.d. 1865/2019, 2891/2019 y 2918/2019; 5/5/2021 rec.u.d 1237/2019; 18/5/2021 rec.u.d. 536/2019, 2585/2019 y 3199/2019; 26/5/2021 rec.u.d.1564/2019; 5/5/2021 rec.1405/2019.

¹⁵⁰⁹ Especialmente nos interesa el *RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público y la Ley 22/2013, de presupuestos generales del Estado, para el año 2014 y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado, para el año 2015.*

429/18 Asuntos Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez ha alertado sobre la imposibilidad de que los contratos de interinidad fraudulentos gocen de cobertura desde la perspectiva de la Directiva 1999/70/CE y ha considerado como fraudulento el hecho de que las vacantes se dilaten en el tiempo sin que, en plazos razonables se provean las correspondientes convocatorias públicas de empleo. Una situación en la que un empleado público nombrado sobre la base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o durante un período injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta. En definitiva, en supuestos en los que la Administración estuvo muchos años sin convocar la plaza sin motivo ni justificación alguna, el Tribunal ha entendido que la situación constituía un abuso de derecho en la contratación temporal que deslegitimaba el contrato inicialmente válido, que se desdibujaba al convertirse el objeto del contrato en una actividad que, por el extenso periodo de tiempo transcurrido, necesariamente se había incorporado al habitual quehacer de la Administración contratante.

Recordado lo anterior, y lamentando, no obstante, la interpretación de la legislación española que el TJUE le atribuye, causa sorpresa que el Tribunal Supremo defienda la necesidad de efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de su doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación. Y en este sentido razona que el contrato de interinidad por vacante es un contrato a término, aunque de fecha incierta respecto de su finalización, en la medida en que su persistencia será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva de la plaza que, en el caso de las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, de conformidad con la normativa específica que en cada caso será aplicable.

Añade como la Jurisprudencia ha admitido la legalidad de este tipo contractual respecto de las Administraciones Públicas¹⁵¹⁰ para ocupar plazas vacantes hasta que éstas

¹⁵¹⁰SSTS 10/7/2007 rec.3468/1995; 9/10/1997 rec. 505/1997 y 3/2/1998 rec.400/1997.

sean cubiertas en propiedad del modo reglamentariamente establecido¹⁵¹¹. Obviamente, la licitud de la contratación está supeditada a la existencia de vacante, por lo que la ausencia de plaza vacante determina que la contratación efectuada se considere fraudulenta por inexistencia de causa que la justifique y, obviamente, el contrato se considere por tiempo indefinido y a jornada completa¹⁵¹². Técnicamente, dado que, el contrato se extiende hasta que la plaza vacante que ocupa el interino sea cubierta por el procedimiento legal o reglamentariamente establecido, mientras esto no ocurra estaremos en presencia de un único contrato y, en ningún caso, de contratos sucesivos, salvo que el trabajador sea cambiado a otra vacante. Sin embargo, esta visión, que pudiera considerarse técnicamente correcta y amparada por el TJUE en la medida que son los Estados miembros a los que les corresponde determinar en qué condiciones los contratos de duración determinada se considerarán sucesivos¹⁵¹³ no es, sin embargo, coherente con la propia finalidad del Acuerdo Marco cuyo objetivo es, en todo caso, evitar los abusos en la materia. Por ello, teniendo en cuenta que, en la interpretación del derecho interno, los órganos judiciales nacionales están obligados a garantizar el resultado perseguido por el Derecho de la Unión y que evitar el abuso en la contratación temporal constituye objetivo básico del mismo, la interpretación del contrato de interinidad debe tener en cuenta, además de los aspectos técnico jurídicos, la situación del trabajador interino, sus expectativas y la actividad desplegada por la Administración como entidad contratante. Desde tal perspectiva, aun cuando el contrato haya cumplido con todos los requisitos, no cabe duda de que una duración excesivamente larga del contrato de interinidad debida, exclusivamente, a la falta de actividad administrativa dirigida a la cobertura definitiva de la plaza debe ser tenida en cuenta como elemento decisivo en orden a la configuración de la decisión judicial sobre la duración del contrato. Igualmente, el no cumplimiento de las expectativas del trabajador contratado en orden a la duración de su contrato, que derivan de los tiempos ordinarios para la cobertura de la vacante que ocupa, y que deben ser tenidas en cuenta en la apreciación judicial de la situación y en la calificación de la propia contratación. También el hecho de que los trámites administrativos para la cobertura de la vacante se dilaten en el tiempo de manera innecesaria. Circunstancias todas ellas que obligan a prescindir de la idea de que estamos teóricamente ante un único contrato porque la realidad es que el efecto útil del contrato suscrito inicialmente ha perdido todo valor en

¹⁵¹¹SSTS 6/10/1995 rec. 1026/1995 y 1/6/1998 4063/1997, entre otras.

¹⁵¹²SSTS 8/6/1995 rec.3298/1994 y 20/6/2000 rec. 4282/1999.

¹⁵¹³ STJUE 1/2/2021 asunto M.V. y otros C-760/18.

atención al incumplimiento de las exigencias de provisión que toda vacante conlleva y de las indeseables consecuencias inherentes a tal situación cuales son la persistencia innecesaria en situación de temporalidad¹⁵¹⁴.

Cabe también reflexionar sobre las diferentes normas presupuestarias que, a raíz de la crisis del 2008, paralizaron la convocatoria de OEP. Aunque el Tribunal Supremo nunca ha afirmado que las consecuencias de aquella crisis podían justificar la extensión de la contratación, si entendió que quedaba explicada aquella detención de convocatorias cuando las normas legales españolas¹⁵¹⁵ paralizaron las convocatorias públicas de empleo, dando así cumplimiento a la normativa comunitaria. La paralización de las OEP eran medidas al servicio de la estabilidad presupuestaria y del control del gasto pero, dado que impedían la convocatoria de vacantes que estaban ocupadas por trabajadores interinos, el cumplimiento de tales finalidades resulta dudoso ya que, con la convocatoria y subsiguiente ocupación de plazas vacantes cubiertas por trabajadores interinos, el gasto no se incrementa porque ya existía puesto que no se trataban de plazas de nueva creación sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva. Por tanto, la justificación de la inactividad administrativa ya no resulta tan clara ya que, materialmente, tal inactividad no contribuía, ni directa ni indirectamente, a la sostenibilidad presupuestaria o a la contención del gasto público. Y aquí es donde vuelve a incidir el pronunciamiento sobre el Asunto IMIDRA, con el que se establece que consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis económica de 2008, no pueden justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada. Desaparece, de esta forma, la razón por la que la anterior doctrina del Tribunal Supremo entendía justificada, en concretas y determinadas circunstancias ligadas a la vigencia temporal de las leyes presupuestarias citadas, la prolongada extensión de tales contratos, lo que necesariamente obliga a rectificarla en ese extremo¹⁵¹⁶.

Por todo lo anterior¹⁵¹⁷, concluye rectificando su doctrina y afirmando que, aun cuando el contrato de trabajo de interinidad por vacante haya cumplido los requisitos de la normativa aplicable, una situación en la que un empleado público nombrado sobre la

¹⁵¹⁴ STS 28/6/2021 rec.ud.3263/2019.

¹⁵¹⁵ Art.3 RDL 20/2011 y 21 LPGE 2014 y 2015, entre otras.

¹⁵¹⁶ STS 28/6/2021 rec.ud.3263/2019.

¹⁵¹⁷ Vid SSTJUE 19/3/2020 asuntos C-103/18 y C-429/2018 y 11/2/2021 C-760/18 Asunto M. V. y otros.

base de una relación de servicio de duración determinada -hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva- ha ocupado, en el marco de varios nombramientos o de uno sólo durante un período inusual e injustificadamente largo, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se deba al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante, ha de ser considerada como fraudulenta; y, en consecuencia, procede considerar que el personal interino que ocupaba la plaza vacante debe ser considerado como indefinido no fijo.

Con carácter general no establece la legislación laboral un plazo preciso y exacto de duración del contrato de interinidad por vacante, vinculando la misma al tiempo que duren dichos procesos de selección conforme a lo previsto en su normativa específica, normativa legal o convencional a la que habrá que estar cuando en ella se disponga lo pertinente al efecto. Ocurre, sin embargo, que, en multitud de ocasiones, la norma estatal, autonómica o las disposiciones convencionales que disciplinan los procesos de selección o de cobertura de vacantes no establecen plazos concretos y específicos, para su ejecución. Como recuerda la STJUE Asunto IMIDRA, en tales supuestos no puede admitirse que el desarrollo de estos procesos pueda dejarse al arbitrio del ente público empleador y, consecuentemente, dilatarse en el tiempo de suerte que la situación de temporalidad se prolongue innecesariamente. Para evitarlo es necesario realizar una interpretación conforme con la Directiva 1999/70/CE; y, especialmente, a aplicar el derecho interno de suerte que se satisfaga el efecto útil de la misma. Así se estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera se estaría en presencia de una duración injustificadamente larga. Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico¹⁵¹⁸.

¹⁵¹⁸ Así, ese era el límite general de los contratos para obra o servicio determinado (derogado art.15.1.a ET); constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones

La indicación de tal plazo de tres años no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad. Tampoco que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor¹⁵¹⁹.

A juicio de la doctrina laboralista¹⁵²⁰, aún a pesar de este fuerte viraje doctrinal del Tribunal Supremo no se agotan los problemas con los contratos de interinidad. Así, por ejemplo, no podrán considerarse indefinidos no fijos a aquellos interinos por sustitución que ocupan el mismo puesto de trabajo durante períodos muy prolongados de tiempo porque también se prolonga, largamente en el tiempo, la reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido. Por otra parte, la conversión en indefinido no fijo no puede ser el remedio definitivo porque sigue sin sancionar adecuadamente los abusos de la Administración Pública en la contratación temporal. Así, en el caso de interinidades por vacante, no se obliga a la Administración a la cobertura de la plaza en un plazo limitado –pudiendo decidir ésta no ejecutar las OEP-.

En diversas resoluciones posteriores se sigue la doctrina IMIDRA recogida en esta sentencia. Así, por ejemplo, en un supuesto de un único contrato de interinidad por vacante con una larga duración - siete años-, la Administración no consigue acreditar que

para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las OEP según el art. 70 EBEP.

¹⁵¹⁹ En el caso concreto, en el contrato de interinidad por vacante que se suscribió en 2009 y que se extinguió en 2017 - a consecuencia de la ocupación de la vacante que ocupaba la demandante por un trabajador fijo que fue seleccionado en el correspondiente concurso de traslados-, se comprueba que, por un lado, la entidad empleadora tardó más de seis años en organizar y publicar un concurso para la cobertura de la plaza vacante que ocupaba la demandante; y, por otro, que se trataba de un mero concurso de traslado entre el personal que ya tenía la condición de fijo. Extremo éste que ni estaba rodeado de complicación alguno, ni podía entenderse comprendido entre los paralizados por la normativa a que se ha hecho referencia ya que, difícilmente puede entenderse que un concurso de tal naturaleza –traslado pueda suponer un incremento estructural del gasto público. No existe, por tanto, circunstancia alguna que pueda justificar la inactividad de la Administración durante tan amplio período de tiempo. Hay que considerar a la trabajadora en el momento de la extinción de su contrato como indefinida no fija, por lo que aplicando la doctrina del Tribunal Supremo (STS 28/3/2017 rec.ud. 1664/2015 y seguida, entre otras, por 9/5/2017 rec.ud. 1806/2015, 12/5/217 rec.ud. 1717/2015 y 19/7/2017 rec.ud. 4041/2015)-se produce una novación de la interinidad por vacante en indefinida no fija VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales...op.cit.,pág.61. La extinción del contrato del indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaba implica el reconocimiento a su favor de una indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (STS 28/6/2021 rec.u.d 3263/2019).

¹⁵²⁰ GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Tiene fecha de caducidad la temporalidad en la Administración? (I). La insuficiente respuesta de los Tribunales” en <https://www.elforodelabos.es/2021/07/tiene-fecha-de-caducidad-la-temporalidad-en-la-administracion-i-la-insuficiente-respuesta-de-los-tribunales/> (consultado 20/4/2022)

exista circunstancia alguna que pueda justificar su inactividad durante tan amplio período de tiempo. Y, en consecuencia, a la extinción del contrato por cobertura reglamentaria de la plaza, la empleada pública adquiere la condición de indefinida no fija por lo que a la extinción de su contrato ha de reconocérsele una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades¹⁵²¹.

En cambio, en sentencias como la STS 6/7/2021 rec. 4606/2019, se considera que no procede el reconocimiento del trabajador como indefinido no fijo por el transcurso del plazo de tres años del art.70 EBEP – que no ha llegado a transcurrir-, ni tampoco indemnización alguna al cese regular del mismo. Se aclara que no se pueden confundir las distintas causas de extinción contractual y transformar la finalización regular del contrato temporal en un supuesto de despido objetivo que el legislador no ha contemplado como tal. El régimen indemnizatorio del fin de los contratos temporales posee su propia identidad, configurada legalmente de forma separada, sin menoscabo alguno del obligado respeto al derecho a no discriminación de los trabajadores temporales. Si el contrato de interinidad se extinguió por la válida causa consistente en la cobertura de la plaza ocupada interinamente por vacante, no puede haber derecho a la indemnización de veinte días de salario por año prevista para la extinción por causas objetivas, ni tampoco la prevista en el art. 49.1.c ET para la extinción de los contratos temporales, puesto que dicho precepto excluye de la indemnización a los contratos de interinidad y a los contratos formativos¹⁵²².

En la STS 3/11/2021 rec.281/2019, se recuerda que en nuestro ordenamiento jurídico, la finalización válida de los contratos temporales conlleva la indemnización que, en cada caso, esté prevista normativamente si así lo ha dispuesto el legislador; y, en modo alguno, puede anudarse a la válida extinción de este tipo de contratos la indemnización prevista por la ley para supuestos radicalmente distintos como son las causas objetivas contempladas en el art. 52 ET. En este supuesto concreto, nada se ha debatido sobre la

¹⁵²¹ SSTS 3/11/2021 rec.1919/2019 y rec.u.d.2940/2019., STS 3/11/2021 rec.136/2019. Por otras vid también STS 22/7/2021 rec.u.d.4842/2018 en la que se reconoce la condición de indefinido no fijo por no justificarse por la Administración la falta de provisión de la vacante durante un prolongado período de tiempo. De la misma fecha, en el rec.ud. 543/2019, se declara la conversión en indefinido no fijo por idénticos motivos y se reconoce la indemnización de veinte días, al extinguirse el contrato por cobertura reglamentaria de la plaza. Y otras muchas, por ejemplo, las fechadas el 21/6/2021 rec.1368/2019;1473/2019; 1797/2019; 2508/2019; 3498/2019; 1890/2019;...

¹⁵²² Así en la STS 1/7/2021 rec.u.d.2443/2019 se razona que el contrato de interinidad se extinguió por la válida causa consistente en la cobertura reglamentaria de la plaza, extinción cuya regularidad ha quedado acreditada y no ha sido puesta en duda por ninguna de las partes, por lo que la respuesta a la cuestión aquí traída en casación no puede ser otra que la inaplicación de la indemnización de veinte días por año prevista en el art. 53 ET, como ya se ha mantenido en SSTS 14/01/2021 rec. u.d. 2505/2019 y 1245/2019; 2/03/2021 rec. u.d. 4886/2018 y 16/03/2021 rec. u.d. 2924/2019.

naturaleza del contrato de interinidad cuya regularidad y legalidad nadie ha discutido; y, estamos en presencia de un contrato de interinidad que en modo alguno puede considerarse fraudulento por haber tenido una duración superior a tres años. Durante la vida del contrato de interinidad por vacante objeto de la demanda, se ofertó la plaza que se ocupaba en sucesivos concursos, si bien no se cubrió, lo que excluye el incumplimiento de la Administración Pública demandada e, igualmente, excluye que la duración del contrato fuese inusual o injustificadamente larga¹⁵²³. En este caso no procede la indemnización de veinte días por año prevista en el art. 53 ET por la válida extinción del contrato de interinidad por vacante¹⁵²⁴.

4.2. El TJUE y el empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo

A continuación, repasaremos las principales resoluciones del TJUE sobre empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo, en los últimos años. Recuérdese, no obstante, que las resoluciones de este Tribunal producen un efecto indirecto a todo el empleo temporal de los distintos Estados miembros. Ello significa que las sentencias del TJUE sobre la conformidad del Derecho interno de los diferentes Estados con el Acuerdo Marco surten efecto sobre la relación de empleo público temporal sea cuál sea el régimen jurídico aplicable – laboral o administrativo –. Básicamente lo que se plantea en este otro grupo de cuestiones prejudiciales es si es posible extender los efectos de la contratación temporal laboral sucesiva y abusiva y del fraude de ley – conversión en indefinido no fijo y la indemnización por finalización de contrato temporal- al personal en régimen de Derecho administrativo, dado que, en esta rama del ordenamiento jurídico, como se ha dicho, no se han contemplado medidas semejantes de prevención del abuso de la temporalidad.

4.2.1. Las otras sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016: Asunto C-16/15 Pérez López versus Servicio Madrileño de Salud. Asuntos acumulados C-184/15 Martínez de Andrés y C-197/15 Castrejana López

La primera de las sentencias del TJUE que quiere traerse a colación ahora es la del C-16/15 Asunto Pérez López¹⁵²⁵. Se plantea cuestión prejudicial porque se entienden

¹⁵²³ En semejante sentido vid STS 1/7/2021 rec.2443/2019 – cese de interino por vacante, no procede compensación pese a haberse superado los tres años si se han publicado diversas convocatorias y han quedado desiertas-.

¹⁵²⁴ STS 3/11/2021 rec.281/2019.

¹⁵²⁵ La señora Pérez López fue nombrada personal estatutario eventual en sucesivas ocasiones en base al art.9.3 Ley 55/2003 – para la realización de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o

situaciones comparables la del personal estatutario temporal eventual de los servicios de Salud – sujeto a la Ley 55/2003 – y la de los trabajadores vinculados por un contrato de trabajo eventual - regulado por el ET-. En el caso del primero, no se contempla indemnización alguna por cese ni cláusula de garantía en favor de la estabilidad en el empleo, como que los contratos temporales sucesivamente celebrados en fraude de ley se presuman celebrados por tiempo indefinido.

Comenzando con la cuestión relativa a la ausencia de indemnización del personal estatutario eventual no son situaciones comparables las del estatutario temporal eventual con el laboral con contrato laboral eventual, ya que se someten a regímenes jurídicos diferentes. La comparación debe hacerse con el “*trabajador fijo comparable*” y, en este caso, es el personal estatutario fijo¹⁵²⁶ a cuyo cese, por otra parte, la normativa no prevé indemnización alguna. Luego al no existir diferencia de trato entre el personal estatutario temporal eventual y el personal estatutario fijo, esta cuestión no está comprendida en el ámbito de aplicación el Derecho de la Unión¹⁵²⁷.

Cuestión indemnizatoria aparte, esta STJUE recuerda que la cláusula 5ª del Acuerdo marco tiene por objeto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, porque se considera fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, y así establece un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados. Por ello, el Acuerdo impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir estos abusos, la adopción efectiva y vinculante de una o varias de las tres medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes. Luego les asigna un objetivo general, consistente en la prevención de tales abusos, dejándoles

extraordinaria-, prestando servicios para un hospital público durante un período superior a cuatro años. Interpone demanda ante el Juzgado de lo contencioso administrativo por entender que, dado que sus sucesivos nombramientos no tenían por objeto atender a necesidades coyunturales o extraordinarias de los Servicios de Salud, sino que correspondían a una actividad permanente, se incurre en fraude de ley y la relación de servicio debe transformarse en indefinida.

¹⁵²⁶ GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V.: “Sobre el derecho de...op.cit., pág.7

¹⁵²⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.22, “*aunque la Directiva se aplica tanto a los empresarios como a las Administraciones, y a trabajadores como a funcionarios, no mezcla regímenes jurídicos. Los funcionarios interinos y el estatutario eventual solo son comparable con los funcionarios de carrera y el estatutario fijo...la normativa comunitaria no obliga a establecer situaciones cruzadas de comparabilidad entre el régimen laboral y el funcionarial...*”. Para GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V.: “Sobre el derecho de...op.cit.,pág.7, esto entra dentro “*del ámbito de aplicación del Derecho nacional cuya interpretación corresponde en exclusiva al juzgado remitente... en nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley (art.14 CE), no obliga al legislador o a los tribunales a dispensar en todos los casos el mismo tratamiento legal en relación con una determinada materia, sino únicamente en aquellos casos en que las situaciones jurídicas son equiparables*”.

sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre que no pongan en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo. Las medidas que adopten las autoridades nacionales no sólo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en la aplicación del Acuerdo marco.

Razona el TJUE que, en el ámbito de los servicios de salud, pueden existir *razones objetivas* que justifiquen la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada. En una Administración, como la sanitaria, con numeroso personal es inevitable que sean necesarias sustituciones temporales - ej. baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras-, y ello puede constituir una razón objetiva que justifique tanto la duración determinada de los contratos concluidos con el personal sustituto como la renovación de esos contratos en función de nuevas necesidades. Además, la obligación de organizar los servicios de salud de forma que se garantice la adecuación constante entre el personal sanitario y el número de pacientes incumbe a la Administración pública y depende de un gran número de factores que pueden reflejar una necesidad particular de flexibilidad que puede justificar objetivamente en este sector específico, conforme al Acuerdo marco, el recurso a sucesivos nombramientos de duración determinada. Sin embargo, no hay razones objetivas que justifiquen que nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo. Eso se opone directamente a la cláusula 5ª del Acuerdo.

Nuestra norma nacional no establece una autorización general y abstracta para utilizar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que limita la celebración de tales contratos a los efectos de satisfacer necesidades provisionales. Sin embargo, no entraña ninguna obligación de crear puestos estructurales adicionales para poner fin al nombramiento de personal estatutario temporal eventual que incumba a la Administración competente (art.9.3 Ley 55/2003). Por el contrario, los puestos estructurales creados serán provistos mediante el nombramiento de personal estatutario interino, sin que exista una limitación en cuanto a la duración de los nombramientos de

dicho personal ni en cuanto al número de sus renovaciones, de tal modo que, en realidad, la situación de precariedad de los trabajadores se convierte en permanente¹⁵²⁸.

Es por ello que el TJUE concluye que la normativa española se opone al Acuerdo marco porque la renovación de sucesivos nombramientos de duración determinada en el sector de la sanidad pública no se justifica por razones objetivas debido a que los nombramientos se basan en disposiciones que permiten la renovación para garantizar la prestación servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, siendo que en realidad las necesidades son permanentes y estables. Al mismo tiempo, no existe obligación alguna de crear puestos estructurales que pongan fin al nombramiento del personal estatutario temporal que incumba a la Administración competente y le permite proveer los puestos estructurales creados mediante el nombramiento de personal estatutario temporal interino, de modo que la situación de precariedad de los trabajadores perdura, mientras que el Estado miembro de que se trata tiene un déficit estructural de puestos fijos en dicho sector.

Entiende el TJUE que la posibilidad de convertir un contrato de duración determinada en una relación por tiempo indefinida puede constituir un recurso eficaz contra la utilización abusiva de contratos temporales. Como también lo es la posibilidad del art.9.3 Ley 55/2003 de que, ante sucesivos nombramientos para la prestación de los mismos servicios – esto es, ante la necesidad de mano de obra permanente – la Administración Sanitaria proceda a la creación de plazas estructurales o fijas en las plantillas de los centros. Si bien, como se sabe, la aplicación de esta segunda medida no es obligatoria para la Administración, disponiendo ésta de un notable margen de apreciación para la aplicación de la misma¹⁵²⁹.

La sentencia del TJUE que resuelve los asuntos acumulados C-574/16, Martínez Andrés y Castrejana López se sitúa, de nuevo, ante dos supuestos en los que se produce

¹⁵²⁸ El recurso a los nombramientos de personal estatutario temporal eventual está permitido cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Si se realizan más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un período acumulado de doce o más meses en un período de dos años, la Administración competente estudiará la causas de estos nombramientos y valorará si procede la creación de una plaza estructural (art.9.3 Ley 55/2003). Observa CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.22, que el precepto “*concede amplísimos márgenes de libertad a la Administración amparándose en el ejercicio de sus potestades autoorganizatorias*”.

¹⁵²⁹ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.,pág.25. Para ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de...op.cit.,, pág.22, “*el art.9.3 Ley 55/2003 no da respuesta favorable a la necesidad de justificar la prestación de una relación laboral por causas objetivas*”.

un uso abusivo y concatenado del empleo público temporal, por lo que es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión¹⁵³⁰.

El TJUE razona que, la cláusula 5ª del Acuerdo marco no está imponiendo a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. Esta cláusula deja a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. Así como tampoco se está oponiendo a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada tenga diferentes efectos en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público¹⁵³¹. Ahora bien, si una normativa nacional prohíbe de forma absoluta en el sector público transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en dicho sector o categoría profesional. Por consiguiente, si en el Derecho español no existe ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo¹⁵³² tal situación podría menoscabar el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco.

¹⁵³⁰ En el caso de la señora Martínez Andrés es nombrada personal estatutario eventual para prestar servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria que son objeto de trece prórrogas hasta su cese. Nombramientos que se justifican sin otra motivación específica que no sea la genérica mención “*necesidades del servicio*”. Por su parte, el señor Castrejana López celebra dos contratos laborales de duración determinada para la prestación de servicios como arquitecto del Ayuntamiento. Posteriormente es nombrado funcionario interino para la ejecución del mismo convenio en el que ya había prestado servicios, previamente, como laboral temporal. Algunos meses después se da por finalizada la relación de este empleado público con el Ayuntamiento por conclusión del mencionado programa de ordenación urbana, que después se revoca al prorrogarse. Por último, se pone fin definitivo a la relación de servicio alegando la ejecución en su totalidad del programa y la necesaria reducción de gastos en un contexto de crisis económica. Consultar CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino...op.cit.

¹⁵³¹ STJUE 7/9/2006, C-53/04 Asunto Marrosu y Sardino.

¹⁵³² El TJUE piensa en el indefinido no fijo en el empleo funcional o estatutario, y ello pese a que la primera nace en el ámbito del empleo público laboral, lo que para BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: Funcionarios interinos, doctrina TJUE «Castrejana López» y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?) en <https://ignasibeltran.com/2016/12/20/funcionarios-interinos-doctrina-tjue-castrejana-lopez-y-derecho-a->

En consecuencia, los Tribunales internos han de establecer medidas efectivas y disuasorias para evitar estos abusos en las prestaciones de servicios temporales sucesivas, tanto las regidas por el Derecho laboral como por el Derecho Administrativo. Concluye el TJUE que la norma española es contraria a la Directiva 1999/70/CE ya que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de Derecho administrativo, a menos que exista una medida en el ordenamiento interno para prevenir o sancionar dichos abusos en el empleo temporal. En la medida en que no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas en régimen de Derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos¹⁵³³, con arreglo a la Jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco¹⁵³⁴.

Un sector de la doctrina rechaza frontalmente la aplicación de la figura del indefinido no fijo al personal estatutario y, en su lugar, razona que la solución para prevenir o sancionar el fraude de ley o el abuso sucesivo de nombramientos temporales reside en el art.6.4 CC, esto es, se trata de hacer cumplir la norma cuya aplicación se ha querido evitar¹⁵³⁵. Si la finalidad del Acuerdo marco es evitar el abuso y la precariedad

[readmision-obligatoria-previa-a-declaracion-de-indefinidos-no-fijos-y-es-extensible-al-ambito-laboral/](#) (vista 30/11/2018), lleva a cabo sin analizar si “*ambas situaciones eran efectivamente asimilables*”.

¹⁵³³ Para TREVIÑO PASCUAL, M.: “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 409, 2017, pág. 67, se produciría “*un efecto de vasos comunicantes entre los regímenes jurídicos laboral y administrativo de empleo público con iguales niveles y volúmenes en las prestaciones de las partes, pero con diferentes condiciones de trabajo*”.

¹⁵³⁴ Debe cerciorarse de que todos los trabajadores temporales puedan conseguir que se apliquen a su empleador las sanciones previstas por la normativa nacional cuando han sufrido abusos a consecuencia de la utilización de sucesivos contratos, y ello independientemente de la calificación de su contrato en Derecho interno (STJUE 23/4/2009 C-378/07 a C-380/07 asunto Angelidaki y otros).

¹⁵³⁵ Tiene esta opinión PÉREZ CHARCO, J.: “Análisis de los efectos de las sentencias de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre los nombramientos temporales del personal estatutario de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud” en <http://www.ajs.es/blog/analisis-de-los-efectos-de-las-sentencias-de-14-de-septiembre-2016-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-los-nombramientos-temporales-del-personal-estatutario-de-los-servicios-de-salud-d/> (vista 2/2/2019). Para TREVIÑO PASCUAL, M.: “La figura del indefinido...op.cit.,pág. 72, en relación al personal funcional y estatutario no resultaría aplicable el fraude de ley si no la desviación de poder cuando refleja “*una disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el*

en la contratación temporal, la conversión en indefinido no fijo no es la panacea ya que, por una parte, el personal no deja de ser temporal y, por otra, la utilización de esta figura en el estatutario temporal podría resultar discriminatorio respecto de los estatutarios interinos por plaza vacante, *“pues éstos, a la conclusión de su relación jurídica por cobertura reglamentaria de la plaza por personal fijo, serían cesados sin derecho a indemnización, y aquellos serían cesados con derecho a indemnización”*¹⁵³⁶. Es por esto que los Tribunales, advertido el fraude de ley en el nombramiento del estatutario temporal, convierten al mismo en interino por vacante y no en indefinido no fijo¹⁵³⁷. Y es que, como claramente explica RODRÍGUEZ ESCANCIANO¹⁵³⁸, en *“la construcción jurisprudencial que se ha realizado para la creación del indefinido no fijo se ha tenido en cuenta la comparación con el personal laboral fijo que en caso de ser despedido por razones objetivas tiene derecho a indemnización. Sólo así se evita la discriminación entre ambos colectivos que prohíbe el Acuerdo Marco...En el ámbito de las relaciones administrativas, que afectarían tanto al funcionario interino como al personal eventual estatutario, no existe, sin embargo, tal posibilidad. Faltaría pues un elemento básico de comparabilidad que exige la normativa comunitaria entre estos empleados públicos temporales y el empleado fijo comparable. Se trataría de evitar a la postre comparaciones cruzadas ente regímenes jurídicos distintos, posibilidad vetada por el TJUE... introducir cambios normativos que adapten la regulación actual sobre el estatutario eventual y funcionario interino para evitar el uso intensivo de la sucesión de este tipo de nombramientos, así como para garantizar en estos caso de abuso un sistema eficaz de reparación del daño que pueda ser puesto en práctica por el juez que conozca del asunto, sería necesario...”*

ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, desviación de poder que en el ámbito laboral comporta el fraude de ley”.

¹⁵³⁶PÉREZ CHARCO, J.: “Análisis de los efectos...op.cit., señala que en el caso del cese de personal estatutario interino por plaza vacante, habiendo cumplido los Servicios de Salud contratantes escrupulosamente la normativa, no daría lugar a indemnización alguna por cobertura reglamentaria de esa plaza por personal fijo mientras que el cese de los indefinidos no fijos daría lugar a indemnización.

¹⁵³⁷ Por ejemplo, SJ c-advo nº 1 Albacete 14/11/2016, STSJ c-advo Castilla La Mancha 3173/2014 rec.371/2012: con base en el asunto Pérez López, declara el derecho del estatutario a ser repuesto en el puesto de trabajo que venía desarrollando y a ser mantenido en el mismo en tanto no se produzcan las circunstancias del art.9.2 Ley 55/2003 para su cese: cobertura reglamentaria de la plaza por personal fijo o amortización de la plaza. Si no resulte acreditada la existencia de plaza vacante en la plantilla orgánica, la solución es la de su reposición como interino por lo que implícitamente se está condenando a la Administración a la creación de la plaza vacante por haber concurrido en abuso en la contratación temporal.

¹⁵³⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público...op.cit., pág.187.

En cuanto a las repercusiones de las sentencias del TJUE en la Jurisprudencia interna sobre empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo, los Tribunales de lo contencioso administrativo, en general, se han mostrado reacios¹⁵³⁹ a aplicar los efectos de las SSTJUE a funcionarios interinos o estatutarios eventuales¹⁵⁴⁰ y se plantea recurrir a otras soluciones.

¹⁵³⁹No se sigue la doctrina del TJUE, por ejemplo, las SSTSJ C-Advo Galicia 19/7/2017 rec.162/2017; 11/10/2017 rec.203/2017. En esta última se descarta la existencia de abuso o irregularidad en la prolongación de los nombramientos como funcionaria interina, cuya extensión en el tiempo tuvo como única causa la duración del complejo proceso hasta la cobertura de la plaza por el funcionario de carrera que la obtuvo en el concurso. En la STSJ C-Advo Madrid 7/10/2016 rec.82/2016 se rechaza lo indicado en el asunto Martínez Andrés y se señala que la solución a los posibles abusos en la contratación eventual pasa por la rigurosa aplicación del art. 9 Ley 55/2003, cuya redacción no es disconforme con la Directiva y, en consecuencia, si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de doce o más meses en un período de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro. Podrán los interesados exigir dicho estudio, bien entendido que en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio.

Se recalca en esta sentencia que, en realidad, el TJUE no “está recomendando la aplicación en estos casos de la figura del trabajador indefinido no fijo, sino contestando a una concreta pregunta, a saber, si asimilar al trabajador indefinido la situación de aquellos trabajadores estatutarios eventuales abusivamente prorrogados podría ser una medida apta. Por lo tanto, su respuesta solo puede entenderse como afirmativa para el caso de que tal figura pudiera ser aplicable, lo que no parece posible en ámbito de las relaciones estatutarias. En primer lugar y fundamentalmente al ser una figura existente exclusivamente en el ámbito laboral, no siendo de aplicación al personal estatutario (art.20 Ley 5/2003) y en segundo lugar porque lo que el actor solicita es una declaración de interinidad, no de fijeza indefinida. Por ello la solución de origen jurisprudencial referida al personal fijo indefinido resulta inaplicable, salvo claro está que se demostrase no ya la existencia de un fraude en la duración del contrato sino también de su propia naturaleza estatutaria, y se declarase la existencia de un vínculo laboral, pronunciamiento que no ha sido solicitado. Dicha solución de acudir a la figura de contrato laboral fijo indefinido -se reitera, para casos de fraude demostrado- sería además de dudosa eficacia, puesto que nada impediría que la Administración procediera seguidamente a amortizar por no estimarla necesaria, aquella plaza laboral que no habría sido siquiera creada formalmente”. Finaliza su razonamiento llegando a la conclusión que si se precisa la creación de una plaza estructural, la situación del eventual realmente empeoraría: no se produciría un nuevo nombramiento y sería más que discutible que tuvieran derecho a indemnización por la finalización del contrato. Actualmente los funcionarios o estatutarios temporales no tienen indemnización por despido, como tampoco la tienen los funcionarios o estatutarios de carrera, y a diferencia de lo que ocurre con los empleados laborales, por lo que podría no resultar aquí de aplicación la De Diego Porras, sobre discriminación de los contratos de trabajo temporal en relación con los fijos en orden a la indemnización. Otras que tampoco siguen la doctrina de las SSTJUE son STSJ C-Advo Madrid 27/10/2017 rec.390/2017; Galicia 31/10/2017 rec.192/2017

¹⁵⁴⁰Como apunta BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Impacto del asunto “de Diego Porras” en la jurisdicción contencioso administrativa”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº18, quincena del 30 sep.al 14 oct.2017, Ref.2216/2017, pág.2216, Wolters Kluwer. Recogen lo dispuesto en las SSTJUE, por ejemplo, SSTSJ C-Advo Galicia 7/6/2017 rec.71/2017, 14/6/2017 rec.72/2017 y 92/2017; País Vasco rec.625/2013;...O también, por ejemplo, la STSJ C-Advo Andalucía Sevilla 30/9/2016 rec.221/2016 que aplica lo apuntado por la STJUE Pérez López en el caso de prestación de servicios bajo sucesivos nombramientos eventuales y en el que se solicita el reconocimiento de la condición de personal estatutario indefinido. En este litigio se pone de manifiesto que la renovación de los nombramientos sirvió atender necesidades que no son provisionales y ello legitima reconocer el derecho a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición; ello sin perjuicio de las facultades de la Administración para la amortización del

En efecto, la importación mecánica de la figura del indefinido no fijo al empleo en régimen administrativo encuentra, asimismo, la resistencia de la Jurisdicción contencioso administrativa. Al igual que sucede con los contratos laborales temporales, el nombramiento de personal estatutario eventual es causal por lo que la Administración sanitaria no puede recurrir a esta figura para necesidades de mano de obra fuera de las situaciones definidas en el art.9 Ley 55/2003. Por otra parte, las SSTJUE no declaran que el art. 9.3 Ley 55/2003 sea contrario al Acuerdo Marco, sino que encargan al juez nacional que vele por la aplicación del mismo y evite los abusos en los nombramientos a través de la interpretación del mencionado precepto. Y así, por ejemplo, la medida del art.9.3 Ley 55/2003 de *“procederá el estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro”*, puede ser interpretada, no como una facultad, sino como una obligación para la Administración sanitaria y, en el caso de producirse la situación descrita, que ésta tenga que crear *“la plaza vacante en plantilla orgánica, puesto que la causa coyuntural inicial, se habría convertido en causa estructural permanente...”*¹⁵⁴¹

puesto de trabajo o, para el caso de mantenerlo, someterlo al correspondiente proceso selectivo al que debería concurrir el provisionalmente contratado que habría de someterse y estar a los resultados de ese proceso sometido a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y sin que quepa, sin más, la resolución del contrato por expiración del plazo consignado en el mismo. Obsérvese que la solución del Tribunal no es su conversión en estatutaria indefinida sino en reconocer su derecho a ser mantenida en su puesto de trabajo de manera interina hasta en tanto no se proveyere de manera legal y reglamentaria y a los derechos inherentes a esa posición y sin perjuicio de las facultades que correspondan a la Administración al respecto. Se califica expresamente de indefinida no fija la situación del empleado público en régimen de Derecho administrativo en sentencias como la STSJ C-Advo País Vasco 12/12/2016 rec.735/2013. En la misma se decide que la solución al caso consiste en aplicar la misma Jurisprudencia consolidada en el orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza. Se muestra muy crítico con esta decisión judicial BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: Funcionarios interinos...op.cit., quien habla de *“desviada interpretación de la STJUE, inducida por el planteamiento de la cuestión prejudicial”*. Analiza este autor que, de equiparar en este ámbito la solución proporcionada por la jurisdicción social, el efecto no sería la anulación del cese y la readmisión obligatoria del empleado público –algo que sólo tiene lugar en el caso del art.96.2 EBEP – sino el abono de la indemnización por despido improcedente por extinción injustificada. Además, señala que el TJUE no está exigiendo la *“reincorporación obligatoria si se produce previamente una extinción”* y concluye que el TSJ País Vasco, *“alejándose de la doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo... aplica de facto una doctrina que se aproximaría a la de la «nulidad por fraude de ley», para, posteriormente, una vez restablecida la relación de servicio, aplicar la doctrina de los indefinidos no fijos”*. Y, además, en el supuesto de resultar necesario su cese, justificado éste, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que se infiere que el trabajador fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada. La misma solución se recoge en la STSJ C-Advo País Vasco 12/12/2016 rec.625/2013 y Castilla León Valladolid 22/12/2017 rec.485/2017. En el caso de personal estatutario interino se les reconoce la condición de indefinidos no fijos pero sólo a efectos de la indemnización de veinte días.

¹⁵⁴¹ Como así lo ratifican, entre otras las SSTSJ C-Advo Madrid 15/1/2016 o Galicia 23/3/2016, vid PÉREZ CHARCO, J.: *“Análisis de los efectos de...op.cit., quien propone la modificación del art.9.3 Ley 55/2003*

Siguiendo la doctrina Martínez Andrés y Castrejana López, nuestro Tribunal Supremo sostiene que, constatada la sucesión abusiva de nombramientos o prórrogas de un empleado público estatutario temporal eventual o de funcionarios interinos, la solución no es la conversión del personal en personal indefinido no fijo, aplicando de forma analógica la Jurisprudencia del orden social, sino, más bien, la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos a ella inherentes desde la fecha de efectos de la resolución anulada, hasta que esa Administración cumpla en debida forma lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 EBEP o en el art.9.3 Ley 55/2003. Al dar cumplimiento a esas normas - en un caso en que el nombrado temporalmente cubrió necesidades que tenían carácter provisional permanente y estable-, debe valorarse si procede o no la ampliación de la RPT, para después observar las consecuencias jurídicas ligadas a tal decisión. De no ser necesaria una ampliación de la plantilla por no apreciarse déficit estructural de puestos fijos, ha de mantenerse la coherencia de la misma, acudiendo a aquel tipo de nombramiento cuando se dé alguno de los supuestos justificativos de nombramientos temporales previstos por las normas administrativas, identificando cuál es, justificando su presencia, e impidiendo en todo caso que perdure la situación de precariedad de quienes eventual y temporalmente hayan de prestarlas¹⁵⁴².

Así surge la figura del “funcionario interino indefinido” que quiere diferenciarse de la del trabajador indefinido no fijo pero que, sin embargo, disfruta al igual que éste del mantenimiento de la relación de empleo hasta la cobertura definitiva o amortización de la plaza¹⁵⁴³.

para conseguir mayor seguridad jurídica y evitar la litigiosidad adaptando nuestra norma interna a la norma europea. Su propuesta es obligar a la Administración sanitaria a la creación de plazas vacantes en sus relaciones de puestos de trabajo cuando uno o varios nombramientos eventuales se reiteren en su vigencia durante más de doce meses para prestar la misma función. Medida que perdería su virtualidad de no ir acompañada de convocatorias de procesos selectivos periódicos para asignar plazas de estatutario fijo.

¹⁵⁴² SSTS C-Advo 26/9/2018 rec.1305/2017 y rec.785/2017

¹⁵⁴³ Vid MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del...op.cit.,pág.13. Se les ha denominado también “interinos estructurales o de hecho” o “interinos de larga duración o indefinidos no fijos de Derecho Administrativo”, como subraya MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.95. Para SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista Administración Pública*, nº 208, 2019, pág.237, la Administración no tiene la posibilidad de poner fin a la relación de servicio con una indemnización y ha de mantener al empleado público en una figura que, en realidad, no es muy diferente de la del indefinido no fijo laboral, proporciona “cierta estabilidad de hecho hasta que logran consolidar la plaza mediante un procedimiento sencillo de concurso oposición en el que se rebajan las exigencias de las pruebas de aptitud y se valoran desmesuradamente los años de servicio o bien permanecen como personal formalmente interino o temporal hasta su jubilación”.

En cuanto a la posible indemnización del personal estatutario eventual o del funcionario interino por finalización de la causa que justificó su nombramiento, tal y como se indica en la STJUE Pérez López, no se produce vulneración de la Directiva 1999/70/CE dado que nuestro ordenamiento no reconoce indemnización alguna por cese del personal estatutario fijo o por pérdida de la condición de funcionario de carrera, que serían los “trabajadores fijos comparables”. A diferencia del ordenamiento laboral que, como recuerda la STJUE De Diego Porras I, sí que contempla indemnización por cese del laboral fijo pero no por cese del trabajador temporal con contrato de interinidad¹⁵⁴⁴.

El afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene derecho a indemnización, sin embargo el reconocimiento de la misma depende de las circunstancias singulares del caso. Se explica que debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión; que invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y que acredite, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios, de suerte que sólo podrá quedar para ejecución de sentencia la fijación o determinación del quantum de la indemnización debida. Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas equivalencias, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público¹⁵⁴⁵. No procede,

¹⁵⁴⁴ Y ya ha dejado claro el TC – SSTC 56/1988 y 170/1988 – que al tratarse de regímenes jurídicos diferentes y con finalidades diversas no hay posibilidad de comparativa entre el personal funcionario o estatutario y el laboral, vid PÉREZ CHARCO, J.: “Análisis de los efectos ...op.cit., *“la finalidad de la indemnización por cese en la relación laboral fija o temporal, no se daría en el personal estatutario temporal, para los que existe un listado de empleo confeccionado de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que conlleva la posibilidad real y el derecho de los profesionales con mayor puntuación en el listado, a recibir nombramientos temporales diferentes pero que suponen la prestación de servicios permanente prácticamente sin solución de continuidad, de forma que podría darse el caso que la discriminación se diera entre el personal temporal con menor puntuación que al prestar menos servicios sí tendrían derecho a indemnización por cese en la relación estatutaria temporal, mientras que tal indemnización no llegaría a materializarse en muchos supuestos para el personal temporal con mayor puntuación, es decir, con mayores méritos al no dejar de prestar sus servicios temporales”*. No son de esta opinión, entre otros, PRECIADO DOMENECH, C.H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016*, Básicos de Derecho Social, nº 91, 2016, Bomarzo; PAVLOU, V. Y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: “La Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada y la contratación temporal en España. Un comentario a las sentencias del TJUE del 14 septiembre 2016”, *Revista Derecho Social*, nº 75, 2016, que consideran que la diferencia de régimen jurídico no justifica que a los funcionarios interinos o estatutarios eventuales no les resulte de aplicación la indemnización de veinte días reconocida a los interinos laborales.-

¹⁵⁴⁵ SSTS C-Advo 26/9/2018 rec.1305/2017 y rec.785/2017

por tanto, reconocer derecho indemnizatorio alguno, distinto del que lleva consigo la subsistencia y continuidad de la relación de empleo, si no se han concretado los daños y perjuicios sufridos.

4.2.2. Algunas de las sentencias más recientes. En especial, la STJUE de 19 de marzo de 2020 asuntos acumulados C-103/18 y C-29/18 Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez y sus efectos en los Tribunales internos españoles.

Este apartado finaliza revisando la STJUE 19/3/2020 C-103/18 y C-29/18 Asuntos acumulados Sánchez Ruiz – personal estatutario interino por vacante - y Fernández Álvarez –personal estatutario temporal con innumerables y sucesivos nombramientos¹⁵⁴⁶ –, en la que trata de aclararse el concepto de “*sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*”¹⁵⁴⁷ porque la protección de la cláusula 5ª sólo se aplica si se aprecia su existencia¹⁵⁴⁸. En este concepto hay que incluir una situación en la que un empleado público- nombrado temporalmente hasta que la plaza vacante para la que ha

¹⁵⁴⁶Vid GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas. Comentario a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, nº 2, 2020.

¹⁵⁴⁷ Otra reciente sentencia del TJUE de interés en el ámbito del empleo público es la de 21/11/2018 C-245/17 Asunto Viejobueno y otra, en la que se resuelve una cuestión prejudicial sobre el hecho de que, al finalizar el período lectivo, los funcionarios docentes interinos no perciban el abono del tiempo correspondiente a vacaciones. Los funcionarios docentes interinos nombrados para todo un curso escolar son cesados al finalizar el período lectivo. Conforme a un Acuerdo del Ministerio de Educación y los representantes de estos empleados públicos, estos debían ser mantenidos en sus puestos de trabajo si a fecha de 30 de junio hubiesen prestado servicios por lo menos durante un período de cinco meses y medio. En lugar de percibir el salario correspondiente a los meses de julio y agosto, el empleador público, en este supuesto litigioso, abona una indemnización consistente en la parte proporcional de las vacaciones que pudiera corresponderles en función del tiempo trabajado a lo largo del año, con un máximo de veintidós días. El TJUE declara que una normativa nacional que permite a un empleador extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico por el hecho de que, en esa fecha, ya no se dan las razones de necesidad y urgencia a las que se supeditó su nombramiento, mientras que se mantiene la relación de servicio por tiempo indefinido de los docentes que son funcionarios de carrera, no se opone a la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE. Una normativa nacional que permite extinguir, en la fecha en que finaliza el período lectivo, la relación de servicio de duración determinada de los docentes nombrados como funcionarios interinos para un curso académico, aun cuando esta circunstancia prive a esos docentes de días de vacaciones estivales anuales retribuidas correspondientes a dicho curso académico, siempre que los referidos docentes perciban una compensación económica por este concepto, no se opone al art.7 apartado 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Interesante consultar <https://ignasibeltran.com/2018/11/22/funcionarios-docentes-interinos-y-cese-por-vacaciones-el-tjue-caso-viejobueno-corrige-a-la-sala-3a-del-ts/> (visitado 22/2/2019).

Interesante también la STJUE 20/1/2020 C-1771/18 asunto Baldonado Martín, en la que se resuelve sobre la conformidad con la cláusula 4ª de una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva. Así como aquella normativa que, por concurrir causa objetiva, no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo.

¹⁵⁴⁸ Vid SSTJUE 22/11/2005 C-144/04 asunto Mangold; 26/1/2012 C586/10 asunto Küçük.

sido nombrado sea provista de forma definitiva – ha ocupado el mismo puesto de trabajo de forma ininterrumpida durante varios años, desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones, debiéndose el mantenimiento en la plaza vacante al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar, en el plazo previsto, un proceso selectivo para proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo¹⁵⁴⁹.

Contradice la normativa y Jurisprudencia española la cláusula 5ª del Acuerdo Marco ya que la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada que se justifica por razones objetivas - responde a las causas de nombramiento por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario-, no impide que, en la práctica, la Administración se sirva de esas renovaciones para atender a necesidades permanentes y estables en materia de personal.

Aunque, como se ha dicho, el Acuerdo Marco no imponga a los Estados miembros el cumplimiento de una determinada medida, exige al ordenamiento jurídico interno que cuente con alguna otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada. Para el TJUE, corresponde al juez nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la transformación de dichos empleados públicos en indefinidos no fijos y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa

¹⁵⁴⁹ Como sintetiza CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales...op.cit., pág..4, tras la SSTJUE de los asuntos IMIDRA y Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez ya no es necesaria la sucesión formal de dos o más contratos temporales o nombramientos de funcionarios para entender el supuesto incluido en el ámbito de la cláusula 5ª. Desde ahora extiende sus efectos a los casos de prórrogas automáticas y a aquellos casos en los que la Administración incumple su obligación de organizar en plazo un proceso selectivo para cubrir con personal permanente las vacantes ocupadas por personal temporal.

disposición. El Tribunal Europeo, al pronunciarse en un procedimiento prejudicial, puede aportar precisiones destinadas a orientar a dichos juzgados en su apreciación.

La organización, dentro de los plazos exigidos, de procesos selectivos que tengan por objeto la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, puede ser medida adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos empleados, al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva. Pero si, ni los plazos se respetan y ni estos procesos son frecuentes, ni se garantiza que efectivamente se organicen, la medida ni resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada; ni para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que, su aplicación no tendría ningún efecto negativo para ese empleador. Luego no resulta medida legal equivalente. Como tampoco lo es la previsión de procesos selectivos de consolidación de empleo de los puestos desempeñados interina o temporalmente, como la recogida en la DT 4ª EBEP. Esta disposición solo atribuye una facultad a la Administración, de modo que no le obliga a aplicarla y ello aun cuando se haya comprobado que recurría de manera abusiva a la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además, aunque los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada puedan participar en dichos procesos y así acceder a la estabilidad en el empleo, ello no exime a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. Asimismo, el resultado de tales procesos selectivos es incierto porque también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.

En cuanto a la transformación en indefinidos no fijos de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, esta medida tampoco permite alcanzar la finalidad de la cláusula 5ª Acuerdo Marco. La transformación en indefinido no fijo se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido.

Por otra parte, para que la concesión de una indemnización en cuantía equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituya una medida legal equivalente, en el sentido de la cláusula 5ª del Acuerdo, debe tener específicamente por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Además de proporcionada, la indemnización concedida ha de resultar lo bastante efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula. Corresponderá al Juez español determinar si esta medida es adecuada para prevenir y sancionar el abuso en el caso de utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada.

Concluye reconociendo que, en el empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo no existe sanción disuasoria y equivalente que pueda compensar el fraude de ley. No es medida equivalente ni la convocatoria masiva de empleo, ni la conversión en indefinido no fijo. La indemnización de treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades tampoco resultaría ni efectiva ni disuasoria, luego no cumpliría con lo dispuesto por la cláusula 5ª¹⁵⁵⁰. No obstante, corresponderá a los Tribunales de lo contencioso administrativo españoles concretar la medida correspondiente en el litigio concreto que enjuicie.

A continuación, y a grandes trazos, va a repasarse la Jurisprudencia más reciente de la Sala de lo contencioso administrativo de nuestro Tribunal Supremo, en concreto aquellas resoluciones que se ven influenciadas por esta última doctrina del TJUE y que mayoritariamente versan sobre nombramientos de funcionarios interinos o personal estatutario por vacante.

En muchas de estas sentencias, y con encaje en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco, se reconoce la existencia de *sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*, en un supuesto en el que un interino por vacante que ha ocupado el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones. La situación abusiva se produce por el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante hasta su cese y se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo, al objeto de proveer

¹⁵⁵⁰ Vid BERNAL DE PABLO-BLANCO, P.: “Empleo Público temporal...op.cit.,pág.3.

definitivamente la mencionada plaza vacante¹⁵⁵¹. También se califica la situación de abusiva cuando el empleado público realiza una misma función y en un mismo centro, mediante nombramientos sucesivos y sin interrupción significativa de la continuidad en la relación de servicio, máxime cuando dicha situación se prolonga durante un período dilatado de tiempo. La calificación de la situación como objetivamente abusiva sólo puede excluirse si la Administración muestra que dicha utilización del empleo público de duración determinada no estaba encaminada, en el caso concreto, a satisfacer una necesidad permanente¹⁵⁵². Del mismo modo, se argumenta que la situación objetivamente abusiva por el encadenamiento de nombramientos como personal no fijo se concatenan nombramientos en diversas localidades en calidad de funcionario sustituto, personal estatutario eventual y personal interino, en dos poblaciones distintas, para cubrir necesidades que la Administración no ha demostrado que no fueran permanentes, en el caso, y hasta su cese¹⁵⁵³.

Por el contrario, se entiende que no existen sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada- luego se excluye la aplicación de la cláusula 5ª- en un supuesto de personal estatutario nombrado como personal de refuerzo y más tarde otro período como personal interino, mediando entre ambos períodos veinte meses en los que la demandante no estuvo al servicio de la Administración sanitaria. Se considera que esta interrupción por su duración supuso una solución de continuidad, de manera que no puede decirse que se produjera un encadenamiento de nombramientos de carácter no fijo¹⁵⁵⁴. Tampoco en el caso de un único nombramiento como personal estatutario interino de enfermería, que se produce en noviembre de 2009, y en el que cesa en noviembre de 2016 porque la plaza en la que prestaba servicio se convoca en 2015. Se concluye que el cese de un funcionario interino, con una única relación de servicios, no determina derecho a indemnización de veinte días por año de trabajo desempeñado, previsto en la legislación laboral y no en la función pública¹⁵⁵⁵. Ni en un supuesto en el que el funcionario interino es nombrado para la ejecución de un programa de carácter temporal, en el que se mantiene una sola relación de servicios - cuyo plazo de ejecución se amplió, de ahí que fuese prorrogado su único nombramiento-. Si se tiene presente el plazo máximo de duración de

¹⁵⁵¹ SSTs C-Advo 16/12/2021 rec.6157/2018.

¹⁵⁵² STS C-Advo 21/12/2021 rec.6874/2019.

¹⁵⁵³ STS C-Advo 1/12/2021 rec.6482/2018.

¹⁵⁵⁴ STS C-Advo 20/12/2021 rec.7574/2018.

¹⁵⁵⁵ SSTs C-Advo 29/10/2020 rec.2596/2018 y 1868/2018; 24/9/2020 rec.2302/2018.

la relación de empleo de interino por programas -tres años más doce meses-, el exceso fue de seis meses y cinco días. Por otra parte, su nombramiento no responde a necesidades permanentes de la Administración, entendiéndose por tales las estructurales, de ahí que el cese se produzca por haber finalizado la causa que dio lugar a su nombramiento (art.10.2.d EBEP) y que no haya derecho a indemnización¹⁵⁵⁶.

En relación a las medidas legales a adoptar para cumplir con la finalidad de la cláusula 5ª, los Estados miembros han de adoptar una o varias de las medidas que allí se proponen pero también contempla la posibilidad de que éstos aprueben medidas legales equivalentes. Este precepto tiene una finalidad predominantemente objetiva; es decir, busca que en el ordenamiento interno de cada Estado miembro haya normas que -previa consulta con los agentes sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales- impidan o al menos dificulten la utilización injustificada y, en ese sentido, abusiva de las formas de trabajo de duración determinada. Dicho de otra manera, a diferencia de la cláusula 4ª, no tiene como finalidad primaria otorgar derechos subjetivos a los individuos en concretas relaciones jurídicas. El TJUE insiste en que lo crucial es que haya medidas que efectivamente resulten disuasorias.

Lo que se deja muy claro es que, cuando la Administración ha hecho nombramientos no justificados de personal interino -o, más en general, de duración determinada- la respuesta no puede ser aplicar criterios de la legislación laboral. La relación estatutaria o funcionarial de servicio se rige por el Derecho Administrativo y consiste, entre otras cosas, en la aceptación por el empleado de una serie de reglas que conforman un estatuto en gran medida heterónimo. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los Tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración¹⁵⁵⁷.

Es por ello que, al empleado público temporal en régimen de Derecho Administrativo, no se le reconoce la condición de indefinido no fijo¹⁵⁵⁸ pese a que se constate la situación abusiva. Así se razona que el mero hecho de que haya habido una situación objetivamente abusiva – necesidades permanentes de mano de obra-, no puede determinar la conversión directa de la relación de duración determinada en una de carácter fijo. Entiende el Tribunal que la solución sancionadora, en la situación de abuso en la

¹⁵⁵⁶ SSTS C-Advo 27/10/2021 rec.3598/2018; 21/7/2020 rec.102/2018.

¹⁵⁵⁷ STS C-Advo 20/12/2021 rec.7462/2018.

¹⁵⁵⁸ STS C-Advo 14/1/2020 rec.3321/2019.

contratación temporal, no es la conversión de la relación temporal en una relación definitiva sino la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla, en debida forma, lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 d EBEP o, en su caso, el art.9.3 Ley 55/2003¹⁵⁵⁹. Argumenta también que nuestra legislación de función pública nunca ha contemplado la adquisición de la condición de personal funcionario o estatutario sino es a través de la superación de un proceso selectivo – art.19.1 Ley 30/1984, art.62.1 EBEP y art.20 Ley 55/2003 -. Y esta normativa no resulta contraria a la Directiva 1999/70/CE – por lo que no se plantea dejar de aplicar el Derecho nacional-.

Para los supuestos de utilización sucesiva por las Administraciones Públicas de contratos o nombramientos de carácter temporal para atender necesidades permanentes o de carácter, esta solución es la más acorde con las exigencias de una planificación adecuada, en este caso, de los recursos públicos en los servicios de salud, bajo los principios de buena administración que vinculan a la Administración, ya que corresponde a la Administración titular del servicio determinar, tras los estudios correspondientes, si procede o no la creación de una plaza estructural, con las consecuencias ligadas a su decisión¹⁵⁶⁰.

En cuanto al derecho a indemnización, admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sea una consecuencia necesaria e ineludible, inmediata y objetiva de la situación de abuso en la contratación. Es una posibilidad para lograr la finalidad impuesta, no un medio obligatorio. Y ni que decir tiene, siempre en este contexto, que un deber de la Administración de indemnizar habría de tener alguna clase de cobertura en el ordenamiento interno del Estado miembro, dado que no surge de manera forzosa y directa del Acuerdo Marco¹⁵⁶¹. Con base en la propia Jurisprudencia del TJUE – Asunto Baldonado Martín-, se declara que el cese del funcionario interino por la finalización de la sustitución determinante de su nombramiento es una causa objetiva de terminación de

¹⁵⁵⁹ SSTS C-Advo 26/9/2018 rec.1305/2017; 1/12/2021 rec. 7494/2019; 14/1/2020 rec.3321/2019; 23/6/2021 rec.8327/2019; 16/12/2020 rec.2081/2019 y 9/12/2020 rec.7976/2018.

¹⁵⁶⁰ STS C-Advo 14/1/2020 rec.3321/2019.

¹⁵⁶¹ STS C-Advo 20/12/2021 rec.7462/2018.

la relación de servicio que no da lugar a indemnización¹⁵⁶². El estatuto funcional no prevé la percepción de una indemnización o compensación económica a la finalización de la relación de servicio¹⁵⁶³. El estatuto jurídico del personal laboral no es comparable, en el sentido de la cláusula 4ª del Acuerdo Marco. La legislación española que no contempla indemnización para este supuesto no es contraria a la normativa europea. Esto es, se considera que no es contraria a dicha cláusula una legislación como el EBEP que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva¹⁵⁶⁴. En este sentido, no hay ninguna identidad de razón con la legislación laboral, por lo que carece de fundamento que los Tribunales la apliquen en este ámbito, ni siquiera como fuente de inspiración¹⁵⁶⁵.

Dado que el cese ajustado a derecho no puede ocasionar un daño susceptible de indemnización, ésta sólo tendría fundamento si mientras duró la situación de interinidad y como consecuencia de la misma se produjo una lesión física o moral, una disminución patrimonial o una pérdida de oportunidad que el empleado público interino no tuviera el deber jurídico de soportar. Pero esto - pasa por presentar una reclamación por daños efectivos e identificados con arreglo a las normas generales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por supuesto, acreditar tales daños¹⁵⁶⁶.

Deduce el Tribunal que el que se haya producido una situación de sucesivos nombramientos abusivos no implica automáticamente que el empleado funcionario o estatutario temporal haya sufrido un daño efectivo e identificado, por lo que no cabe

¹⁵⁶² SSTS C-Advo 16/6/2021 rec.1302/2018; 28/5/2020 rec.5801/2017; 21/7/2020 rec.102/2018.

¹⁵⁶³ En SSTS C-Advo como 15/11/2021 rec.6103/2018, 27/10/2021 rec.3598/2018, 28/5/2020 rec.5801/2017 y 21/7/2020 rec.102/2018, en el caso de un funcionario por vacante, con una única relación de servicios, que cesa por amortización de la plaza, no hay derecho a indemnización y ello no vulnera la cláusula 4ª del Acuerdo Marco.

¹⁵⁶⁴ SSTS C-Advo 21/7/2020 rec.102/2018; 23/11/2020 rec.5347/2018. En la STS C-Advo 28/5/2020 rec.5801/2017, citando la STJUE 22/1/2020 asunto Baldonado Martín, se recuerda que no se opone a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna a los funcionarios interinos ni a los funcionarios de carrera cuando se extingue la relación de servicio, mientras que prevé el abono de una indemnización al personal laboral fijo cuando finaliza el contrato de trabajo por concurrir una causa objetiva. Los art. 151 y 153 TFUE y la cláusula 4ª Acuerdo Marco no se oponen a una normativa nacional que no prevé el abono de indemnización alguna por cese a los funcionarios interinos, mientras que al personal laboral temporal se le concede una indemnización cuando finaliza el contrato de trabajo.

¹⁵⁶⁵ SSTS C-Advo 30/11/2021 rec.6302/2018; 1/12/2021 rec. 7494/2019; 22/2/2023 rec.3841/2021.

¹⁵⁶⁶ SSTS C-Advo 30/11/2021 rec.6302/2018; 1/12/2021 rec. 7494/2019; 8/2/2022 rec.6884/2019.

reconocerle mecánicamente una indemnización por esa sola circunstancia¹⁵⁶⁷; algo que, por otra parte, el ordenamiento jurídico español y, más en concreto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no permite¹⁵⁶⁸.

Por su parte, los empleados públicos temporales afectados defienden que el objetivo de la indemnización, por utilización abusiva de la interinidad, no es el resarcimiento de los daños o perjuicios efectivamente padecidos por el empleado público mientras estuvo en esa situación o sufridos como consecuencia de ella. Muy al contrario, alegan que la naturaleza de esta indemnización es sancionadora – debería servir para disuadir a la Administración de la utilización de formas de contratación o nombramientos abusivas¹⁵⁶⁹- y esto significa que lo que debería indemnizarse es el hecho mismo de haberse hallado en esa situación. Con la mismas se pretende el castigo a la Administración que ha permitido -si no alentado- esa utilización ilegítima de figuras de empleo público de duración determinada que están legalmente pensadas para otros fines. Este razonamiento, como aclara el Tribunal, está próximo a los denominados “daños punitivos” de la terminología jurídica angloamericana¹⁵⁷⁰.

Al respecto, razona el Tribunal Supremo que, en nuestro país, sólo cabe hablar de responsabilidad patrimonial de la Administración y la regulación legal de la misma no contempla la posibilidad de otorgar indemnizaciones a fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales, satisfaciendo una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta. Una indemnización de naturaleza sancionadora, no cuenta con base alguna en el ordenamiento español por lo que no reconoce puede reconocerse indemnización al empleado público solicitante. Asimismo, aclara que el deber de reconocer una indemnización de naturaleza sancionadora - como respuesta a una situación contraria a lo establecido en la cláusula 5ª del Acuerdo Marco-, no viene impuesto por la cláusula 5ª del Acuerdo Marco tal como la interpreta el TJUE¹⁵⁷¹, que ni

¹⁵⁶⁷ Vid SSTS C-Advo 1/12/2021 rec.7065/2018; 1/12/2021 rec.7068/2018; 30/11/2021 rec.6302/2018; 1/12/2021 rec. 7494/2019; 1/12/2021 rec. 7494/2019; 8/2/2022 rec.6884/2019; 22/2/2023 rec.3841/2021.

¹⁵⁶⁸ SSTS 8/2/2022 rec.6884/2019; 20/12/2021 rec.7574/2018; 22/2/2023 rec.3841/2021.

¹⁵⁶⁹ STS C-Advo 8/2/2022 rec.6884/2019.

¹⁵⁷⁰ Vid SSTS C-Advo 1/12/2021 rec.7494; 1/12/2021 rec.7065/2018; 2/12/2021 rec.6484/2018; 16/12/2021 rec.7467/2018; 20/12/2021 rec.7574/2018; 16/12/2021 rec.6157/2018.

¹⁵⁷¹ La STS C-Advo 22/2/2023 rec.3841/2021 admite que las sanciones e indemnizaciones pueden ser una medida equivalente para alcanzar el efecto disuasorio contemplado en la cláusula 5 del Acuerdo Marco; pero en ningún momento ha dicho que sean una consecuencia necesaria e ineludible. Es una posibilidad para lograr la finalidad, no un medio obligatorio. El deber de la Administración de indemnizar habría de tener alguna clase de cobertura en el ordenamiento interno del Estado miembro, dado que no surge de manera forzosa y directa del Acuerdo Marco.

es incondicional ni suficientemente precisa para que pueda invocarse por los particulares ante el Juez nacional- siguiendo aquí las SSTJUE de los asuntos Sánchez Ruiz e IMIDRA-. Es verdad que, aun cuando no concurren las condiciones para dar eficacia directa a las directivas, los órganos jurisdiccionales nacionales deben hacer el máximo esfuerzo interpretativo posible de las normas y principios de su ordenamiento interno, de manera que no se frustre el efecto útil de la directiva- vid STJUE 13/11/1990 C-106/89 asunto Marleasing-. Pero la interpretación tiene sus límites y, si se adoptan criterios hermenéuticos no aceptados en la comunidad jurídica o se incurre en puro decisionismo, el órgano jurisdiccional deja de operar dentro del sistema de fuentes establecido, con el riesgo caer en la arbitrariedad. Y, como se ha visto, la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración no da base para otorgar indemnizaciones con una finalidad sancionadora, al margen de daños efectivos e identificados¹⁵⁷².

Lo que, por otra parte, recuerda es que, quien se encuentre en una situación de interinidad objetivamente abusiva, puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios que aquel hecho le haya producido por las vías ordinarias de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y el reconocimiento de tal derecho depende de las circunstancias singulares del caso; debe ser hecho, si procede, en el mismo proceso en que se declara la existencia de la situación de abuso; y requiere que la parte demandante deduzca tal pretensión. Esto es, es necesario que se invoque en el momento procesal oportuno qué daños y perjuicios, y por qué concepto o conceptos en concreto, le fueron causados; y que se acredite, por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la realidad de tales daños y/o perjuicios. Además, el concepto o conceptos dañosos y/o perjudiciales que se invoquen deben estar ligados al menoscabo o daño, de cualquier orden, producido por la situación de abuso, pues ésta es su causa, y no a hipotéticas equivalencias, al momento del cese e inexistentes en aquel tipo de relación de empleo, con otras relaciones laborales o de empleo público¹⁵⁷³.

Asimismo, resuelve el Tribunal que quien se ha hallado en una situación de interinidad objetivamente abusiva tiene derecho a la subsistencia de la relación de empleo, con los correspondientes derechos profesionales y económicos, hasta que la Administración cumpla debidamente lo dispuesto por el art. 10.1 EBEP o en el art.9.3 Ley 55/2003. Éstas -no otras- son las consecuencias actualmente contempladas en el

¹⁵⁷²Vid SSTs C-Advo 1/12/2021 rec.7494; 1/12/2021 rec.7065/2018; 8/2/2022 rec.6884/2019;...

¹⁵⁷³SSTs C-Advo 26/9/2018 rec.1425/2018 y 1426/2018, 20/12/2021 rec.7462/2018.

ordenamiento español para la utilización abusiva de figuras de empleo público de duración determinada de manera. Por lo demás, nada impide al legislador, si lo considera oportuno, establecer alguna clase de compensación para situaciones como la aquí examinada. Esto es, por cierto, lo que hace pro futuro el RD Ley 14/2021 y la Ley 20/2021. Y no deja de ser significativo que a este respecto use la expresión compensación económica, en vez de indemnización, dando a entender que está fuera de la esfera de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁵⁷⁴.

5. Proyección de la Jurisprudencia del TJUE sobre el marco normativo actual para la prevención del abuso y el fraude en la temporalidad.

Finaliza este apartado revisando si nuestro ordenamiento interno cuenta, en la actualidad, con suficientes medidas efectivas para reducir la temporalidad y prevenir el abuso en la utilización de contratos o nombramientos de duración determinada, como demanda el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE y la doctrina del TJUE. El RD Ley 32/2021 y la Ley 20/2021 quieren ser el acicate que marque un antes y un después en nuestro modelo de relaciones laborales, reduciendo drásticamente la temporalidad, especialmente grave en el empleo público.

Con estas dos normas se producen significativos avances en el cumplimiento de las cláusulas 4ª y 5ª del Acuerdo Marco, pero nos tememos que aún siguen siendo insuficientes para conseguir una protección plena del empleado público temporal y para proscribir los abusos en la temporalidad. Recuérdese que el objetivo principal de la citada norma comunitaria es la mejora de la calidad del trabajo de duración determinada, estableciendo la equiparación entre personal temporal y fijo con base en el principio de no discriminación, salvo existencia de causas objetivas que justifiquen una diferencia en el régimen jurídico de ambas clases de personal. Al mismo tiempo que, siguiendo la doctrina fijada por el TJUE, obliga a que los Estados miembros instauren medidas efectivas que disuadan y, en su caso, sancionen de forma clara el abuso de la temporalidad. En este sentido el Acuerdo Marco, comprensivo y consciente de las distintas peculiaridades de los Estados miembros, es flexible y no impone la adopción de ninguna medida concreta pero sí que la que se adopte por el legislador interno sea proporcionada, efectiva y disuasoria para evitar el abuso de la temporalidad, pudiendo

¹⁵⁷⁴SSTS C-Advo 1/12/2021 rec.7494; 16/12/2021 rec.7467/2018; 20/12/2021 rec.6902/2019.

incluso contemplar medidas diferentes en función de que el trabajo se preste para un empresario público o privado¹⁵⁷⁵.

Atendiendo a estas demandas de las instituciones europeas, las reformas de 2021 apuestan porque la temporalidad sea la excepción – que en el empleo público se quiere reducir de un treinta a un ocho por ciento- y porque las necesidades de mano de obra permanentes no se atiendan con relaciones de empleo de duración determinada. Así, por un lado, como ya se ha dicho supra, el objetivo del RD Ley 32/2021 es simplificar y reordenar las modalidades de contratación laboral, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada -se modifica el contrato formativo y el de fijo discontinuo; desaparece el contrato por obra o servicio determinado¹⁵⁷⁶ y solo podrán celebrarse los nuevos contratos de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción y por sustitución; se obliga a especificar con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista;...- No obstante, al mismo tiempo, al empresario laboral Administración Pública se le sigue consintiendo un mayor espacio para la temporalidad ya que puede disfrutar, junto a los contratos temporales del sector privado, de un abanico de modalidades contractuales específico, cuyo régimen jurídico, en ocasiones, no termina de rematar dejando el legislador algún que otro significativo e incómodo silencio que puede perjudicar al empleado público a la vez que generar inseguridad jurídica en la gestión de esos recursos humanos.

En paralelo, la Ley 20/2021 refuerza la noción de temporalidad de la figura del personal funcionario interino, a fin de delimitar claramente la naturaleza de la relación que le une con la Administración. Se preocupa por concretar las causas de su nombramiento y el plazo máximo de duración de éste; los procedimientos de selección y de objetivar las causas de cese –entendiendo que la fijación de criterios objetivos para la terminación del nombramiento ofrecerá mayor claridad en cuanto a la duración máxima de la permanencia de este personal y evitará la perpetuación de la cobertura de puestos de trabajo por personal interino, fomentando la estabilidad en el empleo y coadyuvando a la cobertura permanente de los puestos de trabajo-. También aquí se advierte la ampliación

¹⁵⁷⁵ PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de...op.cit.*,pág.53.

¹⁵⁷⁶ Modalidad contractual fuertemente cuestionada tanto por la Jurisprudencia interna (ej. STS 29/12/2020 rec. u.d. 240/2018) como por la del TJUE (ej.STJUE 24/6/2021 C-550/19 asunto E.V. contra Obras y Servicios Públicos, S.A. y Acciona Agua).

en el nombramiento por exceso o acumulación de tareas – de seis meses en un período de doce, a nueve meses en un lapso temporal de dieciocho meses-, lo que probablemente favorezca que la Administración Pública, huyendo de modalidades contractuales de más corta duración, se decida por la mayor flexibilidad que le ofrece el régimen funcional en este punto.

Especialmente interesante resulta la modificación del art.10.4 EBEP en relación al funcionario interino por vacante al limitar con carácter general la duración de su nombramiento a tres años, como medida preventiva para evitar un uso abusivo de esta figura para ejercer funciones de carácter permanente o estructural. Se obliga a la Administración Pública a la cobertura de la plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos mediante los mecanismos de provisión o movilidad. La Administración Pública deberá celebrar la convocatoria dentro del plazo de los tres años, a contar desde la fecha del nombramiento del funcionario interino y sea resuelta conforme a los plazos establecidos en el art. 70 EBEP. La duda, como se apuntaba en el asunto IMIDRA, es si la normativa española que prevé la organización de procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, así como los plazos concretos a tal fin, garantiza que esos procesos se organicen efectivamente. En otro caso, no resultaría adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, y no se trataría de una medida legal equivalente en el sentido de la cláusula 5ª. La incertidumbre también se plantearía en el caso de los interinos por vacante laborales dado que, salvo que se interprete que la remisión a la Ley 20/2021 lo sea a la totalidad del art.10 EBEP, la normativa no prevé plazo expreso para proceder a la cobertura de esa vacante¹⁵⁷⁷ –siendo la Jurisprudencia social la que ha tenido que concluir que la duración máxima de estos contratos tenga que ser de tres años-.

Además de reforzar la causalidad, quiere impedirse aflorar nuevos supuestos de temporalidad abusiva disponiendo la nulidad de pleno derecho de toda actuación cuyo contenido incumpla directa o indirectamente los plazos máximos de permanencia como personal temporal, sea mediante acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, o a través de las medidas que se adopten en su cumplimiento. Y, adicionalmente, se incorpora –aunque contaba con algún precedente – lo que quiere ser un mecanismo proporcionado,

¹⁵⁷⁷ Para evitar problemas interpretativos hubiera resultado interesante que el art.11 EBEP recogiese el plazo máximo de tres años del art.10 EBEP, vid PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de...op.cit.*,pág.94.

eficaz y disuasorio para el cumplimiento del deber de evitar abusos en la temporalidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Así, las actuaciones irregulares en materia de contratación laboral temporal o de nombramientos de funcionarios interinos darán lugar a la exigencia de responsabilidades que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas. Y aquí es donde surgen dudas sobre la eficacia de este mecanismo disuasorio dada la inconcreción y generalidad de esta previsión, por lo que, en este punto, no se estaría dando respuesta al Acuerdo Marco¹⁵⁷⁸.

En cuanto al principio de no discriminación de trato, nuestra normativa laboral insiste en reconocer los mismos derechos a los trabajadores con contratos temporales que a las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos. Si bien, tras la reforma se mantiene la ausencia de indemnización a la finalización de los contratos formativos y de sustitución¹⁵⁷⁹.

También quiere responderse al principio de no discriminación en el ámbito administrativo, ya que al funcionario interino le será aplicable el régimen general del personal funcionario de carrera en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter extraordinario y urgente de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de funcionario de carrera (art.10.5 EBEP). Por ejemplo, se establecen diferencias en cuanto a los procedimientos de acceso de unos y se insiste expresamente que el nombramiento como personal interino derivado de los procedimientos de selección no implica en ningún caso el reconocimiento de la condición de funcionario de carrera. Es decir, se refuerza la nota de temporalidad al descartar cualquier expectativa de permanencia. Por otra parte, como ocurre con el funcionario de

¹⁵⁷⁸Apunta PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de...op.cit.*,pág.122, a que estamos ante una medida no disuasoria ni efectiva en el sentido de la Directiva. La redacción no indica quién es el responsable. Si se piensa en una responsabilidad patrimonial, decae como medida disuasoria al afectar al patrimonio de la Administración y no a la persona física responsable de ese abuso en la contratación temporal.

¹⁵⁷⁹En el caso de contrato de sustitución de persona trabajadora no jugaría la superación del plazo de tres años y sólo podría contemplarse la conversión en indefinido no fijo de demostrar el fraude o el abuso (SSTS 24/4/2019 rec.u.d. 1001/2017; 9/12/2020 rec.u.d. 2349/2018;...) Recuerda CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales...op.cit., pág.2, que para el TJUE existen razones objetivas que justifican la diferencia de trato – en cuanto a la ausencia de indemnización por reincorporación del trabajador sustituido o por cobertura de vacante- y que sólo las situaciones consideradas abusivas por los Tribunales llevan a la consideración del trabajador temporal como indefinido no fijo, debería reconocerse indemnización a la válida finalización de los contratos temporales. Como sucede en países de nuestro entorno lo que se indemniza en estos casos es la “situación precaria sufrida por la persona trabajadora dado el carácter temporal de su contrato”.

carrera, a la finalización de la relación de interinidad del personal funcionario interino no se generará derecho a compensación económica de ningún tipo.

El objetivo del 8% de temporalidad en el empleo público español pretende conseguirse, asimismo, con la convocatoria generalizada de procesos extraordinarios de estabilización de plazas. Tiempo atrás, en relación con este tipo de medidas de lucha contra la temporalidad, el TJUE se había pronunciado a favor de la idoneidad de la creación de plazas estructurales o fijas – asunto Pérez López-, aunque alertaba de la falta de obligatoriedad para la Administración Pública. Por ello, aquí nos planteamos también hasta qué punto la normativa está obligando a la convocatoria de estos procesos y a la estabilización de estas plazas, dado que literalmente el art.2 Ley 20/2021 “*autoriza una tasa excepcional de reposición del empleo temporal*”– aunque en el DA 6ª Ley 20/2021 se emplea la expresión “*convocarán*”-. Así también se trata de procesos selectivos abiertos en los que, además de los empleados públicos temporales, podrá participar cualquier ciudadano. Por otra parte, una de las sombras de estos procesos, a la luz de la norma comunitaria, es la ausencia de derecho a compensación económica si el candidato – empleado público temporal – decide no participar en el proceso selectivo. Se estaría, en este caso, ante la inexistencia de medidas disuasorias y sancionadoras de la abusividad en la temporalidad¹⁵⁸⁰.

Cuestión distinta es la existencia, en nuestra normativa interna, de medidas suficientes y contundentes para evitar los abusos en la contratación temporal o en los nombramientos de funcionarios interinos. En esta materia y, concretamente en el ámbito del empleo público, consideramos que aún siguen existiendo resquicios que consienten algún espacio para el abuso. Indicábamos, páginas atrás, que la vigente normativa laboral sanciona el incumplimiento empresarial en materia de contratación temporal de lo dispuesto en el art.15 ET, así como la concatenación con contratos por circunstancias de la producción con o sin solución de continuidad por un período de dieciocho meses dentro de un marco temporal de veinticuatro meses por parte de un trabajador temporal o de un puesto de trabajo, con la fijeza de la relación contractual. Estas medidas, sin embargo, no son tan eficaces en el terreno del empleo público ya que, como se ha visto, la propia norma laboral sigue contemplando especialidades que les restan algo de eficacia. Por ejemplo, sólo se tienen en cuenta los contratos por circunstancias de la producción, dejando fuera

¹⁵⁸⁰ Vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit., pág.134.

una variada amalgama de contratos de duración determinada a los que recurre la Administración Pública; o únicamente computan los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.

Por otra parte, si el incumplimiento afecta al plazo de duración del contrato temporal o del plazo de permanencia del funcionario interino, resultará de aplicación la DA 17ª EBEP que ofrece, no obstante, una protección bastante inferior a la fijeza ofrecida por el ordenamiento laboral. Aquí encontramos quizás la medida más interesante desde el punto de vista de transposición de la Directiva 1999/70/CE: el reconocimiento de una compensación económica para el personal temporal, equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas – o de salario fijo en el caso de personal laboral- por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, por el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia¹⁵⁸¹.

Sin embargo, surgen dudas sobre su completa adecuación a la mencionada norma comunitaria porque, aun suponiendo un indiscutible avance respecto al personal en régimen de Derecho Administrativo, de nuevo en este punto advertimos la posible insuficiencia de la medida¹⁵⁸². La compensación de veinte días no resarce al empleado público afectado ni puede equipararse con el efecto que produce en el ámbito del empleo privado - el trabajador temporal que se convierte en fijo y el empresario que se ve penalizado con la incorporación de este nuevo contrato en su plantilla-. Puede paliar algo el abuso al empleado público laboral pero no cabe duda de que no resulta lo bastante desincentivadora o disuasoria por recaer sobre el erario público y no sobre el empleado público responsable del incumplimiento de la normativa sobre temporalidad. Por otra parte, en relación con el personal laboral, también se ha planteado su disconformidad con

¹⁵⁸¹La compensación no es medida equivalente en el sentido de las exigidas en la cláusula 5ª porque sólo se aplica a los supuestos de superación de los plazos de permanencia y no a otros supuestos de contratación temporal irregular, en opinión de PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los...op.cit.*,pág.125.

¹⁵⁸² Crítica con esta medida porque premia el inmovilismo de la Administración Pública, PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los...op.cit.*,pág.96, señala que predomina el carácter indemnizatorio para el trabajador sobre el sancionador para su empleador a quien le puede resultar mucho más sencillo pagar la compensación de veinte días – o una indemnización mayor, de haber recurrido a los Tribunales de lo social- que convocar la plaza para su cobertura reglamentaria. Para CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de...op.cit.,pág.8, es una sanción poco eficaz para la Administración Pública por su falta de efecto disuasorio – en el sentido de la cláusula 5ª- y también duda de su eficacia resarcitoria.

la cláusula 4ª ya que esta compensación se calcula sobre el salario fijo, a diferencia de las indemnizaciones al trabajador fijo¹⁵⁸³.

Hasta la entrada en vigor de la DA 17ª EBEP, y ante este tipo de incumplimientos, al no obligar la cláusula 5ª del Acuerdo Marco a reconocer la fijeza, se ha venido adoptando al empleado público laboral temporal la solución del indefinido no fijo. Y es la solución, que sin estar recogida en norma alguna, a la que aún tiene que seguir recurriéndose cuando quieren sancionarse otro tipo de abusos al régimen jurídico del contrato temporal o, al margen del contrato de duración determinada, cuando la normativa laboral prescribe la fijeza de la relación laboral. Sin embargo, la medida es insuficiente porque la limitada estabilidad que se ofrece a los empleados públicos temporales es manifiestamente precaria en estos supuestos ya que puede desaparecer desde el momento en que la Administración Pública decide amortizar dichas plazas o convocar el procedimiento reglamentario de cobertura de las mismas – a la que normalmente podrá presentarse el afectado, pero con el alto riesgo de no ser el candidato finalmente elegido. En estos supuestos, los Tribunales están reconociendo a los indefinidos no fijos una indemnización equivalente a la del despido procedente por causas objetivas, esto es, veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades. Esta indemnización tampoco podría considerarse suficiente dado que no tiene en cuenta el incumplimiento o el abuso de la normativa de temporalidad por la Administración Pública, dado que es la que recibe el trabajador en los supuestos de lícita extinción contractual. En consecuencia, esa medida no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión y, por consiguiente, no parece constituir, por sí sola, una medida suficientemente efectiva y disuasoria para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo Marco¹⁵⁸⁴. Y aunque las medidas de la Ley 20/2021 impedirán, en gran medida, el nacimiento de nuevos indefinidos no fijos subsisten figuras de

¹⁵⁸³ Vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit.,pág.134.

¹⁵⁸⁴ Puede consultarse MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria...op.cit.,pág.97, quien advierte que la conformidad de nuestro ordenamiento interno con la Directiva exige que la medida para luchar contra el abuso en la temporalidad proporcione un resarcimiento adecuado y efectivo para el trabajador temporal afectado pero, al mismo tiempo, ha de disuadir o desincentivar a la Administración en la realización de estas conductas. La solución tiene que venir de una modificación legal “*que asegure el cumplimiento, temporal y sustantivo, de los diferentes procesos selectivos, en el marco de procesos realmente estratégicos, de racionalización el empleo público y sobre la base de los principios constitucionales de mérito y capacidad*”.

contratos indefinidos como los profesores de religión en centros públicos de enseñanza o el contrato de actividades científico técnicas. Cabe advertir, por otra parte, que han comenzado a dictarse resoluciones en las que, en lugar de indefinido no fijo, se habla de fijeza limitada o condicionada al objeto de transmisión – por ejemplo, STS 28/1/2022 rec.3781/2020 en el caso de reversión de servicios públicos- pero aquí también cabría plantearse si ello es conforme a la Directiva comunitaria porque está aún lejos de la condición de fijo sin límites¹⁵⁸⁵.

En el ámbito del empleo público temporal en régimen de Derecho Administrativo, como ya ha tenido ocasión de manifestarse, las medidas preventivas del abuso de la temporalidad han brillado por su ausencia hasta la DA 17ª EBEP. En los últimos tiempos, ante esta carencia de previsión de medida alguna por parte del legislador, y ante una situación objetivamente abusiva, los Tribunales de lo Contencioso administrativo han entendido que la solución sancionadora, no puede ser la solución aportada desde la Jurisdicción social, esto es, la conversión en indefinido no fijo del funcionario interino. La solución pasa por la subsistencia y continuación de tal relación de empleo, con los derechos profesionales y económicos inherentes a ella hasta que la Administración cumpla, en debida forma, lo que ordena la norma de carácter básico establecida en el art. 10.1 d EBEP o, en su caso, el art.9.3 Ley 55/2003. A diferencia de lo que ocurre con el personal laboral – que en estas circunstancias tendría derecho al reconocimiento de una indemnización-, el personal indefinido de hecho en régimen administrativo debe reclamar por daños y perjuicios a la Administración en el caso de amortización o cobertura de la plaza que ocupa.

Otras medidas que pretenden sancionar el abuso en la contratación temporal son, por ejemplo, el incremento de las sanciones administrativas por fraude o transgresión de la normativa de contratación temporal (art.7.2 LISOS) o de la cotización en contratos inferiores a treinta días (art.151.1 y 2 LGSS). Pero, en cualquiera de estos casos, el efecto desincentivador o disuasor de estas conductas empresariales será mucho menor que en el ámbito privado. La normativa, como se ha visto, deja gateras en el empleo público y el responsable o el gestor de recursos humanos en la Administración Pública, por mucho que se le proclame responsable en la citada DA 17ª EBEP, no deja de disparar con pólvora

¹⁵⁸⁵Vid MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del...op.cit., pág.145.

del rey, con lo que, pese a las mejoras, consiente una mayor precarización del empleado temporal del empleo público.

**PARTE IV: LA FLEXIBILIDAD INTERNA
EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL**

CAPÍTULO 10: La flexibilidad interna en el empleo público laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público.

1. La flexibilidad interna en el empleo público laboral. Introducción.

Si en el sector privado hay que vincular la flexibilidad con la “*capacidad empresarial de gestionar la fuerza de trabajo para hacer frente a las condiciones cambiantes del mercado a fin de reforzar la competitividad y la productividad reduciendo los costes de trabajo*”, en el ámbito del empleo público la flexibilidad supone hablar de “*continuidad y mutabilidad de la actividad de servicio*”. Como estudia MAURI, los Estados deben asegurar la prestación incesante de los servicios públicos y al mismo tiempo deben adaptarlos a las necesidades continuamente cambiantes de los ciudadanos. Por eso, la flexibilidad cabe entenderla como “*una estrategia tendente al incremento de capacidades de las autoridades públicas para gestionar el proceso de aseguramiento y adaptación de los servicios públicos al entorno social y a las bases fiscales que lo sustentan, lo que permite la adopción de medidas orientadas a incrementar la productividad de la fuerza de trabajo, optimizar el factor personal y limitar sus costes*”¹⁵⁸⁶. En cualquier caso, tratándose de la Administración Pública, la flexibilidad habría que vincularla a una “*mejor prestación de los servicios públicos, mediante una planificación racional de estos servicios públicos*”¹⁵⁸⁷.

A la Administración Pública como empresario laboral se le aplica el EBEP (art.7 EBEP). Hablar de flexibilidad en el EBEP es hablar fundamentalmente de flexibilidad interna. Dado el colectivo de empleados públicos y el tipo de empleador, incluidos en el ámbito de aplicación de la citada norma, la posible flexibilidad de entrada es limitada – por su necesidad de sometimiento a procedimientos reglados de acceso respetuosos con los principios constitucionales, como se ha visto-. Y también resultaría extraño pensar en la flexibilidad de salida porque, por una parte, es improbable, o cuando menos complicado, que el funcionario de carrera se vea privado de su condición de tal -como se deduce de su derecho a la inamovilidad en su condición (art.14.a EBEP) y de la lectura

¹⁵⁸⁶ MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 26, 2011, pág.56.

¹⁵⁸⁷ Vid ROQUETA BUJ, R.: “La reestructuración de...op.cit.,pág.5. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: suspensiones del contrato y reducciones de jornada”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, págs.126, advierte la dificultad de “*planificación de los recursos humanos en el empleo público por la falta de conexión entre la normativa presupuestaria de gasto y la de ordenación de los recursos humanos. Complejidad porque la Administración debe aplicar ramas del ordenamiento jurídico muy diferenciadas...*”

de las causas que propician la pérdida de tal condición del art.67 EBEP-; y, por otra parte, porque en relación a la extinción del contrato de trabajo del personal laboral, el EBEP guarda silencio – salvedad de alguna mención como la del art.96.2 EBEP (despido disciplinario improcedente del personal laboral fijo)- por lo que debemos remitirnos a lo dispuesto por la legislación laboral¹⁵⁸⁸.

La doctrina ha destacado que, esta norma, tramitada y concebida en época de prosperidad, no se caracteriza precisamente por su abundancia en herramientas de gestión de sus recursos humanos – funcionarios y laborales – que le aporten flexibilidad interna. Ello puede obedecer a la sensación de mayor superfluidad del recurso a estos instrumentos –comparado con el empresario del sector privado- porque al no producirse una dependencia directa del mercado, los posibles ajustes en los recursos humanos, casi siempre, dependen del presupuesto y del gasto público y pueden generar una falsa sensación de inagotabilidad. De este modo, cabe decir que de las pocas referencias a la flexibilidad interna del empleo público laboral son el art.83 EBEP (provisión de puestos y movilidad del personal laboral) y los art.32.2 y 38.10 EBEP (suspensión o modificación unilateral de lo dispuesto en la negociación colectiva en determinadas situaciones excepcionales). Sin embargo, y a pesar de esta menor disponibilidad de medios de flexibilidad interna, comparada con el ordenamiento laboral, la Administración Pública se encuentra muy próxima al poder político (legislativo) y no tiene excesivas dificultades para introducir los ajustes que necesite por vías mucho más expeditivas¹⁵⁸⁹ de las que dispone un empresario privado. A través de la publicación de normativa (presupuestaria, sobre todo), de normativa de urgencia y de su potestad reglamentaria puede conseguir de manera directa los objetivos pretendidos.

Por otra parte, a la Administración Pública empresario laboral se le aplica también el Derecho del Trabajo. Esta rama del ordenamiento jurídico, por el contrario, es muy rica en herramientas que permiten introducir flexibilidad en la relación laboral porque es muy consciente de la necesidad de ajustar las condiciones de trabajo a las constantes demandas

¹⁵⁸⁸ Para MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste...op.cit.,, pág.57, si cabe suspender la relación de función pública a través de los planes de empleo pasando el funcionario en activo a la correspondiente situación administrativa.

¹⁵⁸⁹ Además de poder recurrir a la regulación normativa, “*dispone de vías más fáciles de ajuste, como el uso y abuso de la contratación temporal, el despido colectivo u objetivo descausalizado o la externalización de actividades en aras a sustituir el empleo estable por vínculos a término con terceros basado en la propia subcontratación, que retroalimenta el fenómeno y precariza las relaciones laborales*”, como indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de...op.cit.,* pág.191.

de cambio que el mercado exige y a la fragilidad de la situación económica, incluso en épocas de bonanza. Ahondando en este sentido, las sucesivas reformas laborales, como se ha dicho, incrementan las posibilidades de flexibilizar las condiciones de prestación de la relación laboral¹⁵⁹⁰, como vía para garantizar el mantenimiento del empleo y favorecer la competitividad en la empresa¹⁵⁹¹.

En principio, medidas como la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación de jornada, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la inaplicación o descuelgue del convenio- a las que cabría añadir la novación contractual¹⁵⁹²-, son herramientas que podrían resultar de aplicación en el empleo público en régimen laboral¹⁵⁹³. Sin embargo, al concebirse inicialmente para ser aplicadas al

¹⁵⁹⁰Señala BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación” en GUTIÉRREZ VELASCO, I. (dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 97, que “*la expresión medidas de flexibilidad interna engloba a aquellas que inciden sobre la forma, el modo o las condiciones en las que se desenvuelve la relación laboral, pero que no afectan a la existencia propia del contrato de trabajo. Se trata, generalmente, de medidas modificativas que, a diferencia de las que se establecen por mutuo acuerdo de las partes en función de los intereses de las mismas, o bien están residenciadas ex lege en el poder de dirección del empresario o bien requieren de la concurrencia de causa... o el acuerdo con los representantes de los trabajadores; exigen a su vez el seguimiento de un determinado procedimiento y la sujeción a los efectos que las normas determinan. Su razón de ser es la adaptación de las condiciones de trabajo a las exigencias que influyen sobre la propia empresa, especialmente sobre su competitividad o su propia viabilidad...son medidas alternativas a la flexibilidad externa...*” Es CARRIZOSA PRIETO, E.: “Clasificación profesional y cambio de funciones. La apuesta por la polivalencia funcional”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.506, quien apunta que, en materia de flexibilidad interna, la reforma laboral de 2012 resta “*espacios de negociación a la autonomía colectiva*” para cederlos “*al legislador o al propio poder de dirección empresarial*”. ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de las condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista Derecho Social*, nº 62, 2013, pág.18, la califica de desequilibrada. Son positivas medidas alternativas al despido, que permitan hacer una empresa “*adaptable, moderna y ágil, capaz de adaptarse a las exigencias de un mercado cambiante...pero la flexibilidad tiene que ser negociada y al servicio,...de los intereses de ambas partes*”.

¹⁵⁹¹ Por lo que sorprende, por otros vid NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 190/2016, BIB 2016\80285, pág.217, que la normativa no establezca un orden de prioridades o un escalonamiento de medidas, que contemple como última opción la vía del despido.

¹⁵⁹² Aunque ya se ha advertido de la dificultad de introducir modificaciones en el contrato de trabajo del empleado público laboral por novación contractual. Sin circunscribirlo al empleo público laboral, para GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág.239 y ss, existe el riesgo de que a través de la autonomía individual (art.3.1.c y art.3.5 ET) se lleven a cabo conductas “*objetivamente antisindicales, eludiendo obligaciones de negociación colectiva a través de pactos plurales de naturaleza individual donde el poder negociador del sindicato queda suprimido, ello iría en contra del derecho a la libertad sindical al emplear en masa la autonomía individual para huir de la aplicación de aquellos preceptos que dan entrada a la autonomía colectiva*”.

¹⁵⁹³Señalan ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo”, *Trabajo y Derecho*, nº 14, 2016, pág.3, que “*la eficacia de los instrumentos de flexibilidad interna depende de la claridad y certeza de los mismos, ... el empresario recurrirá a ellos...si su diseño normativo permite una ágil utilización, están claramente definidas las causas que los fundamentan para evitar ulteriores revisiones e impugnaciones judiciales y es posible*

empresario privado, cuyo campo de juego es el mercado en régimen de competencia, plantean dificultades si se considera su exportación al empleo público laboral¹⁵⁹⁴.

Asimismo, hay que tener presente que si el concepto flexibilidad nos sugiere o transmite, en cierto modo, la idea de “agilidad”, ello parece casar mal con el modo de gestionar los recursos humanos del empleo público dado que cualquier medida que quiera implantarse, en este sentido, debe hacerse de manera motivada y procedimentada. Lo anterior es coherente con las exigencias de actuación de una Administración Pública en un Estado democrático y de Derecho, regida por los principios constitucionales de legalidad, igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Y, en cualquier caso, si en el ordenamiento laboral la aplicación de medidas de flexibilidad interna no debe violentar el principio de igualdad o de no discriminación (art.14 CE y art.17 ET), en el empleo público, funcional o laboral, hay que añadir su necesario respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad – no exclusivos del momento de acceso al empleo público¹⁵⁹⁵-.

Antes de revisar los instrumentos de flexibilidad interna que contiene la normativa administrativa y laboral aplicable al empleo público quiere insistirse en que, cuando una Administración Pública tiene necesidad de mano de obra – en régimen administrativo o laboral – puede optar por la creación de nuevos puestos de trabajo fijos. Éstos deberán aparecer previamente incluidos en la correspondiente RPT y, posteriormente, se contendrán en la OEP. Se dotarán presupuestariamente y se convocarán públicamente, procediéndose a su selección a través de procedimientos y pruebas que garanticen un escrupuloso respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad – concurso, oposición y concurso oposición para los laborales o concurso oposición u oposición,

modificar variables o condiciones contractuales claves para el empresario desde el punto de vista de los costes”. Apuestan por ella los *Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva (en adelante, AENC)* II (2012/2014) y III (2015/2017). El *IV AENC* (2018/2020) defiende la flexibilidad interna pactada, sobre todo se piensa en la adaptación de jornada, como medida alternativa al despido. También pueden introducir flexibilidad la contratación temporal o incluso el teletrabajo o trabajo a distancia.

¹⁵⁹⁴Como concluye GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva en el sector público*, MTMSS, 2019, pág.635, “*las Administraciones Públicas no compiten en términos de mercado donde los costes laborales constituyen un factor determinante de la competitividad empresarial y donde la devaluación salarial y, reflejamente, de condiciones de trabajo, puede constituir un acicate para asegurar una posición competitiva en el mercado*”.

¹⁵⁹⁵SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la...op.cit.*, pág.58. Destaca ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de puestos de trabajo y a movilidad en el EBEP”, en DEL REY GUANTER, S.(Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág.796, apunta a “*que la provisión de puestos de trabajo y los traslados están vinculados de modo íntimo...con derecho funcionariales de primer nivel...la existencia de un equilibrio entre los poderes reconocidos a las Administraciones Públicas y los derechos y expectativas funcionariales es una constante normativa...*”

siendo excepcional el concurso de méritos, para los puestos de funcionarios de carrera-. O puede decidir que resulta más adecuado y más económico, en el caso de tener sectores con excedencia de mano de obra y otros con déficit, intentar distribuir o trasvasar esos empleados públicos de unos puestos de trabajo a otros¹⁵⁹⁶. Esta segunda opción es interesante dado que permite un mejor aprovechamiento de los recursos humanos que ya acreditan experiencia y están integrados en la organización administrativa y conocen su “lenguaje”, y puede suponer, asimismo, un significativo ahorro de costes de personal y evitar, en algunos casos, la externalización de servicios públicos¹⁵⁹⁷ – con trabajadores en régimen laboral que prestan de manera indirecta servicios para la Administración, bajo dependencia y ajenidad de una empresa privada, y con un status, muy probablemente, inferior al del empleado público-, así como sortear la potencial aplicación de medidas de flexibilidad de salida, en el caso de personal laboral¹⁵⁹⁸. Esta segunda vía de gestión del empleo público es la que queda conectada con la flexibilidad interna y, por tanto, con la movilidad.

En relación a la flexibilidad de salida cabe recordar que queda, como poco, cuestionada tras la derogación de la DA 16ª ET por la *DD Única.2 RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo*. Con la entrada en vigor de esta norma, el 30 de marzo de 2022, podría deducirse que la Administración Pública no podrá recurrir al despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art.51 y 52.c ET. O, por el contrario, interpretar que únicamente se deroga la DA 16ª ET que se limitaba a adaptar estas causas de despido objetivo y colectivo al empleador Administración Pública y que contemplaba la prioridad de permanencia del personal laboral fijo y volver a la situación laboral anterior a la reforma de 2012. Sin intención de profundizar en este aspecto, valga decir que, según esta segunda interpretación, conforme al art.7 EBEP, la legislación laboral es aplicable a la relación

¹⁵⁹⁶ En este sentido vid PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.202.

¹⁵⁹⁷ Por otros, ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de puestos...op.cit.,pág.840.

¹⁵⁹⁸ Para SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.170 “*el sistema de provisión de puestos de trabajo debe combinar las expectativas de carrera del funcionario y las garantías de seguridad en el cargo con las necesidades de la Administración y adecuar su organización a la tareas que ha de cumplir en cada momento atendiendo al principio de eficacia...hoy las demandas que se dirigen a las Administraciones Públicas...exigen poner en marcha nuevas funciones y servicios y abandonar o reducir otros y en términos generales reclaman mayor movilidad del personal....la garantía del puesto de trabajo no puede tener como efecto colectivos de empleados donde sobran mientras faltan en otras áreas y para funciones similares...la necesidad de controlar el gasto público lleva a las Administraciones a intentar cumplir sus tareas con los efectivos que ya tiene, nutriéndose de los que podría llamarse mercado interno y limitando a lo imprescindible el reclutamiento de nuevo personal”.*

laboral de empleo público por lo que, no prohibiéndose expresamente la aplicación del despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o el despido colectivo – como sí hace la DA 17ª ET con la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de jornada-, la Administración Pública podrá recurrir a los mecanismos del art. 51 y 52.c ET sin ninguna matización que tenga en cuenta su condición de Administración Pública¹⁵⁹⁹. Despido que ya se venía admitiendo, antes de la reforma de 2012, tanto por la doctrina laboralista como por nuestra Jurisprudencia, aunque no de manera generalizada.

Como paso previo al análisis de las distintas herramientas de flexibilidad interna que nuestro ordenamiento contempla para ser aplicadas en el empleo público, ha de insistirse, como ya se ha adelantado, que a diferencia de lo que sucede con el empresario privado, la adopción de estas medidas por parte de la Administración Pública es mucho menos ágil, puesto que, la normativa de empleo público normalmente exigirá de motivación y del seguimiento de un determinado itinerario procedimental¹⁶⁰⁰. Así pues, la decisión de adoptar alguna medida de flexibilidad interna puede verse condicionada por la RPT, que como instrumento dinámico que puede y debe ir adaptándose a las necesidades de organización de los recursos humanos de la Administración Pública¹⁶⁰¹. Por otra parte, la decisión de articular estas medidas no debería ser fruto de la improvisación del momento sino que debería responder a una planificación previa de la

¹⁵⁹⁹ Respalda esta opinión, por otros, RAMOS MORAGUES, F: “Incidencia de...op.cit.,pág.154-155; ROQUETA BUJ, R.: “La aplicación de la reforma...op.cit.; BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “RDley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los arts.51 y 52.c ET?”, <https://ignasibeltran.com/2022/01/27/rdley-32-2021-y-derogacion-de-la-da-16a-et-las-administraciones-publicas-pueden-despedir-por-la-via-de-los-arts-51-y-52-c-et/> (visitado 28/1/2022)

¹⁶⁰⁰ Para PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*, pág.205, “la movilidad es una asignatura pendiente y su condicionamiento por la vía de las estructuras formales es algo que no se compadece con la forma de prestar los servicios en la actualidad”.

¹⁶⁰¹ Indica QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág.66, “las RPT se configuran como un instrumento para que las Administraciones Públicas ejerzan sus funciones de dirección y organización del trabajo...” CAMPOS ACUÑA, C. en su ponencia en el Congreso de empleo público y sistemas de selección. Especial referencia a los interinos, Universitat de Valencia, 13-14 de diciembre de 2021

<https://adriantodoli.com/2022/01/11/video-ponencias-del-congreso-empleo-publico-y-sistemas-de-seleccion-y-consolidacion-de-personal-especial-referencia-a-los-interinos/> (visitada 3/2/2022), advierte de la infrutilización de esta herramienta de gestión en el empleo público. Están llamadas a ser herramientas prácticas y aplicativas y no meras proyecciones petrificadas de progresión personal y de modificación retributiva. No están únicamente al servicio de las personas que forman parte de la organización sino que tiene que dar respuesta a la previsión de la incorporación de personas a través de la OEP. Habría de articularse sobre la base de la detección de las necesidades objetivas de personal de un determinado ámbito de la Administración y no atender a las presiones de agentes políticos o sindicales.

gestión de los empleados de la correspondiente Administración Pública¹⁶⁰². En este sentido, el EBEP señala que el objetivo de la planificación de recursos humanos es contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia¹⁶⁰³ en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción

¹⁶⁰² Como analiza JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág.61, “la legislación de empleo público va un paso más allá de la legislación laboral, ya que esta no exige, en principio, que para la adopción de determinadas medidas de movilidad funcional o geográfica, de modificación de condiciones de trabajo o de extinción de la relación laboral por causas objetivas, se deba realizar necesariamente un PORH. Sin embargo, es conveniente y oportuno que cualquier Administración que pretenda llevar a cabo alguna de las medidas indicadas sobre el personal laboral, se dote de un instrumento de planificación que sirva para objetivar las medidas que pretendan poner en marcha y evitar cualquier sospecha de subjetivismo o de aplicación ad personam de las mismas...la Administración Pública puede justificar sus decisiones sobre alguna de estas medidas en base a estos planes...” Planificación que es la asignatura pendiente de nuestras Administraciones Públicas por su escaso uso. Subraya que una Administración necesita contar con una “estrategia adecuada de gestión de su personal” para funcionar correctamente. La finalidad de la planificación ha de ser la de “ajustar de manera previsora el personal disponible a las necesidades de la organización y a un coste razonable...mediando coordinación con los criterios de política económica”. PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación de recursos humanos del personal estatutario de los servicios de salud*, Bomarzo, 2014, pág.46, recuerda la exigencia legal y ética de la Administración de gestionar con planificación previa. SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas” en FUENTETAJA PASTOR, J.A.y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pág.32, advierte que “elaborar y aprobar planes de empleo en las Administraciones Públicas es tarea compleja, que requiere un estudio a fondo de la situación y un gran esfuerzo negociador, así como adoptar decisiones que pueden ser desfavorables para algunos empleados”. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.186, define a la planificación como “la determinación de los objetivos que quiere/debe cumplir una organización y los medios personales y materiales que se necesitan para la consecución de los mismos”. VIDA FERNÁNDEZ, R.: “El modelo de empleo público laboral y su necesaria reforma: instrumentos de racionalización y flexibilidad del empleo público laboral” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.y coord.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015, pág.379, señala, como principal hándicap de la planificación en la Administración, es que debe hacerse “desde la fijación de unos objetivos previos de gestión claros que quiere cumplir la organización...el hecho de que los objetivos suelen ser a muy corto plazo y condicionados a restricciones presupuestarias, son el origen del fracaso”.

¹⁶⁰³ CANTERO MARTÍNEZ, J. en PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*, pág.10, destaca la falta de cultura planificadora en nuestra Administración y destaca el “papel esencial para legitimar la toma de decisiones organizativas y para su racionalización, en la medida en que obliga a la Administración a realizar un análisis de lo que tiene y de lo que necesita o va a necesitar a medio o largo plazo...posibilita también que los derechos del personal, fundamentalmente, derecho al cargo y a la carrera, se puedan hacer compatibles con los intereses de la Administración Pública y, en todo caso, queden subordinados a ella”. Insiste en que “eficiencia no tiene por qué necesariamente equivaler a reducción del gasto a toda costa... es posible que eficacia y eficiencia requieran de un escenario diferente, ...de una mayor inversión en capital humano”. En opinión de PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*, pág. 45, el objetivo de los PORH es la eficacia en la prestación del servicio junto con la eficiencia en la asignación de recursos humanos y, en muchos casos, eso implica racionalización del gasto, el plan no debe tener como finalidad principal la reducción del mismo. La clave residiría en la optimización, que supondría el equilibrio entre la eficacia y la eficiencia – “la optimización que lleva implícita la eficiencia pero impone un límites a los gestores públicos para reducir el gasto por debajo de un nivel mínimo, a partir del cual no puede existir eficacia del servicio público”-.

profesional y movilidad (art.69.1 EBEP)¹⁶⁰⁴. Es por ello que el art. 69.2 EBEP dispone de la existencia de planes de ordenación de recursos humanos (en adelante, PORH).

Se dice de ellos que son sucesores de los “detestados” planes de empleo¹⁶⁰⁵. Los PORH, tras un análisis detenido de la situación, motivando las decisiones a adoptar – relacionadas siempre con la mejora de la eficacia y la eficiencia en el servicio público– articularán las concretas medidas a introducir, que estarán tasadas normativamente, con el fin de conseguir la flexibilidad deseada. Como recuerda la doctrina “*los PORH son mecanismos para materializar la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, al posibilitar a través de ellos, y con el respaldo legal que les otorga su regulación en la ley, unas facultades que tienen capacidad para modificar una situación jurídica concreta*”¹⁶⁰⁶. Potestad de autoorganización que ha de entenderse en términos

¹⁶⁰⁴ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos en un contexto de contención presupuestaria: efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación”, *Revista Vasca Gestión Personas y Organizaciones Públicas*, nº 4, 2013, pág.93, recuerda como el EBEP se aprueba en un contexto de bonanza económica por lo que la planificación de recursos humanos en la Administración Pública, por primera vez, aparece desligada de situaciones de “contención presupuestaria”.

¹⁶⁰⁵ Justifica CANTERO MARTÍNEZ, J. en PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*, pág.11, el poco uso que se ha hecho de los PORH en la “mala prensa” de sus antecesores los planes de empleo, introducidos en la década de los 90 y que se identifican con la crisis económica y con introducción de medidas de ahorro de costes de personal. En el mismo sentido, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para...op.cit.,pág.92, comenta la incorporación de la planificación en la gestión de recursos humanos por parte de la Administración a través de esta norma, se vincula exclusivamente con medidas anticrisis que pretendían el redimensionamiento del empleo público, principalmente. Es un error identificar la planificación con el objetivo de redimensionar plantillas en escenarios de contención fiscal.

Justifica la existencia de estos planes de empleo - *Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo*, que modifica el art.18 LMRFP, por la necesidad de articular medidas que, a partir de la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, mejoren el rendimiento de los recursos humanos de la Administración sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia, optimizando los costes de personal. Se configuran como instrumentos esenciales para el planteamiento global de las políticas de recursos humanos de las distintas organizaciones administrativas y tratan de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia Administración con el fin de incrementar la eficiencia de la misma. Así pueden elaborar planes de empleo que contendrán las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito a que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. Podrán incluir previsiones sobre modificación de estructuras organizativas y de puestos de trabajo; suspensión de incorporaciones de personal externo; reasignación de efectivos de personal; establecimiento de cursos de formación y capacitación; autorización de concursos de provisión de puestos limitados al personal de los ámbitos que se determinen; medidas de promoción interna; prestación de servicios a tiempo parcial; necesidades adicionales de recursos humanos que habrán de integrarse, en su caso, en la OEP.

¹⁶⁰⁶ Así lo recuerda PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*,pág.34, quien cita la interesante STS C-Advo 18/9/2013 rec. 1931/2012. En dicha resolución judicial, citando otras como SSTs 24/10/2012 y 7/11/2012, se aclara que el PORH es la herramienta legalmente prevista para que la Administración ejercite su potestad autoorganizativa mediante la planificación global de sus efectivos personales. Esa planificación comprende, tanto la determinación de los objetivos que con tales efectivos se quieren alcanzar en orden a las necesidades o intereses generales a cuya atención está dirigido el correspondiente servicio, como la fijación del número y estructura de personal que se consideren idóneos para tales objetivos y, también, las medidas que resulten necesarias para llegar a tal número y estructura... Debido a la discrecionalidad que es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración tiene

muy amplios pero nunca tanto que incurran en la arbitrariedad prohibida por el art.9.3 CE, como también ha destacado la Jurisprudencia¹⁶⁰⁷. Enfatiza la doctrina administrativista que “una de las finalidades principales de la planificación es objetivar las medidas que se adopten. Donde hay un instrumento de planificación, buen diagnóstico, así como un conjunto articulado y razonable de medidas, la Administración Pública puede tomar decisiones objetivas que no podrán ser cuestionadas jurídicamente”¹⁶⁰⁸.

Se ha subrayado que el “contenido normativo” de estos planes ha de ser muy ligero, muy abierto, previendo reglas básicas sobre los instrumentos a utilizar para conseguir los objetivos del plan, dado que debe poder ofrecer versatilidad y flexibilidad¹⁶⁰⁹. Suelen recoger una memoria que analiza la situación del empleo público en la Administración Pública correspondiente, unos objetivos a alcanzar, las medidas que se proponen para lograrlos y una temporalización de los mismos. Las medidas que pueden introducirse por las Administraciones Públicas¹⁶¹⁰, tras la aprobación de PORH incluirán, entre otras, el

una amplia libertad para apreciar las necesidades que ha de subvenir dentro del ámbito de sus competencias y, consiguientemente, para definir, en función de las mismas, esos objetivos y medidas en materia de personal que antes se han mencionado...

¹⁶⁰⁷ En FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo...op.cit.*, Vid por otras, STS C-Advo 13/11/2012 rec.5887/2011 en la que se indica que, la elección, de entre las posibles, de la concreta medida o medidas con que la Administración pretende hacer frente a un problema de gestión de sus recursos humanos, con la única finalidad de garantizar la correcta y necesaria prestación a los administrados de un determinado servicio público, es una cuestión que se ubica en el ámbito de la potestad de autoorganización con la que cuenta la Administración para cuyo ejercicio dispone de un amplio margen de discrecionalidad, en la medida en que tal ejercicio sea respetuoso con los derechos fundamentales consagrados en la CE y el resto del ordenamiento jurídico.

¹⁶⁰⁸ La motivación es fundamental en caso de un posible control judicial posterior de la actuación de la Administración. Por otros, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para modernizar...op.cit., pág.93.

¹⁶⁰⁹ En relación con el carácter dinámico y flexible de los mismos puede consultarse JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para...op.cit.,pág.92; PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*,pág.51.

¹⁶¹⁰Para JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,pág.62, el contenido concreto dependerá de las políticas públicas que se pretenda implantar y de la cartera de servicios públicos de cada Administración Pública. Como mínimo incluirá un análisis de la situación de los empleados públicos; una memoria justificativa de las medidas a adoptar un informe económico financiero de los gastos y ahorro que se pretenden alcanzar y una enumeración de las medidas concretas para conseguir los objetivos que se pretenden. Como cualquier planificación, la adopción de esas medidas deberá acompañarse de una temporalización y de algún sistema o método de control que permita comprobar el cumplimiento de los objetivos. Señala que el EBEP regula la planificación de recursos humanos de una manera muy flexible, pudiendo ésta consistir en muy diferentes modalidades de planes a elección o decisión de la Administración que deba aplicarlos, con muy diversa nomenclatura – así se refiere a planes estratégicos de recursos humanos, de ordenación, de optimización, de racionalización, de reasignación de efectivos, planes operativos, planes de ajuste, ...- Planificación que debería ser el fruto de la negociación colectiva, - aunque no necesariamente en detalle, sí en sus aspectos esenciales -lo que puede deducirse de la lectura de las materias objeto de negociación del art.37.c y m EBEP: provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y planes e instrumentos de planificación de los recursos humanos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a las condiciones de trabajo de los empleados públicos – vid, por otros, GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág.111 y 112. A mayor abundamiento vid PÉREZ

análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismo; previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo; medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen; medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa o la previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la OEP (art.69 EBEP) .

Finalmente cabe señalar que el PORH no puede ser entendido como una suerte de expediente de regulación de empleo en el ámbito del empleo público. Por mucho que pueda contemplar la existencia de medidas de flexibilidad interna, como por ejemplo la movilidad funcional o geográfica, el primero tiene que ver con la planificación para una mejor prestación de los servicios públicos en el futuro, con la deseable eficacia y eficiencia que siempre debe presidir la actuación de la Administración Pública. El expediente de regulación de empleo, por su parte, no suele ser un mecanismo cuya implantación se haya planificado previamente en la política de la empresa sino que pretende hacer frente, normalmente, a una situación imprevista de crisis o de dificultad empresarial lo que suele abocar al empresario a su aplicación para la viabilidad o mejora de su empresa¹⁶¹¹.

2. Aproximación al art.83 EBEP.

Para el Derecho Administrativo, hablar de flexibilidad interna es hacerlo de instituciones como la provisión de puestos de trabajo o la movilidad¹⁶¹² – o incluso de carrera profesional-. Hasta la publicación del EBEP, la provisión y movilidad de los empleados públicos laborales se regía por el ET, de este modo resultaba de aplicación lo dispuesto por la negociación colectiva, en el marco de lo que le permitía la citada norma

CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*,pág. 69 y ss, recuerda la necesidad de previa negociación colectiva de buena fe, lo que no implica el llegar a acuerdos, para la validez del PORH. JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,pág.61, debería negociarse “no solo las normas o criterios generales, sino también...las diferentes medidas que se pretendan aplicar a través de la aprobación del correspondiente instrumento de planificación”.

¹⁶¹¹ A juicio de PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación...op.cit.*,, pág. 36, esta confusión tiene origen en el uso desviado de los PORH para introducir puntualmente medidas de flexibilidad en la gestión de los mismos, sin vinculación con una política coherente de planificación de los mismos.

¹⁶¹² La provisión de puestos de trabajo y la movilidad están muy conectadas como estudia, por otros, de ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de puestos...op.cit.,pág.835.

laboral¹⁶¹³. Si quería aplicarse el régimen funcional de provisión y movilidad al personal laboral, era preciso que así se hubiera contemplado expresamente en el convenio colectivo aplicable. Esta situación se ve alterada tras la publicación del EBEP al disponerse, en su art.83 EBEP, que *la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.*

En su redacción se observa que se utiliza la expresión “movilidad”, sin especificar si se trata de movilidad geográfica o funcional, ni mencionar expresamente la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo. Asimismo, de nuevo, y para una materia concreta, parece alterarse el esquema de fuentes que para la relación laboral de empleo público establece el art.7 EBEP – en este orden, EBEP, legislación laboral, convenio colectivo, contrato-, invirtiendo la preferencia de la legislación laboral sobre el convenio, clásica del Derecho del Trabajo. Por otra parte, en materia de clasificación profesional – conectada irremediabilmente con la movilidad funcional - se produce una remisión a la legislación laboral (art.77 EBEP).

Nos encontramos con un precepto que no deja demasiado claro cuál sea el régimen aplicable a la movilidad del personal laboral por lo que las interpretaciones doctrinales sobre el mismo no son unánimes¹⁶¹⁴. Mayoritariamente, en una lectura literal del art.83 EBEP, se entiende que primero hay que aplicar el convenio colectivo, excluyendo la aplicación de la legislación laboral – de los art.39 y 40 ET- y de manera supletoria acudir a lo dispuesto en el EBEP para los funcionarios públicos¹⁶¹⁵. Esto es, el convenio

¹⁶¹³ Indica ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.13, que las Administraciones disponían de mayor flexibilidad en la gestión de sus empleados laborales que en el caso de los funcionarios ya que contaban con “*amplias facultades para organizar y dirigir el trabajo, sin trabajas, ni rigideces. Así con los efectivos de que disponían podían atender los aumentos ocasionales o extraordinarios de la carga de trabajo que pudieran producirse, no teniendo que recurrir a la contratación temporal o a la externalización, de existir personal infrautilizado...*”

¹⁶¹⁴ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*, pág.556, apunta que “*la duda interpretativa es si los preceptos contenidos en el ET se aplican al personal laboral de la Administración, sobre la base de que estos constituyen un mínimo imperativo para la negociación colectiva; o si por el contrario se sigue una interpretación literal del EBEP, en base a la cual, ante la ausencia de regulación convencional se aplicará directamente los art.78-84 EBEP y no el ET*”.

¹⁶¹⁵ Es de esta opinión LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.311 y 317 ss. Pero no es compartida por RIVAS VALLEJO, P.: “Provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral” en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, 2008, pág.831, dado que “*el art.83 EBEP se refiere solo a la ordenación de los puestos de trabajo y a la concreción de dicha movilidad, no a su régimen jurídico que en todo caso ha de quedar sujeto al ET...*”

colectivo podrá decidir la aplicación o bien de lo dispuesto en la normativa laboral o bien en la funcionarial¹⁶¹⁶.

Esta preferencia del art.83 EBEP por lo convenido colectivamente y, en su defecto, de lo regulado en el EBEP para el empleado público funcionario, eludiendo cualquier referencia a la normativa laboral, obedecería a la intención del legislador de “*sujetar las cuestiones reguladas a criterios comunes para funcionarios y trabajadores de las Administraciones, eliminando las incertidumbres que en algunos temas plantea la aplicabilidad de los criterios laborales*”¹⁶¹⁷. El objetivo del art.83 EBEP sería que “la provisión de puestos de trabajo y traslados de los laborales” tengan la misma “*cobertura que al resto de empleados públicos, aprovechando el enorme grado de detalle alcanzado por el tratamiento de esta cuestión para los funcionarios de carrera, y... es que se establezca esa supletoriedad a modo general, lo que obligará a los redactores de los convenios colectivos... a pronunciarse sobre la idoneidad de la fórmula a elegir sobre la base que en caso de silencio o inconcreción sustantiva entra a operar los mismos procedimientos de provisión de puestos y de movilidad previstos o que operan para el funcionario de carrera, algo que con anterioridad no resultaba posible a menos que hubiera una decisión expresa en ese sentido por parte de los textos convencionales...*”¹⁶¹⁸

Por otra parte, no puede interpretarse la expresión “*en su defecto*” en el sentido de conceder plena libertad al convenio colectivo en la regulación de la movilidad del personal laboral, reemplazando con total libertad lo previsto en la normativa administrativa. La conclusión ha de ser que el convenio colectivo lleva a cabo una concreción de la norma administrativa sobre movilidad para el colectivo de empleados

¹⁶¹⁶ Vid GOERLICH PESET, J.M. Y NORES TORRES, L.E.: “Reestructuración de plantilla en el ámbito de la Administración Local: nuevos problemas interpretativos tras la aprobación del Estatuto Básico”, *Revista Estudios Locales*, nº 112, 2008, pág. 155

¹⁶¹⁷ En opinión de RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de (re)...op.cit.*, pág.190, es un caso de “*fuga del Derecho del Trabajo*”.

¹⁶¹⁸ Indica ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de...op.cit.,pág.855 como “*en vez de respetar el cauce negociador para que se produjera la adaptación a la normativa de funcionarios, el EBEP postula la imposición directa, vía supletoriedad de las reglas que operan para la función pública profesional en esta materia...*” Para ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración...op.cit.*,pág.31, se pretende “*homogeneizar los mecanismos de racionalización de las plantillas de laborales y funcionarios, superándose los inconvenientes que la gestión de personal viene planteando en las unidades en las que conviven ambos colectivos, y los agravios comparativos innecesarios que repercuten en la motivación y el desempeño de los empleados públicos...a esta equiparación se llega escorando la regulación hacia el régimen funcionario,...sin embargo, los convenios colectivos pueden llevar al traste el objetivo unificador del legislador y las pretendidas ventajas en la gestión de personal al establecer regímenes distintos y por lo general más beneficiosos para el colectivo laboral*”.

públicos en régimen de Derecho laboral, “*aplicándose preferentemente las previsiones convencionales por su carácter de normas especiales o más concretas*”¹⁶¹⁹.

Para otro sector doctrinal, la pirámide de fuentes que en esta materia aparentemente plantea la lectura literal del art.83 EBEP - convenio colectivo, supletoriamente normativa sobre movilidad del funcionario de carrera y, en su defecto, la normativa laboral-, no es la adecuada. Y, en su lugar, defiende la aplicación de lo dispuesto, en primer lugar, por las normas laborales estatales y convenios colectivos laborales y, con carácter supletorio, las normas de función pública¹⁶²⁰. Se recuerda que hay que tener presente cuál sea la regulación de estas materias por la norma laboral puesto que “*el sistema de fuentes supedita el convenio colectivo a la ley, por lo que su regulación debe ser respetuosa con los mínimos de derecho necesario*”¹⁶²¹. Se argumenta que la misión del convenio colectivo en esta materia ha de ser la de complementar lo dispuesto en el ET, por lo que carecería de lógica aplicar lo dispuesto en el convenio pero no lo recogido en la norma laboral¹⁶²². Se razona que los convenios colectivos son “*fuentes deudoras del ET que nunca podrán desconocer y que siempre deberán respetar y sustentada por lo que dispone el art.7 EBEP sobre que el personal laboral se rige por la legislación laboral, por lo que entiende que la solución más plausible sea entender que los art.39 y 40 ET nunca quedarán silenciados en este ámbito por cuanto los negociadores sociales siempre deberán tenerlos en cuenta a la hora de redactar las cláusulas convencionales...de igual modo que deberán tener en cuenta que su inactividad en esta materia será suplida por las normas del EBEP*”¹⁶²³. A lo anterior cabría añadir la dificultad que se plantearía ante una regulación incompleta por parte del convenio colectivo porque “*no serían*

¹⁶¹⁹ Vid GOERLICH PESET, J.M. Y NORES TORRES, L.E.: “Reestructuración de plantilla...op.cit., pág. 155. ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.16, entiende que “*no parece razonable que las normas de funcionarios queden relegadas a derecho supletorio, ya que la provisión de puestos de trabajo se somete a los principios de igualdad mérito y capacidad y publicidad y la movilidad no puede desconocer el derecho al puesto de trabajo obtenido por esta vía...*” A HIERRO HIERRO, J.: “La movilidad (voluntaria, forzosa,...)...op.cit.,le sorprende esta interpretación literal del art.83 EBEP, que ignora los art.39 y 40 ET, no contemplando, si quiera, su aplicación supletoria.

¹⁶²⁰ Vid DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales...op.cit.*,pág.107.

¹⁶²¹Vid MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág. 156.

¹⁶²² En DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales...op.cit.*,pág.107. Cree que esta opinión es la acertada HIERRO HIERRO, J.: “La movilidad (voluntaria, forzosa,...)...op.cit.,dado que “*la invocación en este punto del EBEP como norma supletoria nunca podrá ser actualizada, por cuanto el ET constituye un mínimo indisponible para la negociación colectiva que no cabe desconocer o ignorar, y que, si silenciado, habrá de abrir la fuente originaria, y nunca la supletoria, a riesgo de ignorar la regla general contenida en el art.7 EBEP. Afortunadamente el contraste de fuentes es casi siempre innecesario, ya que la generalidad de los convenios optan, bien por remitir a los preceptos del ET sin mayores previsiones, bien por reformular su contenido*”.

¹⁶²³Para BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.634.

normalmente complementarias” las normas convencionales y lo previsto en la normativa funcionarial¹⁶²⁴.

En mi opinión, de la confusa redacción del art.83 EBEP debe deducirse una interpretación integradora de la normativa laboral y la administrativa. Normalmente será el convenio colectivo el que regule estas materias para la relación laboral de empleo público, y a ellos nos remite la literalidad del art.83 EBEP. No obstante, parece obvio que los negociadores tengan que tener presentes las instituciones de flexibilidad del Derecho del Trabajo, al mismo tiempo, que no podrán ignorar ni las limitaciones derivadas del necesario respeto a los principios propios de la actuación de la Administración Pública – en particular, igualdad, mérito, capacidad, publicidad –. Además, como parte negociadora del convenio, a la Administración le interesará acordar un régimen de movilidad lo más próximo al funcionarial para una más homogénea gestión de sus recursos humanos y así evitar agravios comparativos.

3. Herramientas de flexibilidad en el EBEP

Ya se ha adelantado que el legislador que elabora el EBEP no tiene excesiva preocupación por concretar instrumentos de gestión de los recursos humanos que le proporcionen a la Administración Pública flexibilidad interna, probablemente por la percepción de innecesariedad de los mismos en un momento de cierta prosperidad y estabilidad económica. Sensación efímera dado que, en 2008 poco después de la publicación del EBEP, ya se está inmerso en una gran crisis financiera internacional que va a azotar con especial virulencia a España. En esta dura crisis económica nuestro país se va a encontrar con la necesidad de atender a una demanda creciente de servicios públicos, con *“plantillas sobredimensionadas, descompensación en la asignación de efectivos, cargas de trabajo mal distribuidas, carencia de políticas coherentes y razonables de previsión de efectivos,..”*¹⁶²⁵. Unido lo anterior a la exigencia de reducción de gastos públicos, se recurre a la externalización y a la temporalidad del empleo público, como males menores.

¹⁶²⁴ DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales...op.cit.*,pág.107.

¹⁶²⁵Vid JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,, pág.49. Como concluye VIDA FERNÁNDEZ, R.: “El modelo de empleo público...op.cit.,pág.374, *“con la crisis se introducen modificaciones en el EBEP que no tienen el objetivo de adaptar la norma a los objetivos de modernización y eficiencia del empleo público en pro de mejores servicios públicos, sino para reducir gastos de personal mediante la eliminación de derechos en las condiciones de trabajo principalmente de los laborales,..”*

Abordando las concretas vías de flexibilidad interna contempladas en el EBEP se entiende que la movilidad de los empleados públicos, esto es, la posibilidad de cambio o de modificación de las condiciones del puesto de trabajo, es elemento esencial en una Administración que debe ser eficaz y eficiente, por lo que debe poder utilizar los recursos humanos de que dispone para la prestación adecuada de los servicios que la sociedad demanda. La movilidad puede tener lugar con carácter voluntario o forzoso. La voluntaria se articula a través de los procedimientos de provisión ordinaria de puestos de trabajo, incluidas las comisiones de servicio voluntarias. La forzosa obedece siempre a causas objetivas de interés público, pero está limitada por los derechos a la estabilidad funcional y geográfica que la legislación vigente reconoce a los empleados públicos¹⁶²⁶. En la práctica, y a diferencia del empleo en el sector privado, la movilidad voluntaria está ampliamente extendida, pues ha pasado a concebirse como un derecho casi ilimitado del funcionario en el seno de su propia Administración¹⁶²⁷, mientras que la movilidad forzosa tropieza con grandes dificultades y resistencias, que obstaculizan la planificación estratégica de recursos humanos y la correcta distribución del personal. Se llega al punto de que, en ocasiones, una Administración no puede recurrir a personal excedente en ciertas áreas o unidades para cubrir las necesidades surgidas en otras. Esto último lleva frecuentemente a las Administraciones Públicas a contratar personal temporal o a la externalización de servicios y actividades, como solución más simple.

El capítulo III EBEP (art.78 y ss), bajo la denominación “*provisión de puestos de trabajo y movilidad*” es el destinado a regular las modalidades de movilidad voluntaria y forzosa dentro de la Administración Pública. Explícitamente bajo la expresión de “*movilidad*”, esta norma delinea un esquema básico¹⁶²⁸ en sus art.81¹⁶²⁹, 82 y 84 EBEP,

¹⁶²⁶ Vid Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005.

¹⁶²⁷ Resulta excepcional que la Administración Pública impida el traslado de sus empleados públicos.

¹⁶²⁸ BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.606, advierte de que, frente al peligro de que el sistema se petrifique ante la inamovilidad funcional y geográfica de los empleados públicos, el EBEP apuesta por atribuir a las Administraciones “*potestades para variar determinados aspectos de la relación estatutaria o laboral y garantizar de este modo la flexibilidad del diseño estructural del empleo público y la posibilidad de actualizarlo a las cambiantes necesidades del servicio*”.

¹⁶²⁹ En palabras de PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.180, “*la regulación del art.81 EBEP admite fórmulas de mayor flexibilidad que la vinculación entre puesto de trabajo y la provisión de puestos de trabajo que tradicionalmente ha vinculado ambos de una forma tal que la movilidad funcional quedaba prácticamente limitada a la movilidad voluntaria en el marco de los concursos...la concepción que late en el EBEP es todavía demasiado rígida aunque las normas de desarrollo podrían establecer un marco mayor de flexibilidad...la flexibilidad exige una concienciación del conjunto de la organización, una voluntad conjunta y decidida de apostar por otras formas de gestión en aras de la eficacia y de la solvencia de la organización en cuestión y una visión de conjunto que despeje la concepción patrimonialista, gremial y estanca que, tan a menudo, preside la gestión pública...*”

al que habrá que añadir el art.73.2 EBEP. El EBEP plantea un esbozo, que será desarrollado por las diferentes normas de función pública¹⁶³⁰, con el que se quiere ganar en eficiencia y equidad, confiando en que, más tarde o temprano, se traduzca en una mejora de los servicios¹⁶³¹. Su intención es establecer instrumentos de colaboración que faciliten la movilidad voluntaria de los funcionarios entre distintas Administraciones, lo que constituye una justa y extendida reivindicación de los empleados públicos. Se advierte, además, de que es preciso flexibilizar las reglas de movilidad funcional y, en su caso, geográfica, del personal por necesidades del servicio¹⁶³², con las oportunas garantías y compensaciones, cuando procedan.

3.1. Movilidad voluntaria en el EBEP

La movilidad voluntaria es un derecho que no se reconoce expresamente en el ET pero sí se contempla para los empleados públicos, funcionarios de carrera, en el art.81.1 EBEP¹⁶³³. En el EBEP, puede decirse que la movilidad voluntaria se manifiesta tanto bajo el calificativo de “provisión de puestos de trabajo” como propiamente de “movilidad”.

Como ya se ha adelantado, cuando la Administración Pública tiene necesidad de mano de obra, porque tiene un puesto de trabajo vacante, puede decidir su supresión, convocarlo a libre acceso o cubrirlo mediante mecanismos de provisión interna de puestos de trabajo. Coloquialmente podría afirmarse que se utiliza la expresión “*provisión*” en referencia a las posibilidades que tiene la Administración Pública para proceder a la cobertura de las vacantes de puestos de funcionarios de carrera por medio de otros

¹⁶³⁰ El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, de 25 de abril de 2005, propone que las leyes que regulen la función pública de las distintas Administraciones determinen, en su caso, los límites funcionales de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos, pudiendo facultar a las Administraciones competentes para que limiten la participación en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo a los empleados de determinadas áreas funcionales o sectores de actividad. Las referidas leyes han de regular, asimismo, los supuestos y procedimientos de movilidad forzosa, que en todo caso deben respetar las retribuciones de los funcionarios, sus condiciones esenciales de empleo y el derecho a un puesto de trabajo al que puedan desplazarse desde su residencia en un tiempo razonable.

¹⁶³¹ Para RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de...op.cit.*,pág.194, la Administración pública debe motivar toda decisión de movilidad en las necesidades del servicio, “*concepto jurídico indeterminado de no difícil justificación siempre y cuando redunde en la optimización de los recursos humanos*”.

¹⁶³² Para MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste...op.cit.,pág.71, implica que la Administración “*exponga y constate la existencia de una necesidad objetiva, a través de resolución motivada que justifique la proporcionalidad de la medida adoptada, sin que se considere aceptable una invocación genérica de las necesidades de servicio que en cada caso habrá de concretarse con datos objetivos*”.

¹⁶³³ Derecho al traslado que no se recoge en el art.14 EBEP. Reconoce PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.457, que “*la posibilidad de cambio de puesto de trabajo dentro de la misma Administración Pública es uno de los derechos básicos que han conformado la relación funcional...*”

funcionarios de carrera¹⁶³⁴; esto es, la dotación de plazas vacantes a través del traslado o de la movilidad de otros funcionarios de carrera. La provisión de puestos de trabajo está fuertemente entrelazada con el concepto de movilidad, pero también con los de promoción o situación administrativa y, en la práctica, hablar de provisión de puestos de trabajo es hablar de movilidad funcional y/o geográfica.

El art.78.1 EBEP dispone que las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad e igualdad. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo mediante los procedimientos de concurso y libre designación con convocatoria pública (art.78.2, 79 y 80 EBEP)¹⁶³⁵. El concurso es el mecanismo normal de provisión de puestos de trabajo y, en teoría, el más objetivo porque consiste en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos de carácter técnico. En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración y con las garantías inherentes a dicho sistema (art.79.1, 2 y 4 EBEP)¹⁶³⁶.

La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto; por lo tanto, no puede ser el medio habitual de provisión de puestos de trabajo por respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Como no todas las vacantes pueden ser provistas por libre designación, se remite a las leyes de Función Pública, en desarrollo del EBEP, el establecimiento de los criterios para determinar los puestos que, por su especial responsabilidad y confianza, puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública. Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente¹⁶³⁷. En este caso, se les deberá

¹⁶³⁴ GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L.: *Manual básico...op.cit.*pág.158.

¹⁶³⁵ Vid también art.20.1 *LMRFP*. SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Ajustes y reformas...op.cit.,pág.31, repara en el exceso de rigidez y pauta en los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo *“que ha propiciado como respuesta una ampliación inmoderada de los supuestos de provisión mediante libre designación y la utilización anómala de otras formas de movilidad teóricamente forzosa, como las comisiones de servicios y las adscripciones provisionales”*.”

¹⁶³⁶ Vid art.39-50 *RGIPP*.

¹⁶³⁷ Cese discrecional del funcionario de carrera (art. 58 *RGIPP*) no significa cese libre, como sí ocurre con el personal eventual. En la STS C-Advo 12/4/2021 rec.6840/2018 se resuelve que el contenido del deber de motivación exigible en las resoluciones administrativas que determinan el cese de funcionarios en

asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema (art.80.1, 2 y 4 EBEP)¹⁶³⁸.

Aún siendo concurso y libre designación los procedimientos normales u ordinarios de provisión de puestos de trabajo¹⁶³⁹, el art.78.3 EBEP no cierra la puerta a otros supuestos de provisión, que se han calificado de extraordinarios, y por ello remite a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP el establecimiento de otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad del art.81.2 EBEP¹⁶⁴⁰ – movilidad por necesidades de servicio o funcionales, con o sin cambio de lugar de residencia, que pueden ser también forzosas -, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos¹⁶⁴¹.

Prosiguiendo con la movilidad voluntaria, el art.81.1 EBEP dispone que cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios

puestos de libre designación consiste en expresar que las razones de oportunidad basadas en la confianza e idoneidad apreciada para el puesto y que llevaron al nombramiento ya no concurren o, si concurren, que otra circunstancia objetiva determina la pertinencia del cese, sin que sirvan para ello expresiones opacas, estandarizada o ajenas a los requerimientos del puesto o a las exigencias de idoneidad profesional que llevarán al nombramiento. Se recuerda que el funcionario de carrera no tiene un derecho incondicionado a permanecer en el puesto de libre designación, pero sí le asiste el interés legítimo a no ser privado del mismo al margen de las previsiones legales y, en particular, tiene derecho a que se le explique las razones de su cese de manera que pueda combatirlas. Razones que no pueden consistir en el mero criterio del titular del órgano competente o en el hecho de que sea sustituido por otro. A mayor abundamiento vid ALIAGA RODRÍGUEZ, R.: “Los motivos en los ceses de...op.cit.

¹⁶³⁸ Art.50-58 RGIPP.

¹⁶³⁹ Art.36.1 RGIPP.

¹⁶⁴⁰ ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de...op.cit.,pág.806, niega que se esté ante un sistema de lista abierta o ejemplificativa: “los legisladores sólo pueden regular esos procedimientos, exclusivamente y no otros; lo cual es sorprendente, pues se admite la diversidad pero no la innovación en el contexto de la diversidad con nuevos procedimientos que puedan idear los distintos legisladores...pero a la vez, este precepto, no prevé que se regulen de modo obligatorio sino sólo si a los legisladores les parece oportuno...sólo en caso de optar por regularlos se les impone entonces las causas previstas y los modos de provisión subsiguientes, si bien...la libertad de conformación normativa que permite el EBEP es amplísima...” El RGIPP regula “otras formas de provisión” incluyendo bajo esta denominación a la redistribución de efectivos, la reasignación de efectivos, el cambio de adscripción, el reingreso al servicio activo, la adscripción provisional, la comisión de servicios, las misiones de cooperación internacional, la atribución temporal de funciones, la movilidad por razones de salud y la movilidad de la funcionaria víctima de violencia de género (art.59 a 66 ter RGIPP).

¹⁶⁴¹ Los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por concurso podrán ser removidos por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto, realizada a través de las RPT, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto (art.50.1 RGIPP). En los casos de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración, con las garantías inherentes de dicho sistema (art.79.4 EBEP).

públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos¹⁶⁴². Luego se concilia la voluntariedad del funcionario al solicitar el ejercicio de su movilidad con la mejor atención de los servicios públicos conjugando el derecho a la movilidad con las necesidades de la organización pública – *“favorecer la adaptación de las necesidades de las organizaciones a las plantillas y demás instrumentos de ordenación de recursos humanos”*¹⁶⁴³–.

No se especifica qué tipo de movilidad es - si funcional o geográfica - y, a la postre, se tratará de una mejora de la prestación de los servicios públicos, que debe llevarse a cabo a través de un PORH. Obsérvese que el EBEP, en esta materia como en tantas otras, es tan solo un marco básico ya que corresponderá a la normativa que se apruebe en desarrollo de este precepto en cada Administración Pública¹⁶⁴⁴. En cuanto a las fórmulas de provisión de puestos de trabajo a través de los cuales se suele hacerse realidad esta movilidad voluntaria pueden enumerarse el concurso y la libre designación (art.78.2, 79 y 80 EBEP) y otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el art. 81.2 EBEP- permutas entre puestos de trabajo (art.62 *Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado*)¹⁶⁴⁵, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario (art.78.3 EBEP y art.66 bis RGIPP), reingreso al servicio activo (art.62 RGIPP), cese o remoción

¹⁶⁴²En relación con el art.69.2.c EBEP. BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.608, cree que con esta redacción *“se trata de limitar la excesiva movilidad voluntaria interna, funcional y/o geográfica de los funcionarios, que ha acabado por caracterizar al modelo en vigor y que deriva del principio de adscripción indistinta de los funcionarios a los puestos de trabajo establecida por la LMRFP y realizar una mejor asignación de los efectivos facilitando el trasvase de funcionarios excedentes de otras áreas, departamentos, unidades o sectores a otros más deficitarios y con mayores necesidades de personal...”*”

¹⁶⁴³ Vid MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág. 73. Sostiene PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,, pág.195, *“el personal suele haber encontrado su ubicación territorial y cualquier cambio en la misma suele ir vinculada al progreso o ascenso profesional...es complejo que de forma voluntaria y sin mejora retributiva de ningún orden se produzca un movimiento que solvente los problemas de ubicación territorial del efectivo...”*

¹⁶⁴⁴ Para BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.609, se pierde la ocasión para que el legislador estatal concretase ciertos aspectos o límites de este tipo de movilidad ya que se corre el riesgo de encontrar regulaciones administrativas muy diferentes en las leyes de desarrollo. Cuestiona *“la conveniencia de dejar al albur de la Administración, por medio de la aprobación de normas reglamentarias y actos administrativos que puedan dictarse, la regulación de los traslados de los funcionarios una materia de tanta trascendencia por afectar a la movilidad, al cargo y a la carrera profesional...”*”

¹⁶⁴⁵ La normativa aplicable exige que los puestos de trabajo sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión; que los funcionarios que cuenten, respectivamente, con un número de años de servicio que no difiera entre sí en más de cinco, que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos. En el plazo de diez años, a partir de la concesión de una permuta, no podrá autorizarse otra a cualquiera de los interesados. No podrá autorizarse permuta entre funcionarios cuando a alguno de ellos le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa.

en los puestos de trabajo y supresión de los mismos (78.3 EBEP) -, que podrán establecer las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del EBEP (art.78.3 EBEP). A los anteriores cabría añadir la comisión de servicios voluntaria (art.64 RGIPP)¹⁶⁴⁶.

Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, el art.84 EBEP recoge supuestos de movilidad voluntaria interadministrativa, esto es, entre distintas Administraciones Públicas¹⁶⁴⁷, de las que expresamente no reconoce su carácter voluntario o forzoso. Este supuesto, que entendemos resultaría muy interesante, tanto para optimizar recursos humanos como para contener gasto público, es una posibilidad escasamente explorada por las reticencias entre unas y otras Administraciones Pública que piensan en sus organizaciones como “cotos” cerrados¹⁶⁴⁸.

¹⁶⁴⁶Cuando un puesto de trabajo quede vacante podrá ser cubierto, en caso de urgente e inaplazable necesidad, en comisión de servicios de carácter voluntario, con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la RPT.

¹⁶⁴⁷ Art.67-69 RGIPP. La legislación previa al EBEP permite esta movilidad interadministrativa de acuerdo con lo que establezcan las RPT. En la práctica, las posibilidades de movilidad no son demasiado amplias, pues muchas Administraciones exigen como requisito para el desempeño de puestos de trabajo tener la condición de funcionario o contratado de la propia Entidad.

¹⁶⁴⁸ El *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* reconoce que aumentar las posibilidades de movilidad no es una preferencia general, ya sea por el interés de los empleados de cada Administración de reservarse las oportunidades de carrera en la misma, ya sea porque algunas entidades, en particular locales, temen que otras multipliquen sus ofertas de trabajo abiertas y que sus empleados puedan concurrir a ellas abandonando la Administración de origen. Asimismo, cada Administración prefiere contar con el personal que ella misma ha seleccionado y formado, dado que no es posible determinar a priori que el de otras entidades reúne requisitos semejantes de competencia, capacidad y formación. Asignatura pendiente de las relaciones entre Administraciones Públicas, para MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de...op.cit.*,pág.74. En esta línea, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.161, destaca la “oposición y resistencia de los funcionarios de cada Administración, apoyados por sus organizaciones representativas, a aceptar estos concursos abiertos. Resistencia que se suele fundamentar en las diferencias que existen entre unas y otras Administraciones en cuanto a las condiciones de acceso y las exigencias de la carrera, que impedirían valorar los méritos de todos los candidatos en condiciones de igualdad...” Para JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público” en DEL REY GUANTER, S.(Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág.58, “Dada la debilidad endémica del empleador, y en algunas ocasiones la escasa formación y sentido de la responsabilidad pública de los negociadores, los sindicatos han ido arrancando en el sector público condiciones de trabajo mucho más favorables a las existentes en el sector privado, prevaleciendo de esa posición de ventaja que ofrece negociar con alguien que sólo busca la “paz social” y no le preocupan los costes indirectos...los propios sindicatos deben repensar su papel en el sector público, un papel que se limita a defender a los “trabajadores”...el traslado del esquema de fuentes del sector privado al sector público en lo que es la negociación colectiva ha terminado por difuminar cuál debe ser el papel de esos sindicatos cuando de salvaguardar los intereses de todos los ciudadanos se trata. Repensar el rol supone situar en el centro de atención más al ciudadano que al empleado público..., concebir al empleado público más como “servidor público” que como trabajador convencional...” ARROYO YANES, L.M.: “Las plantillas orgánicas...op.cit.,pág. 288, su aplicación se presenta en términos “de gran dificultad debido a la sobreprotección que las organizaciones locales ejercen sobre sus empleados y a que el personal exógeno no puede vencer las cortapisas y barreras que aparecen a la hora de redactar, salvo excepciones muy concretas, para que la cobertura de puestos de trabajos quede abierta a personal proveniente de otras corporaciones locales”. Para BLASCO JOVER, C.:

Tanto la vía del art.81.1 como la del art.84 EBEP son posibilidades poco exploradas, a mi entender, por las entidades públicas y que podrían ser una vía para reconducir los posibles excedentes de empleados públicos a zonas con déficit de los mismos. Medidas de este tipo podrían contribuir a corregir otro de los grandes problemas de nuestro país, la despoblación por falta de oportunidades de empleo pero también por carencia de servicios públicos.

En el art.82 EBEP se contemplan tres supuestos de movilidad voluntaria que simplemente van a mencionarse, en un caso por violencia de género, violencia sexual y, violencia terrorista. A diferencia de los anteriores, las razones que motivan esta movilidad tienen que ver con el derecho a proteger su integridad física o psíquica o a la asistencia social integral y no con necesidades de la Administración Pública empleadora¹⁶⁴⁹. En estos supuestos, la Administración Pública competente estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que el interesado expresamente solicite. Incluye la movilidad geográfica, considerándose como un traslado forzoso, por lo que se generarán para la víctima las indemnizaciones previstas para estos supuestos.

3.2. Movilidad forzosa en el EBEP

A efectos de otorgar flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos, sin duda, son las herramientas de movilidad forzosa las que más pueden interesar a la Administración Pública, medida de la que ésta hace esporádico uso, sobre todo cuando implica además movilidad geográfica. Lo que se explica en parte por las resistencias derivadas de la creencia o, incluso, la opinión popular, aún no superada, de que el funcionario de carrera es “titular o propietario” de su plaza porque goza de una inamovilidad absoluta en su puesto de trabajo¹⁶⁵⁰. Y además por la lógica oposición de las organizaciones sindicales a la aplicación de estas medidas a los funcionarios de cuyos votos dependen y cuyos intereses defienden.

En el art.73.2 EBEP nos encontramos con un supuesto de movilidad funcional ordinaria, aplicable tanto al personal funcionario como laboral, al disponer que las

“Especialidades en relación...op.cit.,pág.631, una norma básica debería determinar un mínimo de vacantes a proveer por convocatorias abiertas u optar por una regla que prohíba limitar cualquier convocatoria a empleados de la propia Administración convocante y debería contemplarse la existencia de algún tipo de estímulos o incentivos.

¹⁶⁴⁹ En el epígrafe de este art.82 EBEP se menciona la violencia sexual pero después no se dice nada de ella en el contenido del precepto.

¹⁶⁵⁰ PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*,pág.474.

Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen – no específicamente recogidas en la RPT -, siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones¹⁶⁵¹. Luego observamos que se exige un requisito causal pero no se precisa del consentimiento del empleado público afectado. Aquí tendrían encaje, por ejemplo, la atribución temporal de funciones (art.66 RGIPP)¹⁶⁵² o la comisión de servicios forzosa (art.64.2 RGIPP)¹⁶⁵³. Se trata de un supuesto de ejercicio del poder de autoorganización de la Administración equivalente a la movilidad funcional interna dentro del mismo grupo profesional del art.39.1 ET.

Otro supuesto de movilidad forzosa se encuentra en el art.81.2 EBEP, precepto que recoge la posibilidad de que las Administraciones Públicas, de manera motivada, puedan trasladar a sus funcionarios a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino. Estamos ante movilidad forzosa supeditada a necesidades del servicio o funcionales, que exige el respeto de sus retribuciones y a las condiciones esenciales de trabajo, y que conlleva la modificación, en su caso, de la adscripción del puesto de trabajo del que sean titulares. Esta posibilidad – supuesto de movilidad dentro de la misma localidad-, aunque no contemplada expresamente en la legislación laboral, se entendería incluida asimismo dentro del poder de dirección del empresario¹⁶⁵⁴ y podría tener reflejo expreso en la negociación colectiva, habiendo de recogerse en el PORH. Se ha advertido que este precepto recoge una concepción muy amplia de movilidad

¹⁶⁵¹ Para MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste...op.cit.,pág.66, estamos ante “*un supuesto de ampliación de tareas que no supone cambio de puesto de trabajo pero que puede provocar un alargamiento del contenido funcional del puesto...pueden asignársele funciones que consistan en meras extensiones que no alteren el contenido del puesto o adiciones significativas con incorporación de nuevas responsabilidades que permitan enriquecer el contenido del puesto de trabajo en términos de complejidad, autonomía e importancia técnica...*”

¹⁶⁵²Caso claro de movilidad funcional previsto para casos excepcionales, en los que puede atribuirse a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estén asignadas específicamente a los puestos incluidos en las RPT, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tengan asignadas dichas tareas. Continuarán percibiendo las retribuciones correspondientes a su puesto de trabajo, sin perjuicio de la percepción de las indemnizaciones por razón del servicio a que tengan derecho, en su caso.

¹⁶⁵³Que podrán acordarse cuando, celebrado concurso para la provisión de una vacante, ésta se declare desierta y sea urgente para el servicio su provisión. En ese caso podrá destinarse con carácter forzoso al funcionario que preste servicios en el mismo Departamento, incluidos sus Organismos autónomos, o Entidad Gestora de la Seguridad Social, en el municipio más próximo o con mejores facilidades de desplazamiento y que tenga menores cargas familiares y, en igualdad de condiciones, al de menor antigüedad. Tendrán carácter temporal.

¹⁶⁵⁴ En LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*, pág.319.

intraadministrativa pues plantea la movilidad al *“conjunto administrativo compuesto no sólo por las organizaciones centrales de cada entidad, sino también por organismos públicos vinculados y dependientes y demás órganos en los que pueden lícitamente prestar servicios los empleados públicos”*¹⁶⁵⁵. No se indica expresamente que estemos ante una movilidad funcional o geográfica, aunque fácilmente se deduce que engloba a ambos tipos de movilidad por lo que indica el último fragmento del art.81.2 EBEP al disponer literalmente que *“cuando, por motivos excepcionales, los PORH impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados”*¹⁶⁵⁶. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos, en este caso estaríamos ante movilidad geográfica forzosa.

Recuerda la doctrina que la adopción de medidas de movilidad forzosa queda limitada a que dicha medida se contemple en un PORH. Otro límite es el respeto de las retribuciones y condiciones esenciales¹⁶⁵⁷ del respectivo puesto de trabajo del funcionario afectado por el traslado y, que se proceda al *“abono de las indemnizaciones que procedan por traslado forzoso cuando el nuevo destino no esté situado en el mismo municipio en el que se había obtenido el puesto de trabajo”*. En todo caso, aunque la norma hable de existencia de PORH, de motivos excepcionales y del derecho a indemnizaciones de los afectados por la movilidad geográfica forzosa, se echan de menos *“límites y garantías similares a las previstas en el art.40 ET”*¹⁶⁵⁸.

Encajarían en este precepto, de redacción tan amplia, las técnicas de adscripción definitiva y de carácter forzoso por decisión de la Administración como la redistribución

¹⁶⁵⁵Como reconoce BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit., pág.622, el traslado *“puede ser a cualquier oficina de la Administración, tanto a sus organismos centrales como periféricos”*. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de...op.cit.,pág.197*.

¹⁶⁵⁶ Como *“nada se indica cuándo hay concurrencia de funcionarios que quieran trasladarse o cuando todos rechacen tal posibilidad”*, para BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.622, *“habrá que estar a lo que establezcan los PORH pero si no tal vez atender a criterios objetivos como mayor o menor antigüedad en el puestos, mayor o menor edad, cargas familiares...”*

¹⁶⁵⁷Nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que *“habrá que atender a las circunstancias del caso concreto pero probablemente se está refiriendo a aquel que sea inherente al cuerpo o escala correspondiente, además de a aspectos tales relacionados como el puesto de trabajo originario, como la retribución, las funciones, duración de jornada, períodos descanso, vacaciones,...”*, a juicio de BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit.,pág.622.

¹⁶⁵⁸En opinión de PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.,pág.474*, la figura del traslado forzoso *“necesita de normas, límites y garantías para su adecuado ejercicio”*.

de efectivos¹⁶⁵⁹ y la reasignación de efectivos¹⁶⁶⁰ y la movilidad por cambio de adscripción de puestos de trabajo¹⁶⁶¹ que, como se ha dicho, no se recogen en el EBEP sino que se contienen en la normativa administrativa de desarrollo.

El art.81.3 EBEP es sede de un supuesto de movilidad forzosa temporal, - nombramientos provisionales- sin especificar si es funcional o geográfica, pero pudiendo ser ambas simultáneamente. Se condiciona a urgente e inaplazable necesidad, que permite la provisión provisional de los puestos de trabajo pero con una limitación temporal, dado que debe procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación¹⁶⁶². De nuevo se echa en falta que el EBEP no concrete un poco más las condiciones de aplicación de este mecanismo por el riesgo de diversidad que se corre en su desarrollo normativo posterior¹⁶⁶³. Aquí podrían incluirse

¹⁶⁵⁹ A través de la *cual*, los funcionarios que ocupen con carácter definitivo puestos no singularizados puede ser adscritos por necesidades del servicio, a otros puestos de la misma naturaleza, nivel de complemento de destino y complemento específico, y que tenga carácter definitivo, siempre que para la provisión de los referidos puestos esté previsto el mismo procedimiento y sin que ello suponga cambio de municipio. Así pues, estamos ante un supuesto de movilidad funcional pero no geográfica, en la que no desaparece el puesto de origen (art.59.1 RGIPP). RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de...op.cit.*,pág.200, enumera los defectos técnicos en la configuración de este tipo de movilidad –“*inexistencia de resolución motivada pues se ven afectados derechos laborales de entidad; ausencia de concreción de cuánto debe entenderse por necesidades del servicio; indeterminación de aquello a incluir dentro de la noción puestos no singularizados; incomprensible imposibilidad de que la medida suponga cambio de domicilio, ...*”-

¹⁶⁶⁰ Estamos ante situaciones de funcionarios que han visto su puesto de trabajo suprimido, a consecuencia de un Plan de Empleo, y que son destinados a otros puestos de trabajo. Se efectuará aplicando criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad, que se concretarán en el Plan de Empleo. La adscripción al puesto adjudicado por reasignación tendrá carácter definitivo. Estamos pues ante movilidad funcional que en casos puede ser también movilidad geográfica, ya que la norma prevé que si la reasignación de efectivos supone el cambio del municipio de residencia del funcionario éste tenga derecho a la indemnización prevista para el traslado forzoso (art.60 RGIPP). Estudia RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas de...op.cit.*,pág.201, que la reasignación es concebida por algunos como “*equivalente al despido del funcionario por causas objetivas, ligada a la oportuna reestructuración administrativa...su finalidad es recolocar al afectado por la supresión de su plaza en otra vacante, ya en el mismo municipio, ya con cambio de residencia...*” Señala como ventaja que la Administración puede modificar el enclave de la plaza en un nuevo órgano, en distinta sede, localidad, suprimirlo en el seno de un servicio y redefinir tareas o funciones en el existente,...

¹⁶⁶¹ El art.61 RGIPP posibilita la adscripción de puestos de trabajo no singularizados y de los funcionarios titulares de los mismos a otras unidades y centros. Es movilidad funcional forzosa que si supone cambio de municipio (movilidad geográfica), manteniendo su actividad y la identidad de sus funciones y las características de su puesto de trabajo, exige conformidad de los afectados, sin perjuicio de que puedan optar entre el traslado o el pase a la situación de excedencia voluntaria incentivada. En el caso de que opten por el traslado, los funcionarios afectados percibirán las indemnizaciones que se prevean en el Plan de Empleo correspondiente y que en ningún caso serán inferiores a las establecidas para la excedencia voluntaria incentivada, cuando el traslado suponga cambio de provincia (DA 5ª Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo).

¹⁶⁶² Art.64.1 RGIPP.

¹⁶⁶³ BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación...op.cit., pág.626, recuerda que “*en cuanto a las razones de urgente e inaplazable necesidad, concepto jurídico indeterminado, tendrá que ser interpretado a la luz de las circunstancias concurrentes en cada caso...la Administración deberá motivar en aras a una mayor seguridad jurídica y, en su caso, probar*”.

figuras como la comisión de servicios forzosa (art.64.1 RGIPP) o los supuestos de adscripción provisional –por remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación; por supresión del puesto de trabajo de la RPT; o por reingreso al servicio activo de funcionarios sin reserva de puesto de trabajo- (art.63 RGIPP).

Con toda esta normativa de flexibilidad interna de los funcionarios públicos, aplicable al personal laboral en defecto de regulación por la negociación colectiva, la doctrina se muestra muy crítica tanto por la mejorable redacción de estos preceptos ¹⁶⁶⁴ como por esta “dejación” del EBEP, que efectúa una amplísima remisión a la normativa de desarrollo – desarrollo legal o reglamentario que en muchos casos aún no ha tenido lugar - y para la que no se establece y, sin embargo, sería deseable, un mínimo tratamiento legal unitario¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁴ Para BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en...op.cit.,pág.606, ni la terminología ni la sistemática son las adecuadas para enfrentarse a una materia tan compleja e importante.

¹⁶⁶⁵ ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de...op.cit.,pág.842.

CAPÍTULO 11: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: movilidad funcional y geográfica

Se ha creído oportuno repasar, en las primeras páginas de esta parte, el régimen de movilidad aplicable al personal funcionario, por si, como indica el art.83 EBEP, pudiese resultar de aplicación en algún momento al empleado público laboral. A continuación, y teniendo en cuenta que la negociación colectiva podría remitir a la normativa laboral en esta materia, quiere examinarse también las principales herramientas de flexibilidad interna que proporciona el ordenamiento laboral a los empresarios. Se repasa en las figuras de movilidad funcional y geográfica, y modificación sustancial de las condiciones de trabajo y se plantea su aplicación al empresario Administración Pública. No se aborda, por el contrario, la suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor, prohibido expresamente por la DA 17ª ET, cuando dispone que *“lo previsto en el art. 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”*. Por lo tanto, e incomprensiblemente, esta medida sí resulta de aplicación a otros colectivos de entes del sector público, como sociedades mercantiles públicas¹⁶⁶⁶. Sorprende el porqué de esta limitación en la aplicación de este precepto en el empleo público que supone un veto a la utilización de determinados mecanismos de flexibilidad interna cuando, al mismo tiempo, esa misma norma reformadora que lo prohíbe facilita al empleador el recurso a la flexibilidad de salida. Y, de hecho se venía utilizando como instrumento de gestión de

¹⁶⁶⁶Observa ALFONSO MELLADO, C.L.: “Sobre la posibilidad de que las sociedades mercantiles públicas se acojan a medidas de regulación de empleo temporal previstas en el art. 47 ET”, *Revista Derecho Social*, nº 64, 2013, que se es más permisivo con empresas públicas y otros entes con financiación distinta al presupuesto público, que han proliferado en los últimos tiempos y a los que se ha considerado en buena parte culpables del déficit y del despilfarro de dinero público.

los empleados públicos laborales¹⁶⁶⁷ sobre todo por las entidades locales como medio de realizar ajustes temporales en sus plantillas¹⁶⁶⁸.

1. La movilidad funcional en el Estatuto de los Trabajadores. La modificación unilateral de las funciones realizadas por el trabajador.

Uno de los elementos esenciales del contrato es su objeto, que debe ser determinado. En el caso del contrato de trabajo, su objeto se concreta cuando empresario y trabajador pactan la realización de unas determinadas prestaciones o funciones en unas determinadas condiciones y a cambio de una determinada retribución. Por este acuerdo entre trabajador y empresario se asigna al trabajador un grupo profesional – clasificación profesional¹⁶⁶⁹- y se establece como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas (art.22.4 ET). Al trabajador le interesa que el objeto de la prestación laboral, de la que es deudor, esté definido al máximo; por el contrario, el empresario aspira conseguir arrancar de sus trabajadores el compromiso de realizar el mayor rango de funciones posible¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades para...op.cit.,pág. 69, sobre todo por las entidades locales. Estudia CRUZ VILLALÓN, J.: “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista Derecho Social*, nº 49, 2010, pág.17-20, que son las Administraciones locales – sobre todo, las más pequeñas - las que recurren, antes de la reforma de 2012, tanto al expediente de regulación de empleo temporal como al expediente de regulación de empleo. Y las razones suelen obedecer una inadecuada e insuficiente financiación que da lugar a un grave desequilibrio entre ingresos y gastos. Así, por ejemplo, deben prestar atención a necesidades sociales de la población, no atendidas por otras Administraciones Públicas. Lo que deriva en gastos de personal crecientes que no pueden financiarse como gastos corrientes sino que se vienen costeándose con cargo a ingresos extraordinarios (derivados, por ejemplo, de operaciones urbanísticas). Otras veces es un aumento innecesario de las plantillas municipales como medio de creación de empleo ante la carencia de tejido empresarial privado; o como resultado de una nefasta gestión de los responsables políticos aumentando la plantilla sin sopesar su capacidad de financiación,...

¹⁶⁶⁸Entendiendo que quedaban acreditadas causas económicas, la *Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid* autorizó un expediente de regulación de empleo temporal en el *Ayuntamiento de Fuente el Saz*, que formaba parte del plan de viabilidad del citado consistorio para hacer frente a una difícil situación económica (visitado 8/2/2020 en http://elpais.com/elpais/2011/02/08/actualidad/1297156650_850215.html).

¹⁶⁶⁹ Vid ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento...op.cit.*, 1995. A mayor abundamiento, vid ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La clasificación profesional...op.cit.*,2002. VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de...op.cit.,2012.

¹⁶⁷⁰ Para VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El nuevo espacio...op.cit.,pág. 116, la clasificación profesional limita el poder empresarial de modificación de las funciones objeto del contrato de trabajo y adjudica un determinado estatus jurídico al trabajador en la empresa. En el mismo sentido se pronuncia POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*, pág.41, indicando que con esta figura jurídico laboral se protege al trabajador frente a posibles abusos por parte de su empresario. En palabras de LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Flexibilidad interna...op.cit.”, *clasificación profesional y movilidad funcional permiten obtener la máxima eficacia o rentabilidad del trabajador, al que pueden imponerse la realización de diferentes funciones de acuerdo con las necesidades organizativas de la producción...pero también es un instrumento para facilitar el ejercicio de un derecho básico del trabajador a la ocupación efectiva, como elemento fundamental de su dignidad y un medio que le permite la subsistencia de la relación laboral ante las*

Ahora bien, y como ya se ha dicho, en el empleo público laboral la flexibilidad se encuentra limitada por la existencia de las RPT o instrumentos organizativos similares. Estas son el instrumento técnico a través del que 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 de trabajo¹⁶⁷¹ (art.15.a.1 y b LMRFP). Incluyen, al menos, la denominación de los puestos¹⁶⁷², los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias (art.74 EBEP). Detalla un poco más el art15.1 LMRFP al indicar que comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral. Las RPT trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral¹⁶⁷³.

posibles variaciones de las circunstancias que sirvieron de base a su contrato...” El Constitucional aclara que “*la clasificación profesional, mecanismo jurídico que conecta al trabajador con el conjunto normativo regulador de su nexo contractual, delimita la prestación en principio exigible, confiere un tratamiento retributivo específico e incide en el tiempo de prestación del trabajo, en la duración del periodo de prueba, en la cotización y prestaciones del sistema de Seguridad Social y en el ejercicio de los derechos de representación colectiva*” (STC 20/1993, de 18 de enero).

¹⁶⁷¹La RPT contiene una descripción objetiva de los cometidos de cada puesto de trabajo (aspecto formal) y la valoración de las tareas (aspecto sustancial), obligando a la provisión de puestos de trabajo, y pese a su vocación de estabilidad o permanencia, son susceptibles de modificación.

¹⁶⁷² Abandonando la arraigada tradición del concepto de “cuerpo”, en el EBEP se apuesta por una organización del empleo público sobre el concepto de “puesto de trabajo”. Éste puede definirse como el conjunto de funciones, tareas o responsabilidades (art.73.2 EBEP). Para el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, de 25 de abril de 2005, a través del puesto de trabajo se realiza la definición de perfiles de idoneidad, la atribución de tareas y evaluación de su desempeño, elementos imprescindibles para una correcta gestión de recursos humanos, como se ha indicado más arriba. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la...op.cit.*, pág.178, opina que se necesita “*una reconcepción clara del puesto de trabajo y de los esquemas y sistemas de ordenación de los cuerpos y escalas...se precisa un amplio debate sobre las competencias y actitudes para el desarrollo de un puesto de trabajo...no se trata sólo de un tema estricto de reequilibrio funcional sino que la polivalencia funcional ha de tener un claro reflejo en la organización correspondiente y, sobre todo, en los procedimientos de provisión de puestos, en la reordenación de los mismos y en la prestación en el ámbito correspondiente en los funcional y no necesario y únicamente en lo orgánico*”.

¹⁶⁷³ Apunta SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la...op.cit.*, pág.105, que ya “*no se exige que las RPT incluyan las características esenciales de los puestos ya que dicha previsión...creaba excesiva rigidez, imposibilitando la asignación de tareas a los funcionarios no correspondientes a ese contenido sustancial del puesto...ello no significa que no deba dotarse a cada puesto de trabajo de un contenido funcional propio. Ahora bien, la clasificación funcional de los puestos debe ser lo suficientemente versátil para evitar la ineficiencia y la parálisis burocrática y debe figurar más en instrumentos de carácter interno y de mera gestión, sin fuerza jurídica, ...esto es, que no creen el derecho adquirido de cada funcionario a ocuparse sólo de ciertas tareas específicas, nada más que de ellas y nunca otras diferentes, por más que la*

Por lo que, en el momento de celebración del contrato de trabajo del empleado público laboral este pacto, sobre la asignación del trabajador a un determinado grupo profesional y a unas funciones, no llega a producirse. La convocatoria de la prueba selectiva del correspondiente puesto de trabajo, o incluso la RPT o instrumento análogo¹⁶⁷⁴, establecerán las funciones para las que se contrata al trabajador y el grupo profesional al que se le asigna. Y las funciones o la asignación a un determinado grupo profesional no pueden ser modificadas libremente por las partes en el momento de firma del contrato de trabajo, ya que, la libertad de las partes en el momento de la contratación cede ante los principios del procedimiento selectivo. Los grupos profesionales, como indica el art.22.1 ET, habrán sido previamente establecidos por la negociación colectiva. Con todo, en el caso de la Administración Pública, pese a que el art.77 EBEP remite la clasificación del personal laboral a la legislación laboral, no habrá que olvidar que la clasificación de los puestos de trabajo se incluye en la RPT por lo que el convenio colectivo estará condicionado por lo que allí se establezca¹⁶⁷⁵. En este sentido, cuanto más desarrollada esté la clasificación de los empleados públicos en la RPT¹⁶⁷⁶ mayor

Administración Pública necesite su concurso para estas otras funciones ocasionalmente...” Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen...op.cit.*, pág.49, las RPT – importación a España de las job descriptions - pretenden un doble objetivo: “*situar racionalmente al personal a disposición de la Administración para conseguir una utilización más eficaz...y organizar la clasificación profesional de los empleados públicos y los derechos anejos al desempeño de cada una de las plazas, pero sin afectar directamente al estatuto de sus derechos y deberes*”. Después de un arduo debate sobre su naturaleza jurídica (acto administrativo singular, ejercicio de la potestad reglamentaria o meras manifestaciones de voluntad), el EBEP le ha otorgado el rango de norma reglamentaria, en el contexto de la potestad o autonomía organizativa interna de las Administraciones. Ello va a facilitar sobremanera tanto el control de su aprobación y de su contenido por parte de los Tribunales (Jurisdicción contenciosa, que no la social), cuanto su consideración plena como instrumento de gestión de recursos humanos que es competencia de cada Administración (STSJ Madrid 22/6/2020 rec.969/2019, citando la STSJ Cataluña 22/03/2011 rec.6801/2010,...) Esta naturaleza reglamentaria de la RPT dificulta su modificación, vid MAURI MAJÓS, J.: “*Medidas de ajuste...op.cit.*”, pág.65. Por eso este autor defiende que estas menciones a las tareas y funciones tengan “*carácter orientativo y puedan ser modificadas por la Administración para ajustarlas a los cambios que se vayan produciendo en los puestos de trabajo, en función de las actividades que se haya de realizar o los servicios que se deban prestar*”.

¹⁶⁷⁴ Todas las Administraciones Públicas están obligadas a confeccionar su RPT, aunque aún hoy no todas la han elaborado. En la Administración Local se utilizan también las plantillas. Como sostiene GÓMEZ ASENSIO, J.A.: “*Las relaciones de puestos de trabajo. Un enfoque práctico en Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes, Diario La Ley, nº 9914, Sección Tribuna, 16/9/2021, no obligatorias en Ayuntamientos de menos de cinco mil habitantes por lo que se recurre a plantillas de personal que, a diferencia de la RPT, contienen solo plazas de la entidad administrativa y no puestos (art.90.1 y 2 LRBRL)*”.

¹⁶⁷⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y...op.cit.*,pág.315, señala que en la práctica, y en el caso de las entidades locales, la clasificación profesional del personal laboral reproduce la clasificación de los funcionarios del art.76 EBEP.

¹⁶⁷⁶ Instrumento análogo a las RPT es la plantilla, de gran utilización en la Administración Local (art.126 RDLeg 781/1986). Funciones empleado público local art.167-175 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.

rigidez introduce para la aplicación de medidas de movilidad interna y flexibilidad ante las necesidades de cambio de los servicios públicos¹⁶⁷⁷.

Celebrado el contrato de trabajo, ambas partes están obligadas por los principios básicos del Derecho de la contratación, tales como el respeto a este acuerdo inicial durante toda la vida del contrato – *pacta sunt servanda*; no dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes; actuar de buena fe;... -sin embargo, el contrato de trabajo es un contrato especial que presenta singularidades que lo diferencian de otros contratos. Al ser un contrato de tracto sucesivo y deseablemente indefinido o permanente es comprensible que, con el paso del tiempo, resulte necesario ir concretando o modificando el contenido de esa prestación inicial para adaptarla a las necesidades diarias de la empresa¹⁶⁷⁸. Se estaría hablando de pequeñas variaciones que tienen su fundamento en la libertad de empresa (art.38 CE) y en el poder de dirección (art.20 ET)¹⁶⁷⁹. Sin embargo, asimismo, y de manera especial, el ordenamiento laboral posibilita que una de las partes, en este caso el empresario, pueda modificar unilateralmente, bajo ciertos condicionamientos, las funciones a realizar por el trabajador inicialmente pactadas (art.1256 CC). Y no es únicamente que el ordenamiento laboral permita al empresario utilizar estas herramientas de flexibilidad interna, sino que además alienta a su uso como alternativa a la destrucción de empleo. Es lo que se conoce como movilidad funcional¹⁶⁸⁰. Esto es, la modificación de las funciones inicialmente pactadas, dado que, con el paso del tiempo, las necesidades y circunstancias de la empresa pueden cambiar y es muy probable

¹⁶⁷⁷ MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste...op.cit.,pág.62, subraya que una “*especialización excesiva en el sistema de clasificación profesional...genera una verdadera individualización de las plazas y de los puestos de trabajo...lo que puede llegar a ser una barrera en una gestión de personal que demanda clasificaciones profesionales abiertas...las estructuras profesionales han de evolucionar hacia supuestos funcionales amplios y abiertos en los que tengan en cuenta competencias profesionales genéricas susceptibles de adaptación a los concretos ámbitos funcionales que se puedan identificar en cada organización*”

¹⁶⁷⁸Vid MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág.2.

¹⁶⁷⁹Nos encontraríamos, para VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de...op.cit.,pág.34, ante una “*especificación empresarial del trabajo convenido a través del poder de dirección ordinario*” .

¹⁶⁸⁰ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Flexibilidad laboral y...op.cit., pág.762, lo define como el “*cambio de las funciones habitualmente realizadas por el trabajador*”. Señala VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de...op.cit.,pág.33, como nos encontramos ante dos instrumentos que inciden en el objeto del contrato de trabajo pero en momentos temporales diferentes: la clasificación profesional, en el momento de celebración del contrato y la movilidad funcional durante la vigencia de éste. Alerta de como es la “*excesiva amplitud de la prestación debida por el trabajador, y el hecho de que el cambio en las funciones quiera convertirse en algo natural y cotidiano de la relación laboral (lejos de lo excepcional o no deseable) lo que ha provocado paradójicamente un fenómeno inverso, como es que la estabilidad del propio contrato vaya a depender de la inestabilidad en las condiciones de trabajo...*”

que el empresario tenga que ir introduciendo variaciones de diferente calado a las funciones concretas de la prestación laboral del trabajador¹⁶⁸¹.

El art.39 ET permite al empresario encomendar al trabajador funciones distintas de las inicialmente pactadas – que pueden ser todas las correspondientes al grupo profesional o solo alguna de ellas – siempre que estén incluidas en el grupo profesional al que está adscrito el trabajador¹⁶⁸². Estamos ante una movilidad horizontal – no sustancial - que se lleva a cabo unilateralmente por el empresario sin necesidad de justificación o procedimiento alguno¹⁶⁸³. La norma no señala una limitación temporal a esta movilidad funcional dentro del grupo profesional o interna por lo que podría ser tanto temporal como tener carácter definitivo.

Las únicas limitaciones a la modificación de las funciones del trabajador dentro del grupo profesional que establece el art.39.1 ET son que se efectúe de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador¹⁶⁸⁴; ya no se exige el respeto a la formación y promoción profesional¹⁶⁸⁵. Sin embargo, en cualquier caso habrá que tener presentes los

¹⁶⁸¹ Cree POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.48, que “*es imposible describir con exhaustividad, en la mayoría de los casos, todas las funciones que van a constituir el objeto del contrato en la medida en que requieran ser adaptadas y variadas a lo largo de la vida laboral, y la negociación colectiva constituye un límite del poder empresarial a la hora de especificar la prestación debida*”.

¹⁶⁸² Para VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de...op.cit.,pág.39, la actual redacción de este precepto anima a asimilar objeto del contrato a grupo profesional con lo que éste último pasa a ser por “*su amplitud, excesivamente indeterminado*”. El mismo VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de la reforma...op.cit.,pág.822, piensa que “*puede generar problemas de indeterminación del objeto del contrato y una flexibilidad exagerada puede producir consecuencias no deseadas, como la propia descualificación del trabajador,...*”

¹⁶⁸³ POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.66, señala que el ejercicio del poder de dirección de los art.20 y 39.1 ET, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, se condicionan a justificación causal o limitación temporal. Sin embargo, ello no implica “*una indiferencia absoluta con relación a la existencia de causa alguna*” *exigiéndose que tenga una justificación en una necesidad empresarial (SSTSJ Cataluña 18/1/1993, Castilla León 8/3/2006 rec.1157/2005 y Madrid 13/7/1993)*”.

¹⁶⁸⁴ La Jurisprudencia ha señalado, entre otras vid STSJ Cataluña 23/2/2017 rec.6536/2016 , que el concepto de dignidad es un concepto jurídico indeterminado y que corresponde al Juez identificarlo, en atención a las circunstancias concretas de cada caso concreto. Entronca con la tutela de los derechos fundamentales y con los art.4.2.e, 18 ó 20.3 ET. En el art.39.3 ET se hace referencia a un concepto de dignidad de carácter laboral o profesional, ante el ejercicio de los poderes empresariales, cuando establece que la movilidad funcional no deberá perjudicar la dignidad del trabajador. La dignidad debe relacionarse con *el respeto que el trabajador merece como persona y como profesional ante sus compañeros de trabajo y jefes, de modo que no cabe situar a aquél en una posición tal que, en atención a las circunstancias, se provoque un menoscabo en este respeto*. Se violenta la dignidad del trabajador cuando se aboca a éste a una *pérdida de responsabilidad y o cuando las nuevas condiciones de trabajo representan un trato vejatorio para el trabajador*.

¹⁶⁸⁵ Lo cual es ampliamente criticado por la doctrina. Sorprende por su incoherencia con lo que se defiende por la propia *Ley 3/2012* en cuya EM apuesta por una formación profesional que favorezca el aprendizaje permanente de los trabajadores y el pleno desarrollo de sus capacidades profesionales, tanto es así que, por ejemplo, se reconoce un permiso retribuido con fines formativos. Y por el daño que pueda producir el uso de esta herramienta por el empresario en los derechos de promoción del trabajador o de formación

límites genéricos que impone la buena fe (art.5 y 20 ET), la igualdad y la prohibición de todo tipo de discriminación (art.4.2.c y 17 ET) y de vulneración de derechos fundamentales (art.17 ET)– tales como la vida, la integridad y la salud del trabajador (art.15 CE y 14 y 15.2 LPRL) ¹⁶⁸⁶.

Desaparecida del art.22 ET la referencia al concepto de categoría profesional¹⁶⁸⁷, la movilidad dentro del grupo profesional¹⁶⁸⁸ - el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, pudiendo incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al

profesional del mismo. Repara LÓPEZ BALAGUER, M.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”, en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, pág.252, la supresión de este requisito no aporta nada en la mejora o en el incremento de las posibilidades de flexibilidad interna para el empresario.

¹⁶⁸⁶ Considera VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El nuevo espacio...op.cit.,pág.128, imprescindibles estas limitaciones al ejercicio de la movilidad funcional para mantener el equilibrio entre los intereses de las partes. *Vid por otros* BALLESTER PASTOR, MA.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.279 y ss.

¹⁶⁸⁷Estudia VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El nuevo espacio...op.cit.,pág. 115 y ss, el objeto cierto del contrato de trabajo se determina en función del grupo profesional con lo que se produce una ampliación del objeto del contrato y, consecuentemente, de las facultades empresariales. Y, adicionalmente, se incrementan las posibilidades de flexibilidad interna sobre las funciones a desarrollar por el trabajador – ampliación del objeto del contrato de trabajo - con la modificación del art.39 ó 41 ET. En el mismo sentido, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e...op.cit.,pág.87 y 88, recuerda que la supresión de categorías profesionales, antes de la reforma, podía llevarse a cabo mediante la negociación colectiva. Lo que se ha producido ahora es “*un cambio en las fuentes del Derecho que toman la decisión: deja de ser la negociación colectiva y pasa a ser la ley la que decide.*” Advierte del ataque a uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo – objeto determinado o determinable de la prestación laboral – al “*encontrar al trabajador en un grupo de configuración amplia y heterogénea...*”

¹⁶⁸⁸ La doctrina judicial recuerda - por muchas otras, vid STSJ Las Palmas 11/8/2020 rec.351/2020-, que para identificar qué se entiende por grupo profesional y para qué sirve, no basta con la ambigua definición del ET ni son suficientes las definiciones doctrinales o jurisprudenciales apriorísticas, sino que resulta necesario un análisis previo de cómo aparece configurado en los sistemas clasificatorios que recogen los convenios colectivos. El ET atribuye al grupo profesional distintas finalidades, lo que motiva que no responda a un único fundamento. Por el contrario, se habla de grupo en tres sentidos posibles: como elemento configurador del sistema de clasificación profesional (art.22.1 ET); como referencia para determinar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo y para atribuir una serie de efectos jurídicos (art.22.5 ET), y como límite a la movilidad funcional ordinaria (art.39.1 ET). El hecho de que el ET defina el grupo y no la categoría profesional responde a la necesidad de superar la tradicional forma de entender el grupo profesional, creando un nuevo concepto que se acomode más fácilmente a las exigencias técnicas y organizativas que demandan una parte significativa del tejido productivo. La nueva definición normativa de grupo rompe y quiebra el viejo esquema de clasificación profesional en aras de una mayor flexibilidad laboral.

trabajador (art.22.2 ET)¹⁶⁸⁹ - es extraordinariamente amplia¹⁶⁹⁰. Recuérdese que, además, en el momento de celebración del contrato de trabajo, por acuerdo entre empresario y trabajador se le asigna a éste un grupo profesional y se establece como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas. En ese momento, pero también en un momento posterior, puede incluirse en el contrato de trabajo un pacto de *polivalencia funcional* gracias al cual el empresario puede encomendar al trabajador funciones propias de más de un grupo profesional¹⁶⁹¹, con lo que las posibilidades que le ofrece el ordenamiento para variar el contenido de la prestación laboral, sin necesidad de procedimiento ni justificación alguna, son muchas.

Pero si el empresario quiere encomendarle al trabajador la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional, estaríamos ante un supuesto de *ius variandi* extraordinario, movilidad funcional no sustancial vertical – ascendente o descendente-.

¹⁶⁸⁹LÓPEZ BALAGUER, M.: “Medidas para favorecer...op.cit.,pág.241, valora positivamente la eliminación de categorías profesionales dado que “...cada grupo profesional permite agrupar un número superior de funciones, a modo de categorías de mayores dimensiones y contenidos, bajo los cuales se reúnen un conjunto de tareas que muestran clara equivalencia profesional. Esta circunstancia provoca un doble efecto beneficioso: supone la reducción sustancial del número de unidades en las que se desglosa el sistema de clasificación profesional y de otro lado se produce una delimitación mucho más flexible del objeto de cada uno de los grupos. El sistema de grupos profesionales permite emplear una metodología diversa en la definición de los cometidos de cada grupo que, lejos de incluir la enumeración de las tareas concretas, debe atender a las capacidades y méritos necesarios para la ejecución de trabajos integrados en dicho grupo...sin que en ningún caso deba entenderse que por medio de la regulación del grupo profesional como sistema exclusivo de clasificación profesional de los trabajadores se ha roto con la exigencia de homogeneidad y coherencia que debe presidir la configuración de los grupos profesionales”.

¹⁶⁹⁰ En palabras de CARRIZOSA PRIETO, E.: “Clasificación profesional y...op.cit.,pág.519, “todo lo que implique cambio de funciones dentro del mismo grupo profesional habrá de considerarse ahora una simple especificación de tareas que, como tal, se integra en el poder de dirección empresarial”.

¹⁶⁹¹Para VALLE MUÑOZ, F.A.: “La polivalencia funcional...op.cit.,pág.491 y ss, es una más dentro de las herramientas de la flexibilidad interna, que además de dotar de gran margen de maniobra al empresario contratante pone en entredicho la existencia de elementos esenciales para la existencia de cualquier contrato (art.1261 y 1273 CC). Tiene su origen en el acuerdo de voluntades entre empresario y trabajador, en el que se pacta que el primero puede ir modificando en el futuro el objeto de la prestación de trabajo en función de sus necesidades, sin necesidad de contar con la aprobación del trabajador, ni exigencia de causa ni sujeción a procedimiento alguno que lo limiten. Y la exigencia de estas nuevas obligaciones se lleva a cabo sin contrapartidas para el trabajador como podrían ser “cláusulas de estabilidad en el empleo, ni de ninguna garantía profesional de promoción o de las adquisición de nuevas aptitudes o competencias...” Recuerda POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del contrato de trabajo. Sustanciales, geográficas y funcionales*, Aranzadi, 2019, pág.46, que al ser “una norma de derecho necesario relativo... la negociación colectiva jugará un papel decisivo, en lo que podría ser una suerte de intervención correctora de la polivalencia funcional,...” Para ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “El grupo profesional...op.cit., pág.10, “la polivalencia encuentra su sentido en sistemas clasificatorios categoriales, como un instrumento de flexibilización, como un mecanismo superador de la excesiva rigidez que presenta la categoría profesional; pero no se comprende fácilmente en sistema clasificatorios grupales (pues el grupo ya gozaría de la suficiente flexibilidad funcional)...”

El ejercicio de esta modificación unilateral de las funciones pactadas por parte del empresario, a diferencia del supuesto visto del art.39.1 ET, exige razones técnicas u organizativas que la justifiquen – no se mencionan las causas económicas o de producción-. Como la norma no distingue, la causalidad en la modificación será exigible sea ésta tanto ascendente como descendente. En cuanto a la “intensidad” de la exigencia de la causa será más limitada que las requeridas para poder aplicar las medidas que se recogen en los art.40, 41 y 51 ET porque también son más limitados los cambios que pueden introducirse con el citado art.39.2 ET; al mismo tiempo, no exige “*que las razones sean probadas, por lo que pueden ser presentes o futuras...*”¹⁶⁹²

A diferencia del art.39.1 ET, en cuanto a la duración de ese cambio de funciones fuera del grupo profesional, se precisa que durará el tiempo imprescindible para su atención. Luego nos coloca ante un concepto jurídico indeterminado. La doctrina señala, en cualquier caso, que si se “*sobrepasase este tiempo imprescindible en la realización de funciones inferiores, la calificación jurídica otorgada a dicho cambio debe ser la de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...*”¹⁶⁹³.

Se establece, como requisitos formales de esta movilidad funcional ascendente y descendente, un deber de comunicación a los representantes de los trabajadores, que alcanza a la decisión adoptada por el empresario y a las razones que le llevaron a adoptar tal decisión unilateral.

Se observa que en el caso de la movilidad funcional descendente, el art.39 ET ya no exige la presencia de “*necesidades perentorias e imprevisibles*”¹⁶⁹⁴, pero, al menos, se sigue manteniendo la exigencia de “*garantía retributiva para minimizar el perjuicio que se pueda causar al trabajador*”¹⁶⁹⁵.

Como protección para el trabajador que se ve afectado, el ET dispone que el empresario no podrá invocar como causa de despido objetivo la ineptitud sobrevenida o

¹⁶⁹²Vid POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.74-76.

¹⁶⁹³En opinión de POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.78 y ss, podría ser la negociación colectiva la que definiere este concepto, aunque ello no resultaría fácil por el hecho de que debería coincidir con la existencia de la necesidad de la empresa para aplicar dicha movilidad funcional. Si la modificación tuviese carácter permanente, nos situaría fuera del art.39 ET, encontrándonos ante supuestos de movilidad sustancial.

¹⁶⁹⁴ VICENTE PALACIO, A.: “El Real Decreto ley...op.cit.,pág.282-283, cree que nos encontramos ante la supresión de un límite que amplía el poder empresarial y que “*perjudica al trabajador*” y pasando a ser la movilidad funcional descendente un elemento ordinario más en la gestión de los recursos humanos de la empresa – “*desapareciendo el carácter extraordinario de la medida en su dimensión temporal*”-.

¹⁶⁹⁵ Vid POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.78 y ss.

la falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional, del art.52.a y b ET¹⁶⁹⁶.

En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un periodo superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente (art.39.2 ET).

La Jurisprudencia ha dejado claro que, si el convenio colectivo supedita el ascenso a la realización de pruebas específicas, el desempeño continuado de funciones de categoría superior confiere derecho a percibir las remuneraciones correlativas, pero no a la reclasificación profesional. Entiende que el art. 39.2 ET admite una especie de prescripción adquisitiva, de modo que el desempeño prolongado de funciones superiores a las de la propia categoría o perfil profesional permite reclamar el ascenso, pero inmediatamente condiciona ese derecho cuanto afirma que si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo¹⁶⁹⁷. En la misma línea el art. 24 ET establece que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En todo caso, los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario.

En el ámbito de la Administración Pública, los art.14.c y 19.2 EBEP remiten a las previsiones del ET y a los convenios colectivos para establecer los términos de la promoción profesional de los empleados públicos sometidos a régimen laboral. Es por ello que el legislador contempla el ascenso cuando queda acreditado el desarrollo efectivo de funciones superiores a las propias del grupo o categoría, pero siempre supedita esa posibilidad al cumplimiento de lo previsto en el convenio colectivo¹⁶⁹⁸. Y los convenios colectivos, como no podía ser de otra manera, condicionan la promoción del personal

¹⁶⁹⁶ Se trata así de velar por la estabilidad en el empleo, como señala MONTROYA MEDINA, D.: “La movilidad funcional...op.cit.,pág.67.

¹⁶⁹⁷ Por otras, STS 6/11/2018 rec.u.d. 2170/2016.

¹⁶⁹⁸ SSTS 22/9/2017 rec.3177/2015; 6/11/2018 rec. 2170/2016.

laboral, al igual que sucede con el personal funcionario, al cumplimiento de los requisitos de igualdad, mérito y capacidad

De esta manera, la doctrina judicial insiste en que en ningún caso puede olvidarse que estos derechos individuales de los empleados a la progresión en la carrera profesional y a la promoción interna (art.14.c y 19.2 EBEP) han de ejercitarse “*según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación*”. Por lo tanto, el ascenso de nivel profesional no puede operar de manera automática, pues ello supondría vulnerar el art. 103.3 CE que exige que el acceso a la función o empleo público tanto de funcionario como de laboral, lo sea de acuerdo a los principios de mérito y capacidad. La expresión “acceso al empleo público” no debe de entenderse sólo en el sentido de ingreso o entrada a un empleo público sino de acceso a una plaza o categoría determinada. En otro caso sería fácilmente burlado ya que, aun ingresando el empleado público laboral reglamentariamente a la función o empleo público, al ser destinado a un puesto de trabajo de categoría superior a aquélla para la que concursó o fue contratado, caso de consolidar esta superior categoría por las vías de hecho, conllevaría la vulneración de los principios de mérito y capacidad en el acceso, promoción profesional y el de igualdad del art. 14 CE en su vertiente de igualdad de oportunidades, pues lo contrario atenta abiertamente contra los legítimos derechos y expectativas de otros trabajadores a ocupar la plaza de la categoría en cuestión por el sistema convencionalmente previsto¹⁶⁹⁹.

Como garantías para el trabajador afectado por la movilidad funcional fuera de su grupo profesional, el art. 39.3 ET le reconoce el derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que, como ya se ha dicho, mantendrá la retribución de origen. Para reclamar las diferencias salariales por desempeño de trabajos de superior categoría, los Tribunales exigen la efectiva demostración de que se han desempeñado fundamentalmente las funciones esenciales o la mayoría de las propias de la categoría superior que se reclama y no sólo parte de las mismas¹⁷⁰⁰.

¹⁶⁹⁹ Vid SSTSJ Madrid 22/6/2020 rec.969/2019; Andalucía/Málaga 10/6/2020 rec.2064/2019.

¹⁷⁰⁰ STSJ Andalucía/Málaga 10/6/2020 rec.2064/2019; vid por otras, SSTS 2/11/2009 rec.1344/2009, 10/2/2016 rec.1846/2014; 27/4/2016 rec.3793/2014; STSJ Madrid 27/4/2020 rec.322/2019;...

Pues bien, el Tribunal Supremo sostiene¹⁷⁰¹ que “*cuando se desempeñan funciones de categoría superior pero no proceda legal o convencionalmente el ascenso, el trabajador tendrá derecho a la diferencia retributiva entre la categoría asignada y la función que efectivamente realice*”; esto es, no se tendría derecho a la promoción a la categoría superior cuyas funciones se realicen, sino tan sólo a esas diferencias económicas. Como acaba de recordarse, en el ámbito de la Administración Pública, los ascensos de categoría por la realización de funciones de otra superior, solo son posibles si, ya se ha dicho, así lo permiten las normas convenidas, por lo que no es suficiente a tales efectos la simple ocupación por un tiempo de terminado, más o menos extenso de la plaza a la que se aspira, sin perjuicio de la correspondiente retribución. Como se ha dicho, rige un régimen tasado para la provisión de vacantes y hay que respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad (art.14 y 103 CE), estando tasado legalmente para evitar arbitrariedades en detrimento de otros terceros por la mera encomienda temporal de desarrollo de funciones la posibilidad de obtener superiores categorías¹⁷⁰².

El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos anteriormente mencionados requerirá, como se dijo, del acuerdo de las partes o, en su defecto, del sometimiento a las reglas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o a las que tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo (art.39.4 ET). Sería por ejemplo, el supuesto de una movilidad funcional descendente de carácter permanente o no temporal que debería tramitarse a través del art.41 ET¹⁷⁰³.

El trabajador, a diferencia de su empleador, no puede modificar unilateralmente las funciones que se comprometió a realizar en el momento de celebrar el contrato de trabajo¹⁷⁰⁴, sin embargo hay algunos supuestos en los que la iniciativa puede surgir por

¹⁷⁰¹ Por otras, STS 6/11/2018 rec.u.d.2170/2016.

¹⁷⁰² STSJ Granada 17/9/2020 rec.142/2020. Lo que suelen recoger los convenios colectivos de Administraciones Públicas es la obligación, en virtud de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el sector público, de someterse a un concreto procedimiento de provisión y promoción profesional (STSJ Las Palmas 11/8/2020 rec.351/2020).

¹⁷⁰³ Y además, en este caso, como indica TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reforma Laboral...op.cit.*,pág.32, “*sin necesidad de mantener el derecho a la retribución correspondiente al grupo o categoría profesional superior, pues ya no resultan aplicables las reglas del art.39 ET*”.

¹⁷⁰⁴ VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de...op.cit.,pág.35, advierte de la ausencia de una figura equivalente a favor del trabajador quien, una vez más, “*se ve compelido a obedecer la orden de movilidad sin no desea perder su puesto de trabajo. La movilidad funcional le impone al trabajador toda una serie de nuevos cometidos sin contrapartida alguna por parte del empresario...*”. Como sostiene POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.32, resulta difícil para el trabajador modificar unilateralmente sus condiciones de trabajo por la subordinación que caracteriza su prestación de servicios.

iniciativa o por necesidad o en interés del trabajador que escapan del objeto de nuestro estudio¹⁷⁰⁵.

2. La movilidad geográfica en el Estatuto de los Trabajadores.

El lugar de prestación de la actividad laboral es un elemento fundamental del contrato de trabajo¹⁷⁰⁶, siendo decisivo, en muchos casos, para que el trabajador decida o no la celebración de dicho contrato¹⁷⁰⁷. Puede condicionar las circunstancias vitales, personales y familiares del trabajador por eso es especialmente valorado por éste a la hora de prestar su consentimiento y comprometerse a la realización de un trabajo. Este elemento del contrato de trabajo no tiene porqué permanecer inmutable. Con el transcurso del tiempo, por necesidad o por intereses personales, al trabajador puede resultar conveniente solicitar una modificación del lugar de prestación de su actividad laboral.

Esa movilidad o modificación del lugar de trabajo es otra herramienta de la llamada flexibilidad interna. Dejando a un lado los supuestos en los que la normativa laboral, en determinadas circunstancias, reconoce unilateralmente al trabajador el derecho a cambiar el lugar de su trabajo¹⁷⁰⁸ y aquellos en los que la movilidad geográfica se produce por

¹⁷⁰⁵Es el caso del trabajador que solicita un ascenso que le lleva a tener que realizar funciones distintas a las de su puesto de origen (art.24 ET); o un cambio de puesto de trabajo por causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida (art.25 LPRL), esto es, un trabajador especialmente sensible; o una trabajadora embarazada en situación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural (art.26 LPRL); trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno (art.36.4 ET); o en el de los trabajadores afectados de una incapacidad permanente parcial que disminuye su capacidad de trabajo (art.1 RD 1453/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos);...

¹⁷⁰⁶ A mayor abundamiento vid SERRANO OLIVARES, R.: *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*, CES, 2000; AGIS DASILVA, M.: *El lugar de trabajo: fijación y modificación*, Tirant lo Blanch, 1999; MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (dir): *Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, CGPJ, 1994.

¹⁷⁰⁷ EL DERECHO GRUPO FRANCIS LEFEVRE: *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*, Ed.Francis Lefebvre, 2ªed, 2014, pág.83, - citando a AGIS DASILVA, M.: *El lugar de...op.cit.-*, recuerda que estamos ante un elemento esencial del contrato de trabajo del que debe ser informado por escrito el trabajador (art.8.5 ET). No “*será posible dejar sin determinar el lugar de la prestación de los servicios, para que posteriormente lo pueda concretar a su antojo el empresario cuando lo estime oportuno, ya que sería dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes...lo que expresamente prohíben los art.1256 y 1271 CC*”. Advierte QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La defunción del derecho a la inamovilidad del lugar de trabajo”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 361, 2013, pág.184, de las sucesivas reformas devaluadoras de la movilidad geográfica y como esta institución “*nunca ha dejado de ser percibida por el trabajador medio con idéntica o mayor desazón, dada su especial capacidad de enraizamiento en su ámbito vital geográfico y su fuerte aversión al traslado...*”

¹⁷⁰⁸ Si hubiera puesto de trabajo, la normativa laboral reconoce el derecho al traslado al trabajador cuyo cónyuge, trabajador de la misma empresa, cambia de residencia a otra localidad (art.40.3 ET); a las víctimas de violencia de género, de violencia sexual o violencia terrorista que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, quienes tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus

mutuo acuerdo de empresario y trabajador, nos interesa abordar las posibilidades que ofrece el ordenamiento laboral al empresario, para que, por necesidades empresariales, pueda modificar unilateralmente el lugar donde el trabajador presta sus servicios. Cabe advertir, en el caso del empleo público, que la RPT indica el régimen jurídico aplicable a cada puesto de trabajo y eso podrá ser un límite al ejercicio del poder de dirección de la Administración a la hora de intentar movilizar a un empleado público laboral a un puesto de trabajo de funcionario, o viceversa, porque ello implicaría la previa modificación de la RPT.

Comenzaremos diciendo que los supuestos en los que la movilidad se produce en el mismo centro de trabajo, a otro centro de trabajo de la misma localidad o incluso a otro centro de trabajo de distinta localidad que no impliquen cambio de residencia, van a englobarse dentro del ejercicio del poder de dirección del empresario. Lo deja claro la Jurisprudencia para la que el cambio del trabajador de un centro a otro de la misma localidad, siempre que el cambio se limite a esto y no conlleve además una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, entra dentro de los supuestos de movilidad funcional del art.39 ET. Esto es, estamos dentro del terreno del *ius variandi* que compete a la empresa, inserto en sus facultades de dirección¹⁷⁰⁹. En otras palabras, el traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario.

centros de trabajo (art.40.4 ET). En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro. También a aquellos trabajadores con discapacidad que, para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, quienes tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento (art.40.5 ET). Otros supuestos de movilidad geográfica a instancias del trabajador pueden producirse a través del “sistema de vacantes convencionalmente pactado; por el reingreso de excedencias voluntarias (art.46.2 ET); ascensos - Vid TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El cambio de centro de trabajo. La movilidad geográfica fuerte y débil”, *Revista Derecho Social*, nº 58, 2012, pág. 98-; o, como ya se dijo, en el caso de la movilidad funcional por causas objetivas (ineptitud sobrevenida o falta de adaptación, art. 52.1.b. y c ET); por no adaptación al trabajo nocturno (art.36.4 ET); por motivos relacionados con la prevención de riesgos laborales (art.25 y 26 LPRL: ... especialmente sensibles, protección de la maternidad y de los menores.);...

¹⁷⁰⁹Así SSTS 13/11/1996 rec.1325/1996; 9/2/2010 rec.1605/2009: “*El cambio de centro de trabajo efectuado en el ámbito de una misma localidad, no reviste esencialidad, sino cualidad accesorio, porque manteniéndose en su integridad todas las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados, a excepción del lugar de prestación de servicios, la posible mayor onerosidad que puede determinar el desplazamiento al nuevo centro ofrece una importancia escasa o muy relativa en la significación económica del contrato,...*”

Como quiera que existe un espacio de movilidad sin regulación legal, ya que el art. 39 ET sólo disciplina los supuestos de movilidad funcional y el art. 40 ET los de movilidad geográfica que exigen el cambio de residencia, algún sector de la doctrina científica, ha optado por incluir los cambios de puesto de trabajo desde un centro a otro sito en la misma localidad, como supuestos de movilidad funcional. Pues bien, tanto si se extiende dicha calificación, como si califica a éstos, más propiamente, como casos de movilidad geográfica lato sensu, débil, o no sustancial por no llevar aparejado el cambio de residencia, es lo cierto que, en cualquier caso, quedan excluidos del art. 40 ET y deben ser incardinados en la esfera del ius variandi del empresario. Poder empresarial que ha de entenderse como ius variandi común, en tanto que facultad de especificación de la prestación laboral y de introducir en ella modificaciones accidentales, frente al especial que supone acordar las modificaciones sustanciales a que se refiere el art. 41 ET¹⁷¹⁰. Estos supuestos no están sujetos a procedimiento o justificación alguna, a excepción del preceptivo informe del comité de empresa, para el supuesto de traslado -total o parcial- de las instalaciones (art. 64.5.c ET)¹⁷¹¹. No obstante, como se dirá, este poder de dirección encuentra límites en el art.17.2.c ET – “*son nulas y sin efecto las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones*”¹⁷¹²-.

Por la escasa onerosidad que suponen para el trabajador, no se compensan económicamente, salvo previsión en pacto colectivo o individual¹⁷¹³. Sin embargo, si la puesta en práctica de esta movilidad geográfica débil, aunque no llegue a implicar un cambio de residencia del trabajador, pudiera suponer un coste importante o un excesivo sacrificio para el mismo, por ejemplo que la mayor distancia ocasionara indirectamente un incremento de jornada o que los gastos de desplazamiento pudieran ser entendidos como una reducción salarial,...podría entenderse como un cambio sustancial de sus condiciones de trabajo, resultando entonces de aplicación el art.41 ET¹⁷¹⁴, con la posible opción del trabajador de solicitar la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo.

¹⁷¹⁰SSTS;

¹⁷¹¹SSTS 9/2/2010 rec.1605/2009; 27/12/2009 rec. 2059/1999;15/6/2021 rec.u.d. 3696/2018.

¹⁷¹² La decisión empresarial estará limitada por el respeto a la buena fe, el no abuso del derecho, la prohibición de discriminación, lo establecido por la negociación colectiva, las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales,...por lo que no escape del posible control judicial posterior, vid ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...op.cit.,pág.30.

¹⁷¹³ Vid STS 26/4/2006 rec.2076/2005 que cita SSTS 27/12/1999 rec.2059/1999 y 19/04/2004 rec.u.d. 1968/2003. Puede consultarse ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de la movilidad geográfica tras las reformas laborales 2010-2012”, *Revista Derecho Social*, nº 64, 2013, pág.45.

¹⁷¹⁴ Vid por otros TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El cambio de...op.cit.,

Tratándose de la relación laboral de empleo público, la Jurisprudencia ha declarado que a falta de normativa legal, reglamentaria o convencional en la que pudieran mejorarse válidamente a favor de los trabajadores las condiciones contenidas en el ET, la Administración Pública empleadora puede trasladar a sus trabajadores a un centro de trabajo distinto de la misma empresa, que no exija cambios de residencia ni comporte cambio de categoría y/o grupo profesional, en los mismos supuestos y condiciones en que lo podría efectuar un empresario privado. No resulta necesario que la Administración empleadora, además de dictar resolución administrativa motivada, acredite las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio; y siempre, como acontece con carácter general, que la actuación administrativa se ajuste estrictamente a la legalidad no incurra en abuso de derecho o fraude de ley ni vulnere derechos fundamentales¹⁷¹⁵.

Los supuestos que van a interesarnos son los del art.40 ET: modificación del lugar de trabajo de mayor o menor duración que implique cambio de residencia¹⁷¹⁶, temporal o definitivo del trabajador. Por una parte, el art.40.1 ET permite trasladar trabajadores a un centro de trabajo de la misma empresa, cuando ese traslado exija cambio de residencia definitivo o cuando en un período de tres años el desplazamiento sea superior a doce meses – al que denominaremos traslado-. El empresario se encuentra limitado, en este caso, por la existencia de límites causales y procedimentales. Si bien las causas que justifican la adopción de la decisión de traslado resultan amplias- y ambiguas - y tampoco

¹⁷¹⁵ STS 9/2/2010 rec.1605/2009, en el caso de una empleada pública laboral que es trasladada de un centro de trabajo a otro en la misma localidad. El cambio de adscripción se produce porque en el primer centro de trabajo hay una plantilla que excede de las necesidades de personal de esa categoría y en el segundo la plantilla es insuficiente en la referida categoría.

¹⁷¹⁶ Hay que destacar la dificultad de determinar objetivamente cuándo es necesario un cambio de residencia ante un cambio de localidad del lugar de trabajo. *“La necesidad de cambiar de residencia ha de ser objetiva y no subjetiva, esto es, derivada de preferencias personales”* (STSJ Madrid 19/5/1993). Si se piensa en la distancia se habla de unos cuarenta y cinco kilómetros (noventa kilómetros en ida y vuelta) o que supongan un 25 % de la jornada diaria (SSTSJ Cataluña 26/1/2009, Madrid 19/5/1993, País Vasco 23/3/1992, Valencia 3/11/1992), pero no son los únicos elementos a valorar. Hay que atender en cada caso también a circunstancias como *“la lejanía del nuevo centro de trabajo respecto al domicilio del trabajador, los medios de transporte o compensaciones que ofrezcan la empresa en contrapartida al cambio, la facilidad o dificultad en las comunicaciones, tipo de contrato, circunstancias personales del trabajador,...”* (SSTSJ Cataluña 7/4/2004, 26/1/2009 y 5/7/2011). *“No debe ser la empresa la que exija el cambio de residencia del trabajador sino que tal cambio venga impuesto o exigido por el hecho del traslado del centro de trabajo, es decir, porque materialmente sea imposible o notablemente gravoso mantener la anterior residencia y desplazarse hasta la misma localidad donde radique el nuevo centro de trabajo”* (SSTS 27/12/1999 y 14/10/2004). En la STS de 15/6/2021 rec.u.d. 3696/2018 se aclara que no puede acudirse al concepto de *“colocación adecuada”* del art.301 LGSS a los efectos de acceso a la prestación por desempleo para construir una noción de traslado distinta a la del art.40 ET. Se trata de situaciones y figuras jurídicas diferentes respecto de las cuales la técnica analógica carece de operatividad. Para MONREAL BRINGSVAERD, E.: *“Reforma de la...op.cit.,pág.270, es positivo porque disponen” los negociadores de los convenios colectivos un amplio para organizar el trabajo, especificando en sus respectivos ámbitos de aplicación cuándo el cambio de lugar de trabajo implica un cambio de residencia.”*

el procedimiento exige ya la intervención de la autoridad laboral¹⁷¹⁷, con lo que se facilita ampliamente al empresario la utilización de esta vía de flexibilidad interna.

El traslado requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen. No se definen pero se indica que se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial¹⁷¹⁸. Se elimina la exigencia finalista o preventiva de la redacción anterior de que la adopción de esta medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Coincide la doctrina en señalar que la definición es excesivamente amplia, tanto que resultará muy fácil para el empresario justificar la decisión de traslado por alguna de estas causas y se habla, incluso, de “descausalización”¹⁷¹⁹. Esta redacción “*amplia y vaga*” de las causas de movilidad geográfica¹⁷²⁰ no supone, sin embargo, que el empresario se vea exonerado de justificar la concurrencia de estos motivos a través de datos objetivos, aunque la justificación sea sencilla de acreditar¹⁷²¹.

¹⁷¹⁷Según el art.40.2 ET, previo a la reforma laboral de 2012, la autoridad laboral, a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justificasen, podía ordenar la ampliación del plazo de incorporación... y la consiguiente paralización de la efectividad del traslado por un período de tiempo que, en ningún caso, podría ser superior a seis meses. Supresión lógica para SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma...op.cit.*,pág. 215, por “*su escasa utilización y su dudosa justificación en un sistema de relaciones laborales moderno*”.

¹⁷¹⁸ Opina ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de...op.cit.,pág.48, que “*con la excepción de la referencia a “las contrataciones referidas a la actividad”*, que ciertamente acotan con claridad la razón que puede motivar un traslado o un desplazamiento, el resto de causas se definen de una forma muy vaga. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e...op.cit.,pág.93, habla de “descausalización de la movilidad geográfica” lo que genera mayor inseguridad jurídica.

¹⁷¹⁹ VICENTE PALACIO, A.: “El Real Decreto ley...op.cit.,pág.284, afirma que “*sólo sirve para excluir la adopción de medidas de carácter arbitrario o sancionador, pues resulta difícil que una decisión adoptada en el seno de la empresa no esté relacionada con la organización del trabajo a que se refiere el art.40 ET...por la vía de la neutralización de la causalidad se ha visto incrementando el poder de dirección empresarial en materia de traslados...*” QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La defunción del...op.cit.,pág.197, habla de “*delimitación vaga, indefinida y de indudable amplitud, puesto que tales condicionantes siempre estarán presentes por ser factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa...la seguridad jurídica de los trabajadores queda herida de muerte, pues el lugar de la prestación de servicios inicialmente pactado constituye una variable en manos ajenas y enteramente libres...*” Creen SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la...op.cit.*,pág.215, que “*la omisión de los condicionantes teleológicos de la medida implica otorgar a la empresa una mayor libertad e implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee un conflicto o una reclamación porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente pues la competitividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa...*”

¹⁷²⁰ Vid GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.95.

¹⁷²¹ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.29, habla de “*poder prácticamente omnímodo*” y recuerda que el empresario debe ejercer su poder directivo de modo regular (art.5.c y 20 ET)

El posterior control judicial, caso de producirse si el trabajador decide demandar ante esta decisión empresarial, se reduce, aunque no llega a desaparecer¹⁷²². Corresponderá al Juez verificar que el empresario ha probado que el traslado se ha producido por la existencia de dichas causas relacionadas competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial, aunque ya desconectadas de finalidad alguna ¹⁷²³. En todo caso, el empresario quedará limitado en su decisión de aplicar esta medida por la necesaria buena fe, abuso del derecho, el fraude de ley y el respeto a los derechos fundamentales¹⁷²⁴ y el trabajador siempre podrá recurrir la misma a través del procedimiento de los art.138 y ss Ley 36/2011¹⁷²⁵.

En cuanto a los requisitos formales que se le piden al empresario para que pueda adoptar la decisión de trasladar a sus trabajadores, van a depender del número de ellos que queden afectados por la misma. Si el traslado es individual o plural pero sin llegar a alcanzar los umbrales para el despido colectivo, basta con que el empresario traslade su decisión al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Notificada la decisión de traslado, el trabajador podrá optar por aceptar el traslado, en cuyo caso percibirá una compensación por gastos,

y ajustar “su libertad de decisión a los intereses de la empresa a los que no son ajenos los trabajadores y se opone a que pueda adoptar decisiones abusivas o fraudulentas que lesionen los derechos de éstos...”

¹⁷²²Las causas no han de obedecer a finalidad concreta y será muy fácil alegarlas, para TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El cambio de...op.cit.,pág.105. Observa EL DERECHO GRUPO FRANCIS LEFEBVRE: *La modificación unilateral...op.cit.,pág.101*, que “al eliminar la vinculación causa efecto y no establecer una conexión entre la modificación pretendida y la finalidad que por medio de ella se pretende alcanzar, se viene a negar a los órganos judiciales un control sobre la racionalidad y proporcionalidad de la medida y un posible juicio predictivo de futuro, limitando su examen a la concurrencia de la razón y los hechos alegados”. En sentido contrario, SANTOR SALCEDO, H.: “Flexibilidad interna y...op.cit., pág.305, entiende que el test de razonabilidad y proporcionalidad no ha desaparecido puesto que el Juez comprobará las razones que justifican la movilidad geográfica.

¹⁷²³ En opinión de AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Clasificación profesional, movilidad...op.cit.,pág.138, aunque admite que se limita el posterior control judicial a la comprobación de la realidad de los hechos y causas alegados por el empresario – ya sin necesidad de conexión con una finalidad concreta-, rechaza que se esté dotando al empresario de un “poder prácticamente omnímodo para trasladar a los trabajadores ...porque el empresario debe acreditar la concurrencia de las causas que justifican esa medida. Si no hay causa, no puede proceder a la aplicación del art.40 y 41 ET... lo único que no debe probar es la finalidad perseguida con dicha medida, pero sí la causa que le lleva a adoptarla”.

¹⁷²⁴ ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...op.cit., pág.19, recuerda que cualquier “medida legislativa debe ser interpretada de la forma que mejor contemple los compromisos internacionales suscritos por el estado español y que garantice la mayor eficacia y aplicación práctica de los derechos constitucionales y el mejor encaje sistemático de la norma concreta en el sistema al que pertenece, el ordenamiento laboral que se reconoce como un ordenamiento igualitario, necesariamente tuitivo para el trabajador y por tanto pieza esencial e irrenunciable para el mantenimiento del Estado social de Derecho, que ciertamente no ignora la libertad de empresa, ni disminuye la importancia de los elementos económicos, pero que sitúa como valor esencial la igualdad efectiva entre todos los ciudadanos y por tanto refuerza el valor de los elementos igualitarios...”

¹⁷²⁵ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La defunción del...op.cit.,pág.198.

o decidir extinguir su contrato, en cuyo caso percibirá una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Asimismo, y sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación, el trabajador que, no habiendo optado por la extinción de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la Jurisdicción social. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.

El traslado será colectivo cuando afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que este ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un periodo de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos: diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores o treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores (art.40.2 ET).

El procedimiento es algo más complejo. Básicamente la decisión de traslado deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días. Dicho periodo de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados¹⁷²⁶. La apertura del periodo de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento¹⁷²⁷. El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el

¹⁷²⁶ Se produce una remisión al art.41.4 ET en relación con la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas en relación a los sujetos, en el orden y condiciones señalados en el mismo. trabajadores.

¹⁷²⁷MORALES ORTEGA, J.M.: “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la reforma de 2012: ¿una mal entendida flexiseguridad?”, *Temas Laborales*, nº 119, 2013, pág.79, echa de menos algún control por parte de la autoridad laboral. Para TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El cambio de...op.cit.,pág.106, se “*acaba ya con la pequeña medida de presión que existía para que la empresa intentara llegar a un acuerdo con los representantes, ya que ahora la decisión empresarial será siempre inmediatamente ejecutiva en los plazos fijados por el art.40 ET...no existe control a priori que compruebe la veracidad de la existencia de la causa alegada por el empresario para proceder al traslado individual... solo se podrá efectuar a posteriori por la jurisdicción laboral siempre y cuando el trabajador en el ejercicio de su derecho de opción haya escogido la aceptación de traslado. Sumamente limitado pues para que pueda producirse, el trabajador debe de antemano optar por la no extinción de la relación laboral...*”

ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo.

Durante el periodo de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados. Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado.

La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Y los efectos serán los mismos que los vistos para el traslado individual: aceptación del traslado con compensación de los gastos; extinción del contrato de trabajo con el abono de indemnización en cuantía del despido procedente; o, sin perjuicio de la ejecutividad del traslado, impugnación del mismo para que la autoridad judicial lo declare justificado o injustificado. Adicionalmente, contra las decisiones de despido colectivo se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

Se ha señalado, como efecto de la flexibilización a través del art.40 ET, “*que las facilidades que da el art.40.1 ET al empresario para trasladar, podrán ser utilizadas en sentido inverso, dando lugar a verdaderos despidos indirectos...*”¹⁷²⁸. Asimismo puede producirse “*la degradación de los derechos fundamentales*”, en especial de ciertos colectivos de trabajadores, que pueden verse abocados a la extinción indemnizada si se ven afectados por una decisión empresarial de movilidad geográfica¹⁷²⁹.

El segundo supuesto de movilidad geográfica, menos perjudicial para el trabajador afectado que la anterior, se produce cuando ésta no supera los doce meses en tres años. Estamos hablando de desplazamientos temporales que precisan también de una

¹⁷²⁸ Como observa EL DERECHO GRUPO FRANCIS LEFEBVRE: *La modificación unilateral...op.cit.*,pág.88,

¹⁷²⁹ Piensa BALLESTER PASTOR, MA.: “La flexibilidad interna...op.cit.”,pág.355, en derechos como la conciliación con responsabilidades familiares, la discriminación por razón de género, la discapacidad,...que afectan principalmente a mujeres con cargas familiares.

justificación causal que la norma solo enumera pero no define. En este caso se requiere de la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial. Activar esta medida resulta muy sencillo para el empresario pues como únicas formalidades se le exigen que informe al trabajador afectado¹⁷³⁰ por el desplazamiento con un antelación suficiente – de nuevo, concepto jurídico indeterminado- a la fecha de su efectividad y que podrá ser un período muy breve porque, y en este caso sí que lo precisa, si los desplazamientos tiene una duración superior a tres meses no podrá ser inferior a cinco días laborales.

Al exigir a sus trabajadores la residencia temporal en localidad distinta a la de su domicilio habitual, la empresa debe abonar a los mismos, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas. Asimismo, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. En este caso, por la menor onerosidad de la medida, no se le reconoce el derecho a la extinción del contrato de trabajo con abono de indemnización; luego, debe obedecer la orden de desplazamiento porque lo contrario supone un incumplimiento de sus obligaciones contractuales,- sancionable disciplinariamente por desobediencia¹⁷³¹-. Aunque sí podrá impugnar la decisión empresarial para que el Juez valore el ajuste o no a derecho del desplazamiento decidido por el empresario.

El precepto finaliza reconociendo a los representantes legales de los trabajadores prioridad de permanencia en los puestos de trabajo, en los supuestos de movilidad geográfica. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad (art.40.7 ET)¹⁷³².

¹⁷³⁰ Comunicación que deberá llevarse a cabo por escrito, al afectar la decisión empresarial a un elemento esencial del contrato de trabajo (art.8.5 ET).

¹⁷³¹ Vid STS 19/2/1987. A mayor abundamiento vid SÁNCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los trabajadores vulnerables en la movilidad geográfica”, *Diario La Ley*, nº 9159, 15/3/2018.

¹⁷³² Para MORALES ORTEGA, J.M.: “Movilidad geográfica y...op.cit.,pág.79, si la prioridad de los representantes legales de los trabajadores tiene por finalidad proteger al representante de posibles represalias empresariales, estas nuevas preferencias buscan proteger a aquellos colectivos para los que “pueda resultar más gravosa la movilidad geográfica...aunque esta posibilidad ya era incluida por algunos convenios colectivos”.

CAPÍTULO 12: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral de la Administración Pública: el art.41 ET.

1. Sobre la aplicación de la vía del art.41 ET a la relación laboral de empleo público

Dentro de la flexibilidad interna, una de las herramientas más efectivas que ofrece el ET a los empresarios laborales es la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Y esa modificación sustancial de las condiciones de trabajo puede articularse a través de dos vías: la del art.41 ET, de discutida aplicación al personal laboral de la Administración Pública, y la del art.82.3 ET, que posibilita el descuelgue del convenio colectivo de muchas de las condiciones de trabajo¹⁷³³. Pero, además, tratándose de la Administración Pública, el EBEP proporciona a este empresario un instrumento mucho más poderoso- e incluso más sencillo de aplicación- en el art.32.2 EBEP.

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo es una institución inconfundiblemente laboral que, sin parangón dentro de las normas del Derecho común de la contratación, permite a una de las partes del contrato de trabajo modificar unilateral y significativamente las condiciones del mismo¹⁷³⁴. Ello es posible gracias a que el legislador laboral, movido por la supervivencia del bien superior del principio de

¹⁷³³Vid PÉREZ AMOROS, F.: “Una crónica de la reforma laboral de 2012”, *Revista Derecho Social*, nº 75, 2016, pág.239 y ss, quien alerta de la finalidad economicista de la misma ya que fundamentalmente trata de reducir los costes salariales. Una reforma que prioriza el empleo sobre el trabajo – “*que el empleo sea un referente básico de la reforma laboral de 2012, no justifica las condiciones de trabajo precarias propias de un trabajo (in)decente*” –. O que produce una reordenación de las fuentes reguladoras de la relación laboral que provoca desequilibrio entre las partes contratantes, donde la decisión del empresario cada vez tiene más peso mientras que se resta fuerza al poder contractual sindical.

¹⁷³⁴ La regla general es que los contratos han de cumplirse en sus propios términos, lo que determina, según ha señalado la Jurisprudencia Civil, que el cumplimiento es exigible aunque las obligaciones pactadas puedan resultar más onerosas de lo que se había previsto y ello “*tanto por un aumento de los costes de la ejecución como por una disminución del valor de la contraprestación a que tuvieran derecho*”. Ahora bien, para hacer frente a los cambios extraordinarios de las circunstancias con sus posibles consecuencias desestabilizadoras sobre lo pactado han ido surgiendo diversas construcciones doctrinales que han tenido su reflejo en la jurisprudencia desde la cláusula rebus sic stantibus hasta la alteración o desaparición de la base del negocio, pasando por la excesiva onerosidad sobrevenida o la teoría de la imprevisión. En este sentido la modificación de lo pactado puede quedar justificada en el marco de una relación de tracto sucesivo pendiente de ejecución cuando concurren: a) una alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompa el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la superveniencia de circunstancias (SAN 15/7/2014 rec.119/2014 caso FNAC).

estabilidad en el empleo, consiente en que el empresario pueda alterar y empeorar las condiciones de trabajo del trabajador inicialmente pactadas¹⁷³⁵. Se entiende que surgen causas económicas, técnicas, organizativas y de producción que producen un quebrantamiento del equilibrio contractual inicial y que éstas justifican una alteración sustancial del contenido de las prestaciones de las partes¹⁷³⁶, en la búsqueda de una nueva situación de equilibrio que, con frecuencia, exige un sacrificio del trabajador.

De cualquier manera, y por mucho que se disfrace de la tan manida flexiseguridad – difícilmente reconocible en nuestro país¹⁷³⁷ – el uso de esta herramienta, junto con el resto de herramientas de flexibilidad interna, suponen un cierto trasvase del riesgo¹⁷³⁸ – ajenidad - que por definición debe soportar el empleador, al trabajador. Un mal menor a sufrir estoicamente ante la tesitura de perder el empleo¹⁷³⁹. Con ésta y el resto de medidas de flexibilidad interna del Derecho del Trabajo, se transige, cabe insistir, con algo que se juzgaría intolerable en el Derecho común de los contratos¹⁷⁴⁰, y sólo sería posible en

¹⁷³⁵Para ALONSO BRAVO, M.: “Flexibilidad interna, modificación...op.cit.,pág.16, nuestro modelo de relaciones laborales es “*un modelo flexibilidad desequilibrado, ...el empresario acumula instrumentos de flexibilidad interna y externa, no alternativos, sin que pueda concluirse que la modificación sustancial de condiciones de trabajo se ordene como un mecanismo preventivo de la extinción*”.

¹⁷³⁶ A juicio de VILLALBA SÁNCHEZ, A.: “Flexibilidad interna y jornada laboral” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 864, el art.41 ET, y también el art.82.3 ET, laboralizan la cláusula *rebus sic stantibus*, si bien se concibe como una herramienta favorable tanto para el empresario como para el trabajador en tanto en cuanto, con su aplicación, pueda evitarse la extinción de la relación contractual.

¹⁷³⁷ Como ya se ha dicho páginas arriba y como también recuerdan PEDRAJAS, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica de las reformas de 2010,2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, 2ª ed, 2012, pág. 86, la reforma laboral de 2012 apuesta tanto por la flexibilidad interna como por la externa y se plantea la primera como alternativa de la segunda, apostando, además, por la flexiseguridad como elemento clave de un “*nuevo modelo de relaciones laborales*”. A propósito de este “*supuesto*” equilibrio entre la flexibilidad interna y de salida puede consultarse, entre otros, LLANO SÁNCHEZ, M.: “¿Existe un adecuado equilibrio entre flexibilidad externa y flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012?” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.597 y ss. Para BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pag.170, a pesar de las sucesivas reformas normativas en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no se observa un cambio significativo de tendencia de las técnicas de flexibilidad interna por las de externa.

¹⁷³⁸ Alerta de un inequitativo reparto de la crisis URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: “El Preámbulo del RD Ley 3/2012 o las retóricas de la manipulación”, *Revista Derecho Social*, nº 57, 2012, pág.19 y ss.

¹⁷³⁹ Como recuerda GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,pág.243, “*el ius variandi que se reconoce al empleador en cuanto responsable y director de la producción, como lógica compensación al carácter indefinido de los contratos de trabajo exige poder modificar el contenido de la prestación, para adecuarla a la finalidad de la producción*”.

¹⁷⁴⁰ La modificación de condiciones de trabajo del art.41 ET es una prerrogativa del empresario en el marco del contrato de trabajo, que no es propia de otras relaciones contractuales entre dos partes iguales y que permite alterar lícitamente lo pactado, incluso cuando ese pacto se encuentre en acuerdos colectivos y convenios extraestatutarios, que tienen una protección constitucional ex art.37.1 CE. Se trata de una facultad que presenta indudables analogías con las denominadas “*cláusulas exorbitantes*” de los contratos administrativos, privilegios que permiten a la Administración, entre otras cosas, imponer a la otra parte del contrato modificaciones en las condiciones pactadas del mismo. Aunque la regulación legal permite al empresario el ejercicio de esa prerrogativa de variación de las condiciones de trabajo sin subordinarlo a las

situaciones de desequilibrio contractual muy grave que justificasen la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷⁴¹: la modificación unilateral de lo inicialmente pactado sin contraprestación para la parte que ve modificadas sus condiciones laborales. Un cambio unilateral en las condiciones de trabajo que no podría ser tal que afectase a los aspectos nucleares del régimen contractual, convirtiendo al contrato en otro distinto, ya que, en este caso se precisaría novación contractual¹⁷⁴². Un cambio que, en cualquier caso, tendría que respetar límites genéricos como los derechos fundamentales del trabajador, el principio de buena fe y la prohibición del abuso de derecho.

exigencias estrictas del *rebus sic stantibus*, que serían notablemente más estrictas, sí debe concurrir una causa legalmente prevista, cuya acreditación corresponde a la empresa que impone unilateralmente la modificación (SAN 15/7/2014 rec.119/2014 caso FNAC).

¹⁷⁴¹ Destaca MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial...op.cit., pág.3, que “*el art.41.1 ET atribuye a una sola de las partes contractuales la facultad de alterar lo que originalmente se dispuso mediante un acuerdo bilateral, ya sea individual o colectivo...esto constituye una excepción a los principios que presiden el derecho de las obligaciones y contratos, concretamente el art.1256 CC. La extensión del art.41 ET permite afirmar que en nuestro Derecho del Trabajo la posibilidad de modificar las condiciones contractuales no se reserva únicamente a situaciones patológicas, sino que se trata de un instrumento propio de este sector del ordenamiento jurídico mediante el que se hace posible relativizar la estabilidad del contrato de trabajo y la fuerza vinculante de modalidades informales de negociación colectiva, en atención a las necesidades de funcionamiento de la empresa y de su adaptación a las exigencias del mercado*”. PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.41, recuerda que la aplicación de esta cláusula en el Derecho Civil “*exige una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles*”, por lo que, en comparativa y en este aspecto concreto, el Derecho del Trabajo resulta menos tuitivo con la protección de una de las partes contratantes. En su opinión se produce con el art.41 ET “*la desnaturalización de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, cual es la ajenidad en los riesgos*”, ya que se produce “*una transmisión cuasi íntegra del riesgo al trabajador*”. Para ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Modificación sustancial de...op.cit., pág.2, “*este poder exorbitante del empresario supone una excepción a la regla civil del pacta sunt servanda y del art.1256 CC. Pese a estas reglas y principios del derecho común, el propio derecho de obligaciones y contratos conoce excepciones por la vía de la cláusula rebus sic stantibus o de la alteración sobrevenida de circunstancias, en otros sistemas. Esto es, en todos los contratos considera que existe una cláusula tácita, según la cual la existencia de la relación contractual tal como fue convenida por las partes depende de las subsistencia de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato, de tal forma que si sobreviene un cambio importante en el estado de los hechos que existían o fueron contemplados por las partes al contratar, podrá revisarse el contenido de las obligaciones para compensar el desequilibrio de las prestaciones. El TS la ha concebido como un mecanismo para restablecer el justo equilibrio de éstas pero, en cuanto que supone una modificación del régimen de la relación obligatoria y del sistema de organización de intereses por desaparición sobrevenida de la base del negocio, se admite con muchas cautelas y ha sido objeto de aplicación restrictiva por sus innegables peligros y la inseguridad que genera* (SAN 15/7/2014 rec.119/2014, STS 30/6/2014 rec2250/2012)

¹⁷⁴² En palabras de MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág. 8. Para MORÓN PRIETO, R.: “Modificación de condiciones de trabajo: causalidad, razonabilidad e idoneidad. La exclusión del dumping social como causa justificativa (A propósito de la SAN de 15-7-2014, Rec.119/2014, Caso FNAC”, *Revista Información Laboral*, nº 8/2014, BIB 2014\3746, pág. 1, en la actualidad, se concibe casi como un “*instrumento normal del ius variandi empresarial, ampliando su ámbito de actuación y despojado de cualquier fórmula de control administrativo y, en gran medida, de su causalidad*”.

Antes de la publicación del EBEP, las Administraciones Públicas venían aplicando el art.41 ET si bien, para ello, debían probar la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, ya que los Tribunales no admitían modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo fundamentadas, meramente, en la potestad de autoorganización de la Administración Pública¹⁷⁴³. Con la llegada del EBEP, éste habla de movilidad, cabe entender que tanto funcional como geográfica del personal laboral en su art.83. No obstante, no contiene ninguna mención a cerca de la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los empleados laborales de la Administración Pública.

Ante este mutismo, cierto sector doctrinal niega la viabilidad su aplicación al colectivo de empleados públicos laborales¹⁷⁴⁴. Básicamente razonan que si el EBEP hubiese querido que se aplicase a los laborales de la Administración Pública hubiese sido tan sencillo como recoger alguna mención en su articulado al respecto. Argumentan, por otra parte, que las condiciones de trabajo a modificar con el art.41 ET, como se dirá, son aquellas incorporadas al contrato de trabajo por la autonomía de la voluntad y ésta tiene un peso muy relativo en el sistema de fuentes de la relación laboral en la Administración Pública por lo que cabría considerar poco factible la aplicación del mismo en este ámbito.

Sin embargo, también existen argumentos proclives a la aplicación del art.41 ET a este colectivo. Por una parte, conforme al art.7 EBEP, el silencio de esta norma lleva a aplicar la prelación de normas recogida en dicho precepto¹⁷⁴⁵. Esto es, aplicar lo dispuesto específicamente en el EBEP para el personal laboral y lo dispuesto en general para todos los empleados públicos y, en aquello no contemplado por el mismo, recurrir a la legislación laboral y, por tanto, al art.41 ET. Ahora bien, la extrapolación sin más de este precepto al contrato de trabajo en una Administración Pública, plantea algunas

¹⁷⁴³ ROQUETA BUJ, R.: “La reestructuración de...op.cit., pág. 5.

¹⁷⁴⁴ GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: “Reestructuración de plantillas...op.cit..574 y ss.

¹⁷⁴⁵ ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.35, indica que “el art.7 EBEP... alude expresamente a los convenios colectivos como fuentes de la relación laboral, pero no a los contratos de trabajo...los trabajadores de la Administración, a diferencia de los del sector privado, tienen siempre respecto de la Administración los derechos y obligaciones establecidos en las normas legales y convencionales, no entrando en juego ni la autonomía individual ni la autonomía colectiva de efectos personales limitados...ello no significa que la Administración no pueda modificar las condiciones de trabajo en función de las necesidades objetivas de los servicios respetando las normas legales y convencionales, así como los límites que se deducen de la prohibición de la arbitrariedad. Esta potestad está implícita en el principio de autoorganización. Y si la modificación tiene carácter colectivo, deberá enmarcarse en un PORH, cuyos criterios generales deberán ser objeto de previa negociación ”. Sin embargo, hay que recordar que el EBEP, aunque no la menciona expresamente entre las fuentes de la relación laboral de empleo público, sí se remite al contrato de trabajo el EBEP, por ejemplo, en materia de salario del personal laboral (vid art.27 EBEP).

distorsiones, como después se dirá¹⁷⁴⁶, porque no está pensado para su utilización por un empleador de este tipo, sino que se concibe para su uso en el sector privado. Por otro lado, cuando el legislador ha querido que algún precepto de la normativa laboral no resultase de aplicación a la Administración Pública, lo ha dispuesto expresamente¹⁷⁴⁷. Así ha sucedido con la DA 17ª ET que impide la aplicación de la suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y fuerza mayor (art.47 ET) en la Administración Pública y, sin embargo, no se prohíbe a la Administración Pública recurrir al art.41 ET.

Dicho todo lo anterior, la negociación colectiva en el sector público no ha tenido problema alguno en recoger esta institución para su aplicación al ámbito del personal laboral. Hay que decir que la práctica negocial suele remitir a lo dispuesto en el art.41 ET, si bien adaptando el concepto de causas y modulando el procedimiento de aplicación de esta modificación sustancial a las singularidades del empleador público.

En las páginas siguientes quiere repararse en la aplicación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo en las relaciones laborales del personal al servicio de la Administración Pública a través del art.41 ET del que, se advierte, por la amplitud del tema, se relegarán aquellos aspectos que afectan a cuestiones procedimentales. En cualquier caso, coincidimos con la doctrina que subestima la utilidad de la aplicación de instituciones laborales como ésta en la gestión del empleo público. La rebaja de las condiciones laborales de estos empleados, tanto laborales como funcionarios, suelen materializarse por medio de la aprobación de normativa tanto estatal como autonómica, habitualmente presupuestaria¹⁷⁴⁸.

2. Un esbozo del art.41 ET.

Como la doctrina judicial señala, el art. 41.1 ET autoriza al empresario, con toda amplitud, a la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo, que el trabajador está obligado a aceptar adaptándose al cambio, sin el cual su prestación de servicios puede llegar a ser inútil. Y no sólo eso, sino que, también, el propio art.41.1 ET atribuye al empresario la decisión o la iniciativa para la introducción de modificaciones sustanciales,

¹⁷⁴⁶ QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La flexibilidad interna...op.cit.*, pág.115.

¹⁷⁴⁷ Por otros, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras...op.cit.*,pág.211; BENAVIDES VICO, A.: *El ajuste de...op.cit.*pág.69. BENAVIDES VICO, A.: *El ajuste de las condiciones laborales*, Lex Nova Thomson Reuters, 2013

¹⁷⁴⁸ ÁLVAREZ MONTERO, A.: “¿El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores corrige irracionalidades de la gestión pública? A veces; nunca si son ilegales”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014, pág.178.

de forma que, ese poder de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo es un verdadero derecho concedido al empleador por medio del cual éste puede variar las condiciones contractuales de sus trabajadores¹⁷⁴⁹.

Avanzando ya en la aproximación a esta institución típica y exclusiva del Derecho del Trabajo, cabe recabar que la aplicación de esta herramienta queda supeditada a la exigencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y a la sujeción a un determinado procedimiento. Requisitos causales y formales que quedan significativamente aligerados tras la reforma laboral de 2012¹⁷⁵⁰, quizás con la intención de ponérselo muy fácil al empresario que opte por esta solución de adaptar las condiciones de trabajo y descarte, o demore, la decisión de extinguir el mismo¹⁷⁵¹. Conviene no olvidar que, durante la etapa de pandemia por la COVID-19, nuestros Tribunales han admitido una flexibilización de los requisitos para la aplicación de este art.41 ET, de tal manera que se posibilitan alteraciones unilaterales sustanciales de las condiciones de trabajo sin necesidad de acudir a este precepto, como destaca la doctrina, de manera que se “*está ahondando en esta espiral devaluadora del estatuto protector de los trabajadores*”¹⁷⁵².

Conviene aclarar que si la modificación sustancial en la condición de trabajo es aplicada por el empresario como consecuencia del obligado cumplimiento de una

¹⁷⁴⁹ Por otras vid, STSJ Madrid 13/11/2012 rec.43/2012.

¹⁷⁵⁰ Para LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*, pág. 321, aunque de manera expresa no se contiene una herramienta semejante para ser aplicada a los funcionarios, “*queda a discreción de los órganos de dirección de las Administraciones, la posibilidad de modificar sustancialmente sus condiciones de trabajo en función de las necesidades discrecionalmente apreciadas, sin más límite que los que se deducen de la prohibición de la arbitrariedad*”; esta facultad de la Administración encontraría justificación en “*la concepción tradicional que sustenta el régimen estatutario que reconoce que la relación es de carácter unilateral y sitúa a la Administración en una posición de supremacía especial que puede encontrar sustento en el principio de jerarquía y autoorganización recogido en el art.103.1 y 2 CE y entenderse implícitas en el deber de obediencia del art.53.2 EBEP*”. El Derecho del Trabajo, en este sentido, resultaría más protector ya que impide “*un uso indiscriminado arbitrario de este poder, sino que aquellas potestades se conciben como excepciones, sujetas al control judicial, para evitar los posibles perjuicios que se puedan ocasionar a la profesionalidad del trabajador. La posibilidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo queda así reducida a que existan probadas razones técnicas, económicas organizativas o productivas que sólo podrán arbitrarse por los procedimientos en dichos preceptos establecidos*”.

¹⁷⁵¹ El ordenamiento laboral no prioriza la flexibilidad interna sobre la externa, por lo que los empresarios suelen preferir la externa.

¹⁷⁵² BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Geometría variable de la MSCT por la COVID-19” en <https://ignasibeltran.com/2021/11/18/geometria-variable-de-la-msct-por-la-covid-19/> (visitada el 25/11/2021), quien lamenta que “*se presume la legitimidad de estas alteraciones contractuales porque se estima que un cambio de las condiciones pactadas siempre es menos perjudicial que la pérdida del empleo. Posibilidad que se admite a costa de una disminución de la seguridad “en el mercado”...a cambio de permanecer en el puesto de trabajo, debe renunciarse a lo único que conforme a la lógica liberal hubiera protegido a los trabajadores frente al empresario: el contrato*”.

obligación legal, no entra en funcionamiento el art.41 ET¹⁷⁵³. En este sentido, y en el ámbito de las Administraciones Públicas, no resulta extraño que la aplicación del contenido de las leyes de presupuestos ocasionen un empeoramiento de las condiciones de trabajo de los empleados públicos¹⁷⁵⁴. Tampoco cabe acudir al mecanismo del art.41 ET para transformar el régimen contractual y pasar de un contrato a tiempo completo a un contrato a tiempo parcial, o de una relación laboral común a una relación laboral especial,...-. Este otro tipo de cambios que suponen una modificación “radical” del contrato de trabajo precisan de un nuevo intercambio de consentimientos de trabajador y empresario a través de una novación contractual (art.12.4 e ET)¹⁷⁵⁵.

2.1. Límites en la aplicación del art.41 ET. Condiciones de trabajo versus condiciones de empleo

La modificación sustancial que justifica el art.41 ET lo es de las condiciones de trabajo¹⁷⁵⁶. El concepto de “*condiciones de trabajo*” difiere del de “*condiciones de*

¹⁷⁵³ En la STS 12/5/2021 rec. u.d. 164/2020, sobre un cambio temporal de calendario laboral y turnos de trabajo para preservar la salud frente al COVID-19, se resuelve que no se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al margen de lo dispuesto en los arts. 41 y 82.3 ET, sino ante la aplicación de un mandato normativo. Ello no supone otorgar a la empresa un poder omnímodo en la adopción de tales medidas, pues el poder de dirección habrá de respetar en todo caso el mandato normativo, sin que pueda excederse del mismo. Vid también, SSAN 12/5/2021 rec.393/2020; 28/10/2020 rec.143/2020.

¹⁷⁵⁴ Así lo recuerda ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...op.cit.,pág.32, citando sentencias como SSAN 21/12/2012 y 19/4/2013. NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit.,pág.2, apunta como, por aplicación de la ley y sin necesidad de acudir al art.41 ET, en relación con los profesores de religión en centros públicos su jornada puede variar anualmente para adaptarse a las necesidades de cada curso académico (art. 4 RD 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la DA 3ª Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; vid, por otras, STSJ Murcia 14/1/2015 rec. 462/2015). La adecuación anual a esos condicionantes, salvo situaciones de abuso de derecho o de vulneración de derechos fundamentales, no entraña modificación sustancial alguna (STS 20/12/2011 rec.480/2011). Subraya RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras...op.cit.*,pág.218, que la reducción de jornada es consecuencia de la adaptación de la asignatura a las necesidades de los centros públicos y que la potestad de autoorganización de la Administración le faculta a establecer los tiempos de actividad de sus empleados.

¹⁷⁵⁵ Por ejemplo, STS 11/4/2005 rec.134/2004, en el supuesto de querer el empresario que parte del trabajo se realice ahora a domicilio. Esta modificación supone un cambio parcial del régimen contractual que excede del art.41 ET, porque este precepto se refiere a las modificaciones sustanciales que se produzcan en el marco de un determinado contrato de trabajo, pero no a las condiciones que puedan determinar un cambio de régimen contractual, como muestra la regla del art.12. 4 ET para el contrato a tiempo parcial, y tampoco sería posible autorizar el cambio de una relación indefinida por una temporal o de una relación común por una especial.

¹⁷⁵⁶ A pesar de que la reforma laboral de 2012 facilita que el empleador pueda recurrir al art.41 ET, la redacción del mismo sigue conteniendo una gran cantidad de conceptos jurídicos indeterminados – ej. condiciones de trabajo, sustancial, causas económicas, técnicas, organizativas y de producción,...- que, a juicio de PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna...op.cit.*, pág. 64, “*generan inseguridad jurídica desincentivadora del uso de esta institución*”. En la misma línea, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2013 BIB 2013/53, pág.1 y 3, lamenta que su actual regulación se sirve de “*menciones genéricas a conceptos jurídicos indeterminados, que poco aclaran y que son fuente de problemas interpretativos, y por ello mismo de conflictos entre las*

empleo”, aunque pudiera parecer lo contrario porque con frecuencia se emplean como expresiones sinónimas o incluso se utiliza la voz “*condiciones de trabajo*”, en un sentido amplio, englobando a las condiciones de empleo.

Por condiciones de empleo, hay que entender “*los aspectos de la regulación de la relación de trabajo atinentes a su duración, vicisitudes y extinción*”. Esto es, acceso al empleo (ingreso), modalidades contractuales (indefinido, temporal, parcial,...), promoción (ascensos), movilidad funcional, movilidad geográfica, cese (extinción, despido,...) En sentido amplio la expresión “condiciones de trabajo” engloba la totalidad de derechos y deberes, principales o accesorios que se deducen de la relación laboral; estrictamente hablando, se entienden por tales las relativas a “*aspectos de la regulación de la relación de trabajo concernientes a la ejecución de la prestación de trabajo y a las contrapartidas de la misma*”¹⁷⁵⁷. Esto es, tan sólo los elementos que determinan la prestación básica de trabajador y empresario – trabajar y retribuir el trabajo – “*en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento*”¹⁷⁵⁸. Luego podrían incluirse aquí los aspectos relativos a la función desempeñada por el trabajador, su tiempo de trabajo, medios de trabajo,... así como la retribución, mejoras o beneficios complementarios, acción social,...

En cualquier caso, como se ha dicho, las modificaciones permitidas por el art.41 ET son las de las condiciones de trabajo, y por ellas hay que entender los aspectos relativos a la ejecución de la prestación de trabajo y sus contraprestaciones, pero no alcanza a las condiciones de empleo que se proyectan sobre la propia configuración de la relación laboral y sus vicisitudes¹⁷⁵⁹.

EBEP y ET se sirven de ambos conceptos y también el ordenamiento comunitario. De las resoluciones del TJUE se deduce una interpretación amplia del concepto de

partes, poco acordes con las necesidades de adaptación a las circunstancias actuales de las empresas, que exigen la adopción de decisiones urgentes, no cuestionadas constantemente ante los tribunales...” En su opinión, nuestro mercado de trabajo, del que siempre se destaca su rigidez, precisa de una regulación que posibilite al empresario una mayor libertad decisoria.

¹⁷⁵⁷ Vid MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo...*op.cit.,pág.50.

¹⁷⁵⁸ Recuerda FRAGUAS MADURGA, L.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo y la reforma laboral de 2012: régimen jurídico, perspectivas y puntos críticos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 357, 2012, pág.112, que el art.41 ET recurre a un concepto estricto de condición de trabajo “*todas aquellas condiciones que determinan la forma concreta de cumplimiento de las prestaciones recíprocas...*”

¹⁷⁵⁹STS 11/4/2005 rec.134/2004. Vid NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales...”op.cit, pág.2.

condiciones de trabajo, comprensiva incluso de lo que propiamente podrían considerarse condiciones de empleo. La expresión “*condiciones de trabajo*” designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral. En relación, por ejemplo, con la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE, el criterio decisivo para determinar si una medida está incluida en este concepto de condiciones de trabajo es el del empleo, esto es, la relación laboral entre un trabajador y su empresario¹⁷⁶⁰. Entiende incluidos en el concepto de condiciones de trabajo, en el sentido de la cláusula 4ª del Acuerdo marco, los trienios¹⁷⁶¹; una prima de antigüedad¹⁷⁶²; un complemento salarial por antigüedad¹⁷⁶³; sexenios por formación permanente¹⁷⁶⁴; las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior o al cálculo de los períodos de servicio requeridos para poder ser objeto de un informe de calificación anual¹⁷⁶⁵; el derecho a participar en un plan de evaluación del profesorado y a los correspondientes incentivos económicos¹⁷⁶⁶; reducción de la jornada laboral a la mitad y la consecuente disminución del salario¹⁷⁶⁷; tratamiento que ha de darse al preaviso o la finalización de los contratos de trabajo de duración determinada¹⁷⁶⁸; situación de servicios especiales¹⁷⁶⁹; una indemnización por extinción¹⁷⁷⁰ o por fin de contrato de duración determinada¹⁷⁷¹; la participación en un sistema de carrera profesional y el complemento retributivo al que da lugar esa participación deben considerarse condiciones de trabajo¹⁷⁷²;... Y se habla de condiciones de empleo en relación con la “*toma en cuenta, en el contexto de un procedimiento de*

¹⁷⁶⁰ Vid SSTJUE 12/12/2013 Asunto C-361/12 Carratu; 13/3/2014 Asunto C- 38/13 Nierodzik; 14/9/2016 Asunto C-596/14 De Diego Porras I; Auto 9/2/2017 asunto C-443/16 Rodrigo Sanz.

¹⁷⁶¹ SSTJUE 13/9/2007 Asunto C-307/05 Del Cerro Alonso; 22/12/2010 Asuntos C-444/09 y C-456/09 Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres apartados 50-58; 9/7/2015 Asunto C-177/14 Regojo Dans.

¹⁷⁶² SSTJUE 13/09/2007 Asunto C-307/05 Del Cerro Alonso; 9/2/2012 Asunto C-256/11 Lorenzo Martínez.

¹⁷⁶³ SSTJUE 22/12/2010 Asuntos C-444/09 Gavieiro Gavieiro y CC-456/09 Iglesias Torres.

¹⁷⁶⁴ ATJUE 9/2/2012 Asunto C-556/11 Lorenzo Martínez.

¹⁷⁶⁵ STJUE 8/9/2011 Asunto C-177/10 Rosado Santana.

¹⁷⁶⁶ ATJUE 21/9/2016 Asunto C-631/15 Álvarez Santirso.

¹⁷⁶⁷ ATJUE 9/2/2017 Asunto C-443/16 Rodrigo Sanz.

¹⁷⁶⁸ SSTJUE 14/9/2016 Asunto C-596/14 De Diego Porras I; 13/3/2014 Asunto C-38/13 Nierodzik; 25/6/2018 Asunto Vernaza Ayovi.

¹⁷⁶⁹ STJUE 20/12/2017 Asunto C-158/16 Vega González.

¹⁷⁷⁰ SSTJUE 14/09/2016 Asunto C-596/14 De Diego Porras I, 9/2/2017 Asunto C-574/16 Grupo Norte Facility; 5/6/2018 Asuto C-677/16 Montero Mateos.

¹⁷⁷¹ STJUE 25/6/2018 Asunto Vernaza Ayovi.

¹⁷⁷² STJUE 22/3/2018 Asunto C-315/17 Centeno Melendez.

selección interno promoción, de períodos de servicio previamente completados como funcionario interino”¹⁷⁷³.

El art.41 ET indica que la modificación de las condiciones de trabajo afectará, entre otras, a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39 ET. Como ha sentado el Tribunal Supremo, es una lista abierta ejemplificativa dado que se utiliza la expresión “*entre otras*”, no limitándose el elenco de posibilidades a las expresamente enumeradas o tipificadas en el art.41.1 ET¹⁷⁷⁴. Así, es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son sustanciales, pero también ha de afirmarse que tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, porque es unánime criterio del Tribunal Supremo el de que la aplicación del art. 41 ET no está “*referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación*”. Con lo que concluye que ni están todas las que son ni son todas las que están¹⁷⁷⁵.

Entre las materias enumeradas dos tienen que ver con la retribución a percibir por el trabajador como contraprestación por el trabajo realizado: el sistema de remuneración y la cuantía salarial. Aquí nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, el sistema de remuneración, que se interpreta por la Jurisprudencia como la aplicación de unas normas de valoración que obligan al reconocimiento de la retribución derivada de su resultado. De forma tal que, de no hacerse efectiva, el trabajador afectado ostenta una acción para exigir su cumplimiento¹⁷⁷⁶. Y, en segundo lugar, se menciona a la cuantía salarial¹⁷⁷⁷, y, en este caso sí que el ET nos proporciona una definición de salario: “...*la*

¹⁷⁷³ STJUE 08/09/2011 Asunto C-177/10 Rosado Santana.

¹⁷⁷⁴ Entre otras, SSTS 26/4/2006 rec.2076/2005; 17/6/2021 rec.180/2019.

¹⁷⁷⁵ Por otras SSTS 9/4/2001 rec.4166/2000; 3/4/1995 rec.2252/1994. Se ha aplicado el art.41 ET para reducir o suprimir el descuento en compras de los trabajadores (STS 11/12/1997 rec.1281/1997), el disfrute gratuito de autobús (STSJ Aragón 24/11/2014 rec.673/2014); o la consideración como tiempo efectivo de trabajo de la pausa bocadillo (SAN 5/5/2014).

¹⁷⁷⁶STS 22/6/1998 rec.4539/1997. Vid FRAGUAS MADURGA, L.: “La modificación sustancial...op.cit., pág.127. VALLEJO DACOSTA, R.: *Modificaciones de las condiciones de trabajo*, CES, Madrid, 2002, los sistemas de remuneración “*son procedimientos de cuantificación del importe del salario*”.

¹⁷⁷⁷ Con la incorporación de la “cuantía salarial” al art.41.1 ET, para MAZUELOS FLORES, M.D. Y PÉREZ ANAYA, R.M.: “Los límites del poder de dirección del empresario en la modificación de la cuantía salarial” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.640, “*el salario deja de ser un derecho*

*totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie*¹⁷⁷⁸, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo” (art.26.1 ET). No es, sin embargo, que antes de su mención expresa no fuese posible su modificación, ya que la redacción precedente de este precepto, también mostraba una relación ejemplificativa de condiciones de trabajo a modificar. Esto es, como la lista de condiciones de trabajo del art.41.1 ET era un listado abierto no era preciso incluir expresamente la referencia a la “*cuantía salarial*” para que el empresario pudiera servirse de esta medida. Parece pues que, esa mención expresa, pueda ser una llamada de atención al empresario para que repare en la posibilidad de utilizar ese recurso de flexibilización de las condiciones de trabajo en un contexto de severa crisis económica¹⁷⁷⁹.

Evidentemente esta posible actuación del empresario, recurriendo a modificar de una u otra manera la retribución del trabajador, supone un ataque a su poder adquisitivo¹⁷⁸⁰. El empresario podrá modificar con el art.41 ET la cuantía salarial a la baja, por voluntad unilateral, con el límite de la retribución prevista en el convenio colectivo – que únicamente es modificable por el art.82.3 ET - y, en caso de no existir éste, el límite será la cuantía del salario mínimo interprofesional¹⁷⁸¹. La modificación de la cuantía salarial, dado la ausencia de límites del art.41 ET, podrá suponer la reducción de alguno de los componentes del salario o complemento salarial o “*afectar de forma general al total de las percepciones económicas que reciban los trabajadores*”. Ello sin

inalterable ya que va a estar supeditado a aquellos cambios operados en las empresas que afecten a la competitividad de las mismas”.

¹⁷⁷⁸Sobre salario en especie vid SSTS 25/11/2015 rec.229/2014, 18/11/2015 rec.19/2015. Pese a no ser salario, cabe incluir a los complementos extrasalariales, STS 12/9/2016 rec.246/2015.

¹⁷⁷⁹ En RAMOS MORAGUES, F.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, BIB 2012\2902, pág.1.

¹⁷⁸⁰Para MAZUELOS FLORES, M.D. Y PÉREZ ANAYA, R.M.: “Los límites del poder...op.cit., pág. 656, se da un paso más en la devaluación del salario que acabará repercutiendo en la competitividad empresarial. En la STS 23/7/2020 rec.822/2018 se sostiene que una reducción del salario en un 3.87% no es perjuicio grave de tal entidad que permita la extinción indemnizada del contrato. No se discute que haya de aplicarse por el empresario el art.41 ET pero sí que es necesario que quede probada la gravedad del perjuicio sufrido con el trabajador por la misma, para poder recurrir a la resolución del contrato por esta causa.

¹⁷⁸¹Por otras vid SSTS 12/6/2013 rec.103/2013; 27/1/2014 rec.100/2013. A no ser que, como estudia GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.105, el empresario haya aplicado previamente el descuelgue salarial. Con un art.41 ET mucho más flexible que en su redacción anterior, algún empresario puede verse tentado a rebajar la cuantía salarial y simultáneamente modificar la jornada de trabajo o aplicar reglas de movilidad geográfica con la intención de forzar al trabajador a extinguir su contrato de trabajo (art.41.3 ET). Para prevenir este tipo de actuaciones torticeras por el empresario, el legislador debería haber pensado en algún medio de desincentivarle, por ejemplo, reconociendo al trabajador que optase por extinguir su contrato de trabajo una indemnización en cuantía equivalente a la del despido improcedente.

olvidar que la introducción de una modificación sustancial del sistema de remuneración podría terminar afectando a la cuantía salarial¹⁷⁸².

En cuanto a la modificación sustancial de la condiciones de trabajo que afecte a las funciones, que excedan de la movilidad funcional del art.39 ET, y para las que debería seguirse el procedimiento del art.41 ET, encajarían aquí los supuestos en los que se pretende una movilidad funcional “*vertical*” - ascendente o descendente – de carácter permanente por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁷⁸³. Recuérdese que se ha dicho que el art.39.4 ET para el cambio de funciones, distintas de las pactadas, no incluido entre los supuestos de movilidad funcional, requiere o bien del acuerdo de las partes o, en su defecto de las reglas previstas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo. Y por ello la doctrina se plantea si puede la negociación colectiva libremente establecer cómo llevar a cabo esta modificación o ha de someterse al art.41 ET teniendo únicamente permitido la mejora del mismo¹⁷⁸⁴.

Las condiciones de trabajo que expresamente enumera este precepto y que tienen que ver con el tiempo en que éste ha de prestarse son la jornada de trabajo, horario y

¹⁷⁸² MAZUELOS FLORES, M.D. Y PÉREZ ANAYA, R.M.: “Los límites del poder...op.cit.,pág. 641. En la STS 17/6/2021 rec.180/2019 se considera modificación sustancial la prohibición de recibir propinas, aunque las propinas posean naturaleza extrasalarial luego no sean salario puesto que dependen de la voluntad de un tercero. En la etapa de pandemia distintas resoluciones judiciales entienden que no es preciso recurrir al art.41 ET para suspender el abono del ticket restaurante – concepto extrasalarial y compensatorio – a aquellos trabajadores que prestan servicios en régimen de teletrabajo (SAN 22/9/2021 rec.47/2021); o del anticipo de la retribución variable en el mes de junio porque la irrupción del coronavirus conllevó el vaciado de la previsión de objetivos (STS 20/11/2021 rec.131/2021).

¹⁷⁸³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*pág.323, entiende que, en ese caso, puede aplicarse el art.83 EBEP y que esa modificación llegue a regirse por lo previsto para los funcionarios en materia de provisión de puestos de trabajo y movilidad. Vid, por otras, STS 26/9/2018 rec.114/2017 en el que se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo por cambio de funciones y consecuente pérdida de complemento salarial. Se reconoce el derecho a la extinción indemnizada de su contrato, por otras, STSJ Madrid 18/12/2015, porque se produce una modificación sustancial de funciones cuando las asignadas exceden de los límites previstos para la movilidad funcional en el art. 39 ET sin que pueda apreciarse su concurrencia cuando el cambio es breve y justificado. No se trata de la simple proposición u orden de la empresa del desempeño de cargo distinto dentro de los límites de la movilidad funcional prevista del art.39 ET, sino de la auténtica y permanente asignación de un puesto de trabajo de inferior categoría mediante la privación de las funciones superiores de inspección y decisión que hasta ese momento venía desempeñando.

¹⁷⁸⁴ Vid. LÓPEZ BALAGUER, M.: “Nuevas perspectivas en...op.cit.,pág.255. POQUET CATALÁ, R.: *Las modificaciones del...op.cit.*,pág.104, concluye que el art.39.4 ET “no dispositiviza para la negociación colectiva las reglas de procedimiento, causas y efectos del art.41 ET porque constituyen normas de derecho necesario”. Como resuelve la SAN 22/1/2016 estudiada por NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit., pág.4, si el cambio de funciones afecta al sistema de clasificación regulado en el convenio entonces hay que seguir la vía del art.82.3 ET (STS 17/12/2014 rec.24/2014).

distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos¹⁷⁸⁵. Si a lo anterior se añade que, además son varias las herramientas que el ordenamiento laboral ofrece al empresario para modificar la jornada de trabajo, se deduce que el ordenamiento laboral quiere ponérselo muy fácil a la hora de eliminar rigidez de esta condición laboral¹⁷⁸⁶. El empresario podrá escoger, en función de sus necesidades o circunstancias concretas, aquella que le resulte más útil y fácil de aplicar para alterar unilateralmente las condiciones de trabajo relacionadas con esta materia. Para el trabajador no resultará inocua la elección por su empresario de una u otra vía de modificación, dado que en algunos casos se podrá considerar la situación como de desempleo, teniendo derecho a la prestación por desempleo parcial, en su caso; o la posibilidad de extinguir con indemnización el contrato, mientras que en otros casos ni si quiera tendrá compensación por la rebaja de sus condiciones laborales¹⁷⁸⁷.

Cabe descartar que a través del art.41 ET, como ya se ha adelantado, pueda convertirse un trabajo a tiempo completo en uno a tiempo parcial –y viceversa- porque tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como dispone el art.12.4.e ET¹⁷⁸⁸. La reducción definitiva de jornada debe producirse por medio de esta novación contractual y ello exige el acuerdo de voluntades de empresario y trabajador, según el art.12.4 e ET, lo cual plantea sus limitaciones en el empleo con una Administración Pública por el escaso peso del contrato de trabajo como fuente de derechos y obligaciones en los empleados públicos laborales.

Otra posibilidad que tiene el empresario en materia de modificación de jornada es recurrir a la distribución irregular de jornada de trabajo a lo largo del año. Ello se llevará

¹⁷⁸⁵ La jornada tendría que ver con la cantidad de trabajo – cuánto trabajar - y el horario con la distribución del mismo – cuándo trabajar-. Advierte RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras...op.cit.*, pág.209, que tanto el EBEP como las normas de función pública guardan silencio sobre la modificación de estas condiciones de trabajo. Luego la Administración podrá modificarlas “*en función de las necesidades de servicios, discrecionalmente apreciadas, sin más límites que la prohibición de la arbitrariedad*”.

¹⁷⁸⁶ BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad en...op.cit.,pág. 53 y ss, analiza como, con el paso del fordismo al toyotismo, el trabajador va perdiendo el control de su tiempo personal. La flexibilización en las condiciones relacionadas con el tiempo de trabajo normalmente tienen un relevante ahorro en costes aunque suele ser incompatible con la gestión por parte del trabajador de su tiempo personal.

¹⁷⁸⁷ Vid FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art.47 ET”, *TyD*, nº 17, 2016,pág.2.

¹⁷⁸⁸ Por otros, vid ARGÜELLES BLANCO, A.R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo y derechos laborales” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.433, si la modificación es tan drástica que afecta radicalmente a las condiciones esenciales del contrato, y se pone en riesgo el equilibrio contractual, hay que ir a la vía del art.12.4 ET.

a cabo mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, sin necesidad de alegar causa alguna, el empresario podrá distribuir unilateralmente la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo (art.34.2 ET). La norma, en este último caso, no exige ni causa ni formalidad alguna para su implantación. No habría problema para implantar este tipo de medidas por parte de la Administración Pública por necesidades de atención del servicio público.

Si pensamos en la reducción temporal de jornada, el empresario podrá suspender el contrato de trabajo o reducir la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor, conforme al art.47 ET; si bien, como ya se ha mencionado, la reducción temporal de jornada a través del art.47 ET queda vetada a las Administraciones Públicas, al disponerlo así la DA 17^a ET.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse qué supuestos modificativos de la jornada de trabajo pueden canalizarse a través del art.41 ET. Mayoritariamente se admite que a través del art.41.1 ET pueda producirse un aumento o reducción de jornada que habrá de realizarse en el espacio que le dejan otros preceptos como el art.12.4 y 47 ET. Ante el silencio del precepto, hay que pensar que la modificación sustancial de la jornada podría tener tanto carácter temporal como definitivo¹⁷⁸⁹.

Se plantea recurrir al art.41 ET para reducir la jornada en el caso de un contrato a tiempo parcial, pues el contrato resultante seguiría siendo un contrato a tiempo parcial y no se produciría un cambio de régimen jurídico¹⁷⁹⁰, lo que no haría preciso acudir al art.12.4.e ET, aunque no hay unanimidad en la doctrina¹⁷⁹¹.

¹⁷⁸⁹La modificación sustancial puede tener carácter temporal pero también definitivo y definitiva puede ser la modificación de la jornada a través de la art.12.4 ET, por otros vid ALVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial del tiempo de trabajo: régimen jurídico y alternativas” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.422. FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de...op.cit.pag.2.

¹⁷⁹⁰Se trataría, en opinión de RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.139, de “*reducciones temporales de jornada que no provocarían la conversión contractual*”. Por otros vid FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A.: “La reducción de la...op.cit., pág.26, podría admitirse para los supuestos de reducción de horas de trabajo en un contrato a tiempo completo sin dejar de ser a tiempo completo – lo que plantea problemas porque no siempre está clara la frontera entre trabajo a tiempo parcial y a tiempo completo-. De llevarse a cabo por la vía del art.41 ET no podría suponer la aplicación de las reglas del contrato a tiempo parcial. Y es un problema diferenciar cuándo se está ante una reducción que supone la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial y cuando estamos antes un ajuste de jornada dentro de la misma modalidad, como analiza FRAGUAS MADURGA, L.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág.118.

¹⁷⁹¹BALLESTER LAGUNA, F.: “¿Es posible reducir la jornada de trabajo por la vía del artículo 41 ET? La aportación a este debate de la reforma laboral de 2012 en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del*

Podría acudir al art.41 ET para reducciones temporales de jornada –las definitivas precisarían del acuerdo de voluntades del art.12.4 ET- pero únicamente en los espacios que le permita el art.47 ET¹⁷⁹². En cuanto a la relación entre ambos preceptos cabe destacar las mayores exigencias, tanto de causalidad como procedimentales, cuando el empresario recurre al art.47 ET¹⁷⁹³. Asimismo, otra diferencia es que la medida del art.47 ET tiene carácter temporal y se considera situación legal de desempleo, mientras que el trabajador que vea reducida su jornada por vía del art.41 ET no disfrutará de la prestación por desempleo¹⁷⁹⁴- aunque sí tienen derecho a extinguir su contrato-.

Entendiendo esto así, cabría acudir al art.41 ET para las modificaciones de jornada inferiores al 10% si la modificación reviste el carácter de sustancial¹⁷⁹⁵ - no han de implicar transformación del contrato porque en entraría en juego el art.12.4 ET¹⁷⁹⁶-. En cuanto a las reducciones superiores al 70% de la jornada podría plantearse la aplicación del art.41 ET si tienen carácter temporal porque cabría entender que, en ese caso, no se exige aplicar el art.12.4 ET que exigiría que la reducción de jornada fuese definitiva. Aunque mayoritariamente la doctrina prefiere recurrir al art.47 ET para las reducciones de jornada¹⁷⁹⁷. La Jurisprudencia distingue la reducción del art.47 ET que ha de tener

Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.453, entiende que el art.41 ET no es la vía adecuada para reducir la jornada, ya sea en un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial, ya sea definitiva o temporal.

¹⁷⁹²Vid RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.140, para quien “no parece lógico aceptar dos vías diferentes para llevar a cabo idéntica medida siendo una de ellas más exigente que la otra desde el punto de vista causal y procedimental porque conduciría en la práctica a la inoperatividad de la más rigurosa”.

¹⁷⁹³Reconoce ALVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág.422, que las causas del art.41 y las del art.47 ET coinciden, aunque en el segundo se exige una situación de crisis empresarial bastando en el primero con “una actuación fisiológica propia de la gestión de los recursos humanos”.

¹⁷⁹⁴ Para RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.141, el trabajador, en estos supuestos, podrá acudir a la vía indirecta de resolución del contrato de trabajo para percibir la prestación por desempleo. FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A.: “La reducción de la...op.cit.,pág.32, propone de lege ferenda reconocer el derecho a la prestación por desempleo a los afectados por la reducción de jornada vía art.41 ET, estableciendo los controles que sean precisos para minimizar el fraude; así como derivar al art.47 ET todos los supuestos de reducción de jornada que impliquen reducción de salario.

¹⁷⁹⁵Siempre que esa reducción no sea tan liviana que entre dentro del poder de dirección del empresario y partiendo de la base de que, dada la temporalidad de la reducción, no tendría encaje en el art.12.4 e ET, vid RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.142. Advierte, en el mismo sentido, FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de...op.cit.,pág.2, que tratándose de modificaciones de jornada no sustanciales hay que estar a lo que indique el convenio colectivo, y en su defecto, al poder empresarial. (ej.STSJ Canarias 18/1/2013 rec.751/2012; Galicia 23/1/2013 rec.5087/2012; Cataluña 10/1/2013 rec.884/2012;Madrid 13/3/2013 rec.4860/2012). Estos supuestos son difíciles de encontrar porque la reducción de jornada normalmente lleva aparejada una reducción salarial por lo que se reducen las posibilidades de ser un cambio a imponer unilateralmente por el empresario en el ejercicio ordinario de su poder de dirección”

¹⁷⁹⁶ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Modificación sustancial de...op.cit.,pág 6.

¹⁷⁹⁷ Para RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.142,“la lógica interpretativa lleva a concluir que se trataría de supuestos equiparables a la suspensión contractual que

carácter temporal, aunque no indica su duración máxima, de la reducción de jornada a través del art.41 ET que puede ser incluso definitiva¹⁷⁹⁸. Cualquier otra reducción de jornada que afecte al salario debería reconducirse al art.47 ET, precepto que debe considerarse el medio natural para que el empresario incorpore este tipo de reforma en el tiempo de trabajo a prestar por el trabajador. Tampoco habría inconveniente, aunque sería poco probable, en reducir la jornada por la vía del art.41 ET con carácter permanente, si ello no implica una reducción de salario porque, en caso contrario, hay que acudir al art.12.4 ET al tratarse de una novación del contrato¹⁷⁹⁹.

De la misma manera podría recurrirse al art.41 ET, en lugar de para reducir, para incrementar la jornada tanto en un contrato a tiempo completo¹⁸⁰⁰ como en un contrato a tiempo parcial¹⁸⁰¹.

¿Cabría plantearse la aplicación de una reducción de jornada vía art.41 ET en las Administraciones Públicas, fuera de los supuestos descritos en el art.47 ET? Si se resuelve que el art.41 ET es aplicable en la Administración y, de hecho, la negociación colectiva se ha encargado en muchos casos de concretar su régimen jurídico, puede admitirse, como mayoritariamente hace la doctrina que ésta - a través del art.41 ET-, pueda tanto reducir la jornada de trabajo temporalmente por debajo del 10%, dado que en otros supuestos habría que acudir al art.47 ET, además de reducir de manera permanente la jornada de contratos a tiempo parcial – única posibilidad en principio permitida por el

deberían llevarse a cabo por la vía del art.47 ET". Opina BALLESTER LAGUNA, F.: "¿Es posible reducir...op.cit.,pág.453, que las reducciones de jornada deben canalizarse por el art.47 ET, en otro caso existirían dos procedimientos paralelos igualmente idóneos para conseguir un mismo resultado aunque con diferencias en cuanto a las reglas aplicables y a las garantías establecidas en favor de los trabajadores. En la misma línea vid FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A.: "La reducción de...op.cit.,, pág.30.

¹⁷⁹⁸ STSJ Madrid 10/7/2015 rec.403/2015.

¹⁷⁹⁹ STS 29/7/2014 rec.2005/2013. ALONSO BRAVO, M.: "Flexibilidad interna, modificación...op.cit.,pág.5, entiende que, el ajuste de empleo para atender a necesidades empresariales, mediante la reducción temporal de jornada y proporcionalmente salario, se ordena en el art.47 ET...por lo que lleva a concluir la exclusión de la aplicación del art.41 ET, para decidir unilateralmente por causas empresariales una reducción de jornada, y proporcionalmente de salario, con carácter coyuntural, que no cuenta con el consentimiento del trabajador cualquiera que fuera el porcentaje de la reducción y duración de sus efectos. Al situarse el art.41 ET al margen de la prestación por desempleo, cualquier ajuste temporal del empleo de este tipo, de ubicarse en el supuesto de hecho del art.41 ET, situaría la decisión empresarial extramuros de la pretendida flexiseguridad, con evidente daño para el trabajador. Sólo procede acudir al art.41 ET para una reducción temporal de jornada, aunque sea excesivamente prolongada, de carácter esencial, por razones empresariales, y sin acceso a prestación por desempleo parcial, si se mantiene el salario que percibía el trabajador, o de afectar la decisión modificativa también a la cuantía salarial, si se respeta el SMI o el convencional que correspondiera según la duración de su jornada.

¹⁸⁰⁰ STS 22/10/2018 rec.9/2018: el aumento de jornada, de 37,5 a 39 horas/semana, supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo que no puede efectuarse unilateralmente por la empresa.

¹⁸⁰¹ STSJ Galicia 18/3/2013 rec.6280/2012. Vid NAVARRO NIETO, F.: "Las modificaciones sustanciales...op.cit.,, pág.3.

art.12.4 ET-, como ampliar la jornada hasta el límite de la jornada legal¹⁸⁰². Sin embargo, a nadie se le escapa la dificultad de acudir al art.41 ET dado que la autonomía individual y la colectiva extraestatutaria, tienen poco protagonismo en la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos laborales.

En cuanto a la movilidad geográfica no cabe acudir al art.41 ET, dado que ese mismo precepto remite al art.40 ET.

2.2. Fuentes de la condición de trabajo a modificar. La condición más beneficiosa en el empleo público laboral.

Otra limitación de la aplicación del art.41 ET tiene que ver con el origen o con la fuente de la condición de trabajo que se quiere modificar. No puede utilizarse para la “*modificación de las condiciones recogidas en normas legales y reglamentarias o convenios colectivos*”¹⁸⁰³. No podrá alterar a través de esta herramienta las condiciones de convenios colectivos estatutarios¹⁸⁰⁴ porque, como reza el art.41.6 ET, para ello deberá seguirse lo dispuesto en el art.82.3 ET. De otro modo, resultarán nulas¹⁸⁰⁵. Las condiciones de trabajo que se pueden modificar con esta herramienta son las reconocidas

¹⁸⁰² ROQUETA BUJ, R.: “Nuevas perspectivas en...op.cit.,pág.597, indica que se ha permitido la reducción de jornada, tras una modificación de la RPT, un trabajo a tiempo completo se transforma en tiempo parcial (STSJ Galicia 2/7/1999 rec.2267/1996).

¹⁸⁰³ Vid DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales...op.cit*, pág.109. En el caso de una Administración que suprime unilateralmente una condición más beneficiosa, prevista en un convenio colectivo, los Tribunales entienden que no es necesario acudir al art.41 ET – como pedían los afectados- cuando es la ley la que impone dicha supresión. El TS recuerda - STS 8/3/2017 rec.70/2016- que la existencia de la condición más beneficiosa requiere ineludiblemente que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de manera que se haya incorporado al nexo contractual por un acto de voluntad constitutivo de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo. Pero no es posible hablar del nacimiento de una condición más beneficiosa si se contraría lo dispuesto por las normas (STS 3/2/2016 rec. 143/2015), y en este caso tanto el *RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público*, como la *Ley gallega 1/2012*, prohíben incrementar la masa salarial del personal del sector público gallego, por lo que hubiera sido ilegal una condición más beneficiosa que surgiera al margen de tal limitación. Se concluye que ni hay condición más beneficiosa, válidamente nacida, ni se está ante una decisión unilateral, sino que la Administración Pública actúa en base a lo prescrito por la Ley. No se está ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que se haya introducido obviando las garantías legales, sino ante las consecuencias de lo primero.

¹⁸⁰⁴ Como estudia GARCÍA BLASCO, J.: “La negociación colectiva en la Administración Pública: una breve aproximación a las cuestiones pendientes” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015, pág. 392, “*es dudosa la negociación colectiva de carácter extraestatutario en la Administración Pública, sobre todo por su incompatibilidad con el principio de igualdad. No obstante, sería posible si se garantizase la posibilidad de adhesión individual al convenio de los trabajadores con relación jurídico laboral, garantizando las exigencias de ese principio y las de la propia libertad sindical*”.

¹⁸⁰⁵ Vid SSTS 11/12/2013 rec.40/2013; 13/3/2014 rec.80/2013.

a los trabajadores en el contrato de trabajo¹⁸⁰⁶, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos¹⁸⁰⁷ (art.41.2 ET).

2.2.1. La condición más beneficiosa: fuentes.

El principio de respeto a la condición más beneficiosa –aquella mejora de las condiciones de trabajo disfrutada a título individual por el trabajador o trabajadores que les propicia un trato más favorable que el establecido por la ley o el convenio colectivo aplicable-, resulta ser una de las instituciones más interesantes de nuestro Derecho del Trabajo¹⁸⁰⁸ por su conexión, entre otros, con el principio pro operario, el esquema de fuentes del Derecho del Trabajo o el poder de dirección del empresario. Se la señala, además, como un concepto controvertido o discutido¹⁸⁰⁹, al mismo tiempo que se advierte de que su espacio vital cada día es más reducido¹⁸¹⁰.

La condición más beneficiosa es habitual en el contrato de trabajo del sector privado; sin embargo en el empleo público laboral su presencia es mucho menor y controvertida. Al mantenimiento de esta situación contribuirá, sin duda, la Jurisprudencia

¹⁸⁰⁶No existe condición más beneficiosa incorporada a sus condiciones de trabajo por lo que no hubo alteración o modificación de condiciones de trabajo (STS 14/3/2005 rec. 71/2004). En la STSJ Andalucía 22/3/2017 rec.227/2017 entiende que la elección de las fechas de las vacaciones por los trabajadores es una práctica empresarial constante y mantenida, reiterada en el tiempo de forma voluntaria por la empresa, por lo que es una condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo, y por lo tanto es condición más beneficiosa tal práctica empresarial. Dicha práctica se disfruta de modo prolongado y estable no estando vinculada al cumplimiento de requisito alguno y no amparada por norma legal, paccionada o contractual, y por ello no puede ser eliminada unilateralmente por la empresa demandada pues no cabe la supresión o reducción unilateral por la sola voluntad de la empresa y sin seguir los trámites o posibilidades legalmente establecidas de las ventajas de las que disfrutaban los trabajadores a su servicio. Tal beneficio sólo puede ser modificado por acuerdo o por circunstancias suficientes y debidamente probadas que justifiquen y autoricen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 ET y siguiendo los trámites y cumpliendo los requisitos en el mismo establecidos.

¹⁸⁰⁷STS 26/6/2012 rec.238/2011.

¹⁸⁰⁸ El origen de este principio se sitúa en la doctrina jurisprudencial de la década de 1950, vid OJEDA AVILÉS, A.: “El principio de condición más beneficiosa”, *RPS*, nº 134, 1982, pág.8. Un estudio sobre la evolución en su formulación legal y configuración doctrinal puede encontrarse, por otros, en DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico laboral*, Bosch, 2001, pág.29 y ss. Principio al que SALA FRANCO, T.: “El principio de la condición más beneficiosa”, *RPS*, nº 114, 1977, pág. 37, califica de “vertebral” porque “traspasa horizontal, vertical y transversalmente todo el Derecho del Trabajo”. Para SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*, ACARL, 1989, pág. 51, estamos ante un principio de aplicación del Derecho del Trabajo “complejo pero de gran trascendencia práctica”.

¹⁸⁰⁹ SALA FRANCO, T.: “El principio de...op.cit.,pág.47, lo califica como “vidrioso tema”.

¹⁸¹⁰ Recuerda CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los...op.cit.,pág.82*, que es un “principio que viene a menos en la práctica y en la interpretación jurisprudencial, que cada vez resulta más exigente en su apreciación: de un lado, hacia un mayor rigor, en la comprobación del cumplimiento de los requisitos para que una condición se consolide como vinculante y, de otro lado, en la mayor permisibilidad en la alteración o supresión de las condiciones que de partida se reconocen como vinculantes para las partes”.

rectificada de nuestro Tribunal Supremo que no hace sino insistir en dificultar su existencia en el contrato laboral de los empleados públicos.

Se ha definido a la condición más beneficiosa como *“aquel derecho, nacido del acuerdo expreso o tácito de las partes en el contrato que, manifestando su voluntad en tal sentido, introducen condiciones laborales o regímenes jurídicos más beneficiosos para el trabajador que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia, los cuales deberán ser respetados en sus propios términos hasta su modificación o supresión mediante los procedimientos oportunos”*¹⁸¹¹. En la actualidad, hay consenso en entender que este principio es obra de la Jurisprudencia y, que, *“como principio de aplicación del Derecho del Trabajo”, no se recoge en norma alguna sino que “emana de una abundantísima jurisprudencia y doctrina judicial nada pacífica”*¹⁸¹².

Su fuente de producción es contractual; esto es, la condición más beneficiosa nace del acuerdo de voluntades de las partes de un contrato de trabajo y de concesiones unilaterales del empresario, que pueden tener efectos individuales o colectivos¹⁸¹³. Las

¹⁸¹¹ Así la definen DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 190. Otras definiciones de condición más beneficiosa son, por ejemplo, la de FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La condición más beneficiosa: concepto, nacimiento, consolidación, modificación y extinción”, *Diario La Ley*, nº 9286, 25 de octubre de 2018, pág. 4, que la considera *“un principio básico del Derecho del Trabajo, tuitivo, que protege y reconoce, como derecho de los trabajadores, el disfrute de condiciones laborales más favorables en su conjunto que las establecidas en los mínimos de derecho necesario e imperativo, es decir, un axioma práctico de Derecho del Trabajo por el que una condición laboral mejorada se convierte en un derecho”*. A juicio de DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...op.cit.*,pág.108, *“este principio supone la reivindicación del papel de la autonomía individual de las partes en la fijación de las condiciones de trabajo y, de otro, intenta solventar las cuestiones que se plantan cuando la autonomía colectiva o la heteronomía estatal no consiguen superar lo pactado individualmente”*.

¹⁸¹²Como recoge DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*.172, *el principio de norma más favorable busca la aplicación de una norma entera, y el de condición más beneficiosa el mantenimiento de concretos derechos obtenidos por una parte de los trabajadores*”. Para CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los...op.cit.*, pág.81, este principio no está recogido en ningún precepto salvo una mención en el art.41.2 ET al señalar que *“las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo...”* En sentido contrario, hay laboralistas que entienden que su existencia tiene base en los principios de norma mínima y norma más favorable, irrenunciabilidad e indisponibilidad de derechos, principio de sucesión de normas, del art.3.1.c, 3.3 y 3.5 ET, todos ellos en la órbita del principio pro operario. Aunque, para OJEDA, el art.3.1.c y 3.3 ET no sirven para dar fundamento al principio de condición más beneficiosa sino al de norma más favorable ya que tienen que ver con un conflicto de dos normas *“y la prevalencia de una de ellas sobre la otra dentro de un ámbito determinado, tanto respecto a los derechos de los trabajadores tanto actuales como futuros”*. En cambio, en el caso de tratarse de una condición más beneficiosa, *“el trabajador ha perfeccionado y disfruta de unas condiciones más ventajosas, pero no afecta a las condiciones laborales en potencia o por adquirir de un futuro trabajador”*. Tampoco serviría como el art.3.5 ET, como recuerda FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La condición más...op.cit.,pág.2, ya que prohíbe *“la disponibilidad de derechos antes o después de su adquisición”*, y la condición más beneficiosa gira en torno a derechos ya adquiridos y a su garantía frente a la modificación o extinción por un tercero.

¹⁸¹³ Así, por ejemplo, vid MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La doctrina científica en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista Ministerio Trabajo e Inmigración*, nº 88, 2010, pág. 288. Para DE VAL TENA, A.L.: “La modificación y...op.cit.,pág.48 y 49, que si el art.3.1.c ET habilita al contrato de trabajo *“para fijar las condiciones de trabajo, subordinada a la ley y al convenio colectivo,*

partes, que libremente celebran un contrato de trabajo pueden pactar en su clausulado condiciones más favorables que las mínimas establecidas por la norma legal o convencional. Asimismo, puede surgir de una decisión unilateral del empresario que desea conceder esa ventaja a alguno o algunos de sus trabajadores; ventaja que ha de ser aceptada – expresa o tácitamente – por el trabajador¹⁸¹⁴. La incorporación de esa condición más beneficiosa al contrato de trabajo puede producirse en el momento inicial de celebración del contrato de trabajo o introducirse en un momento posterior.

Conforme al principio de libertad formal que rige en material contractual (art.1254 y 1278 CC y 8 ET), el acuerdo expreso entre trabajador y empresario o la decisión de este último de reconocer una condición más beneficiosa, no necesariamente tiene que adoptar forma escrita pudiendo manifestarse oralmente. De la misma manera las condiciones más beneficiosas pueden establecerse de modo tácito¹⁸¹⁵. La forma expresa y documentada facilita al trabajador la reclamación de la mejora contractual; sin embargo, con mucha frecuencia, las condiciones más beneficiosas se establecen de modo tácito y habrá de probarse entonces, como después se dirá, que no fue mera tolerancia o liberalidad y que la intención del empresario fue que éstas se incorporasen al vínculo contractual¹⁸¹⁶. Aunque hay que recalcar que ese carácter tácito en modo alguno significa que dicha condición se efectúe *donandi causa* - por mera liberalidad del empresario- y que, por lo tanto, éste la pueda suprimir por su propia voluntad unilateral en el momento que desee.

siendo al mismo tiempo esas disposiciones legales y los convenios colectivos generalmente normas mínimas frente al contrato de trabajo, por acuerdo entre las partes contratantes será posible establecer condiciones más beneficiosas para el trabajador, siempre que no exista una prohibición concreta que convierta tal condición en contraria a las disposiciones o convenios". En principio toda condición de trabajo establecida por el contrato de trabajo sería una condición más beneficiosa dado que las partes sólo pueden pactar mejoras por encima de lo dispuesto en la ley o en el convenio. Considera BALLESTER LAGUNA,F.: La condición más beneficiosa, Comares, 2001,pág.28, al contrato como la fuente la fuente exclusiva de nacimiento de condiciones más beneficiosas. Advierte DÍAZ AZNARTE, M.T.: El principio de condición...pág.111, de que lo más habitual es que esta nazca de una concesión unilateral del empresario dado que, rara vez, se encuentra recogida de forma expresa en un pacto contractual.

¹⁸¹⁴ ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La condición más beneficiosa: una visión general”, *Aranzadi Social*, nº 7, 2011, pág.17, en casos de concesión o reconocimiento unilateral de la condición más beneficiosa por el empresario, se produce una autolimitación voluntaria del poder de dirección reconociendo una mejora contractual, pero es necesaria la aceptación del trabajador para que esta se consolide o se perfeccione.

¹⁸¹⁵ Por ejemplo, a través de una circular de empresa. Por otras, vid. STS 30/12/1998 rec.1399/1998.

¹⁸¹⁶ Cabe advertir de la dificultad de probar la existencia de una condición más beneficiosa que sea fruto de la decisión unilateral del empresario, que no esté documentada y que sea tácita. Puede consultarse SSTS 15/6/1992, 29/3/2000, 11/9/1992;...

Se descarta que puedan surgir de disposiciones legales y reglamentarias y de convenios colectivos estatutarios de eficacia general¹⁸¹⁷. No puede ser de otra manera ya que, si emanasen de estas fuentes del Derecho del Trabajo, y aplicando el art.3 ET, estas condiciones más beneficiosas se verían afectadas por el principio de modernidad que no respeta el principio de irreversibilidad *in peius* (art.2.2 CC y art.82.4 y 86.4 ET en relación a los convenios colectivos)¹⁸¹⁸. Es por ello que, cuando se quieren preservar condiciones de trabajo que son empeoradas por una norma o un convenio colectivo posterior, los convenios suelen contener cláusulas de garantía *ad personam*¹⁸¹⁹.

Tampoco pueden emanar del uso y la costumbre local y profesional. Aunque doctrina y Jurisprudencia se preguntan si es posible su nacimiento de los usos de empresa. Los usos y costumbres locales y profesionales son fuente del Derecho del Trabajo y, conforme al art.3.1.d ET, sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con recepción o remisión expresa (art.3.4 ET). Resultarían de aplicación, por tanto, a todas las empresas de una misma localidad que perteneciesen al mismo sector productivo. Mientras que los usos de empresa se han definido como “*conducta de reiteración en el disfrute de ciertas*

¹⁸¹⁷ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...* op.cit.,pág. 191. En este sentido puede consultarse, por otras, SSTS 5/6/1991 rec.2960/1991 y 24/1/2000 rec.2600/1999; 15/6/2015 rec.164/2014; 8/3/2017 rec.70/2016; 24/1/2018 rec.72/2017;...la condición más beneficiosa no puede nacer de una norma o de un convenio colectivo pues cuando se trata de beneficios establecidos por norma o pacto colectivo, la condición tiene vigencia temporal, pues en este caso las condiciones colectivamente pactadas no generan derecho adquirido al ser establecidas en el contexto de una norma siempre susceptible de variación, que pueden ser sustituidas por otro pacto colectivo o convenio posterior. El pacto o convenio colectivo estatutario o no, puede evidentemente ser modificado por otro pacto o convenio posterior que altere lo en aquel establecido, siempre que se respeten los mínimos de derecho necesario y no se conculque la legalidad vigente. Es incuestionable, como defiende la STS 24/1/2018 rec.72/2017, que no pueda surgir de una disposición convencional, porque cualquier beneficio que se pueda atribuir a los trabajadores mediante instrumento negociado no responde, por definición, a la esencia de una condición más beneficiosa, la de una voluntad empresarial de atribuir a los trabajadores una ventaja que supere las establecidas en fuentes legales o convencionales. Aunque no siempre se ha tenido tan claro este aspecto y se ha debatido mucho sobre su posible origen normativo, vid por otros DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...* op.cit.,pág.110 y ss. Resulta al respecto interesante la lectura de GARCÍA MURCIA, J.: “Condición más beneficiosa y negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, nº 114, Vol II, 2018, pág.104, quien comenta la muy discutida doctrina de la STS 22/12/2014, que en lugar de condiciones más beneficiosas, habla de contractualización de las condiciones provenientes de convenio colectivo o de incorporación del convenio al contrato de trabajo. Muy crítica también con esa tesis vid CONDE PÚMPIDO TOURÓN, T.: “Las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo y la tesis de la contractualización”, *Documentación Laboral*, nº 114, Vol II, 2018, pág.119-

¹⁸¹⁸ Explica MONEREO PÉREZ, J.L. (dir): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012, pág. 99, que el principio de modernidad del art.2.2 CC, según el cual la norma posterior deroga a la anterior de igual rango, queda “*atemperado*” por la aplicación del principio de respeto a la condición más beneficiosa.

¹⁸¹⁹ Vid SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los principios de...* op.cit.pág. 52. Lo cual resultaría superfluo en el caso de condiciones más beneficiosas con origen en un acto o pacto contractual porque el principio de respeto de la condición más beneficiosa ya produce ese efecto, como recuerda BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de...* op.cit., pág. 277.

condiciones de trabajo que acaba desembocando en una convicción colectiva sobre su obligatoriedad”¹⁸²⁰. Su aplicación, pues, se limita a la empresa en la que nacen. Mayoritariamente se entiende que es posible que las condiciones más beneficiosas nazcan de usos de empresas ya que, éstos, aunque colectivos de nacimiento, devienen individuales por sus efectos mediante una multiplicación de acuerdos individuales entre el empresario y los trabajadores, encontrándonos así en presencia de condiciones más beneficiosas con su incorporación al contrato que funcionan como derechos adquiridos¹⁸²¹. Esto es, nos encontraremos ante condiciones más beneficiosas si se insertan “*en el sinalagma de la relación laboral, adquiriendo las características de permanencia y estabilidad*”¹⁸²².

¹⁸²⁰ Vid CRUZ VILLALÓN, J.: *Estatuto de los...op.cit.*,pág.81. En palabras de DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 196, son “*prácticas o hábitos profesionales, que se consolidan por su reiteración en el tiempo y que normalmente se instauran a iniciativa del empresario*”. No es suficiente con la reiteración de conductas, para que del uso de empresa nazca una condición más beneficiosa es la voluntad empresarial de reconocer esa mejora contractual. Aunque existe división en los Tribunales, por ej.vid SSTSJ Cantabria 11712/2000 rec.542/1999 ó Navarra 30/6/2001 rec.182/2001.

¹⁸²¹ STSJ Navarra 30/6/2001 rec.182/2001. En estos casos, reconoce BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*, Bosch, 2001, pág. 77, deberán aplicarse tanto a los trabajadores de plantilla como a los de nuevo ingreso so pena de ser calificada de discriminatoria la conducta empresarial.

¹⁸²²Analizan DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 196 que las sentencias que admiten al uso de empresa como fuente de condición más beneficiosa, lo asimilan a “*una multiplicidad de acuerdos tácitos individuales entre empresario y trabajadores o ante un supuesto de concesión unilateral del empresario, si bien de carácter plural o colectivo*”. Recordando esta asimilación entre el uso de empresa y el convenio tácito, para BALLESTER LAGUNA,F.: *La condición más...op.cit.*,pág.99 y ss, el uso es un instrumento de regulación de condiciones de trabajo distinto del contrato de trabajo, posee virtualidad jurídica propia y no necesita del complemento de la autonomía contractual para realizarse. Cuando la condición laboral deriva del uso de empresa o de un acuerdo tácito entre el empresario y un conjunto de trabajadores, no resulta nada fácil de distinguir dada la similar apariencia externa de los usos y de determinadas formas tácitas de autonomía contractual plural. A juicio de DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...op.cit.*,pág.159 y ss., la Jurisprudencia mayoritariamente admite que la condición más beneficiosa pueda nacer de un uso de empresa pero exige su reiteración en el tiempo durante un período más o menos largo. Por otras recuerda la STSJ Navarra 30/6/2001 rec.182/2001, que tanto la doctrina como la Jurisprudencia, han asimilado el uso de empresa a un convenio tácito, dado que la frontera entre ambos es difícil de definir. Cuando la condición más beneficiosa nace de un uso de empresa, emana de una fuente colectiva. El trabajador o trabajadores que la reciben, gozan de sus beneficios, pero no han participado activamente en su consecución como tal colectivo a través de cualquiera de las fórmulas estructurales de la autonomía colectiva. La condición más beneficiosa, de este modo, tiene su origen inorgánico, y éste es un rango implícito pero de suma importancia por caracterizarla. Para que nazca la condición más beneficiosa es necesario que, o bien exista pacto expreso entre el empresario y una serie o grupo de trabajadores o consentimiento implícito de unos y otros en la implantación de aquélla. No basta que se haya producido una determinada situación de hecho, sino que es preciso además que concurra la voluntad expresa o tácita de las partes en establecer tal condición o bien porque se trate de usos o prácticas empresariales consolidadas en el tiempo, por la creencia fundada en su obligatoriedad que han podido crear en sus destinatarios. Así, los usos de empresa, cuando se configuran como tales, se insertan en el sinalagma de la relación laboral, adquiriendo las características de permanencia y estabilidad propia de la condición más beneficiosa, pudiendo suprimirse sólo por pacto individual derogatorio (art. 3.5 ET), o por pacto colectivo a través de las llamadas cláusulas de absorción y compensación, porque la propia condición más beneficiosa tiene un origen colectivo que no cabría desconocer por el hecho de que la vía técnica para hacerle reconocer valor jurídico haya sido de proyección sobre la misma de la eficacia del

En cuanto al convenio colectivo extraestatutario¹⁸²³, se le reconoce naturaleza contractual y su fuerza de obligar deriva de los art.1091, 1254 a 1258 CC. Su eficacia queda limitada a los sujetos que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos. Estos pactos carecen de valor normativo, no se integran en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (art.3.1 ET), y se regulan por la normativa general del Derecho Común en el campo de las obligaciones, por lo que podrían ser considerados fuente de la condición más beneficiosa¹⁸²⁴. Sin embargo, hay sentencias que plantean que si la condición más beneficiosa nacida de un pacto de estas características tuviese una duración coincidente con la vigencia temporal del citado instrumento colectivo, a diferencia de las incorporadas al nexo contractual por acuerdo de voluntades o por decisión unilateral del empresario cuya vigencia sería indefinida en el tiempo, habría de rechazarse que pudiesen emanar de este tipo de instrumentos¹⁸²⁵.

contrato. De cualquier forma, tarea ardua será la determinación de cuándo nos encontramos ante un uso de empresa y cuándo ante un mero acuerdo tácito.

¹⁸²³El negociado sin atender a los requisitos del Título III ET se ampara en el art.37.1 CE. Carece de eficacia personal general y su aplicación se limita a los trabajadores y empresarios que, en virtud de la afiliación, estén representados por las organizaciones firmantes del convenio y a los que se adhieren a su regulación. Tampoco tiene eficacia normativa, sino meramente contractual, en la medida en que la fuerza vinculante que garantiza el art.37.1 CE puede ser tanto la que para los contratos establece el art.1091 CC como la propia de las normas jurídicas que se deriva de las disposiciones generales del CC, y el ET ha optado por reservar este tipo de eficacia a los convenios negociados cumpliendo las exigencias de su Título III, pues la eficacia normativa no es algo que pueda dejarse al margen de unas garantías mínimas (vid por otras SSTS 12/12/2006, 1/6/2007 y 11/7/2007).

¹⁸²⁴ Por ejemplo, en la STS 12/12/2008 rec. 538/2008, se razona que no estamos ante una sucesión de normas, como en el supuesto de la sucesión de convenios estatutarios, sino ante una regulación contractual sobre la que opera una nueva regulación normativa -la del nuevo convenio estatutario-. El término de su vigencia no impide la conservación de las mejoras adquiridas en atención a una regulación de origen contractual, de acuerdo con la doctrina de la condición más beneficiosa. La condición se ha incorporado al vínculo contractual y no queda eliminada por la entrada en vigor de una regulación procedente de otro orden normativo, aunque, tenga en este caso que adaptarse a él. Vid también SSTS 25/2/2009 rec.1880/2008; 20/3/2009 rec.1923/2008;... La condición más beneficiosa, nacida de un instrumento de este tipo, se incorpora únicamente al contrato de trabajo de los trabajadores representados por los sujetos negociadores. El resto de trabajadores, si quiere disfrutar de la mejora, individualizadamente debe aceptarla de forma explícita o tácita a través de hechos concluyentes que supongan su adhesión al pacto extraestatutario (SSTS 10/6/1998 y 30/3/1999), en este sentido puede consultarse DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...op.cit.*, pág.187. Puntualizando DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 198, que se produce “una derivación de lo colectivo hacia lo individual...”

¹⁸²⁵ La STS 11/5/2009 niega que sea instrumento útil para hacer surgir la condición más beneficiosa, básicamente porque su naturaleza temporal no permite entender que respondan a una voluntad empresarial de concederlas más allá del estricto período de tiempo para el que se conciertan. En definitiva, falta la concurrencia de un elemento para entender que nos hallamos ante la condición más beneficiosa y que no es otra más que la voluntad inequívoca de mejorar las condiciones contractuales. También vid.STS 29/3/2016 rec.127/2015. Solo podrían considerarse condición más beneficiosa si se incorporan al contrato de trabajo y su duración sobrevive a la del convenio colectivo extraestatutario, como así recoge GARCÍA MURCIA, J.: “Condición más beneficiosa...op.cit.,pág.101. Para BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de...op.cit.*,pág.273, se trataría, en todo caso, de una condición más beneficiosa limitada a la vigencia del convenio extraestatutario. Sin embargo, BALLESTER LAGUNA,F.: *La condición más...op.cit.*, pág.52 y 63, niega que las condiciones más beneficiosas puedan nacer de este instrumento colectivo al razonar que “la teoría de la incorporación al contrato de trabajo implica una ampliación del

También se acepta que las condiciones más beneficiosas puedan surgir de pactos colectivos y acuerdos de empresa¹⁸²⁶ que no tienen naturaleza de convenio, pero que se destinan a una pluralidad o a todo el colectivo de trabajadores¹⁸²⁷, con el argumento de que se produce su incorporación al nexo contractual¹⁸²⁸.

En cuanto a los requisitos que deben estar presentes para poder aceptar la existencia de una condición más beneficiosa, cabe insistir en la tendencia cada vez más restrictiva

concepto de condición más beneficiosa que se expande por esta vía a instrumentos de regulación de condiciones laborales en principio ajenos al contrato de trabajo... no podrían nacer de este instrumento por su temporalidad y su modificabilidad por un pacto colectivo posterior de idéntica naturaleza”.

¹⁸²⁶Para BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: *Principio de condición...op.cit.*, pág.81, son “*productos resultado de la negociación colectiva entre el empresario y los representantes de los trabajadores en la empresa, unitarios o sindicales, siempre que reúnan la debida legitimación legal para la válida concreción de los mismos y que tienen por objeto la regulación o modificación de las condiciones de trabajo en la empresa sin que para ello se exija seguir el procedimiento formal de negociación de los convenios colectivos del Título III ET*”. No es posible, como recoge QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, 2003, pág. 61, “*identificar acuerdos de empresa con las condiciones más beneficiosas puesto que pueden contener un régimen menos favorable para el trabajador que el aplicado anteriormente...*” Para la STS 24/1/2018 rec.72/2017, si bien la condición más beneficiosa se configuró inicialmente con carácter individual, más tarde llega a aceptarse la posibilidad de que se concediese -mediante acto o pacto de empresa- a una pluralidad de trabajadores, pero siempre que inicialmente naciese de un ofrecimiento unilateral del empresario y sin contraprestación (SSTS 30/12/98 rec. 1399/1998, 06/07/2010 rec. 224/2009; 16/09/2015 rec. 330/2014).

¹⁸²⁷SSTS 30/12/1998 rec.1398/1998, 25/10/1999 rec.4937/1998, 1/2/2017 rec. 119/2016. DE VAL TENA A.L.: “La modificación y...op.cit.,pág. 54. En sentido contrario, vid STSJ Andalucía/Sevilla 27/1/2000 rec.3983/1999, indica que cuando el beneficio resulta de un pacto de carácter general o acuerdo plural, no se puede hablar de condición más beneficiosa, pues las mejoras del nuevo convenio no se acumulan a los beneficios disfrutados, pudiendo éstos ser absorbidos por aquellas sin que quepa tomar de las normas reguladoras de la relación laboral aquellas en que cada uno de los aspectos ofrezca más ventajas... RAMOS QUINTANA, M.I.: *La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, 2002, pág.275 y ss, observa que “*cualquiera que haya sido la fuente de creación de la condición más beneficiosa, incluso fuentes externas al contrato de trabajo, como son los usos y prácticas empresariales, se tiende a subsumirlas en el mismo, es decir, a tratarlas como si del contrato emanaran, interiorizando en el contrato las condiciones que se reclaman y olvidando su fuente de creación, más aún, dándole la eficacia obligatoria propia del contrato de trabajo...*” Advierte de que, con esta fórmula de nacimiento de la condición más beneficiosa, se corre el peligro de “*obstaculizar la eficacia de la autonomía colectiva, mediante el vaciamiento de lo pactado en convenio colectivo con la consiguiente fragmentación de las condiciones de trabajo en la unidad de negociación de referencia. El interrogante que se plantea no es otro que el relativo a si la autonomía individual puede invadir espacios que afecten a materias reguladas por convenio colectivo, que bajo el pretexto de pactos más beneficiosos producen la quiebra de la eficacia jurídica del convenio mismo...*” Coincidiendo con esta postura de vaciamiento de lo pactado en convenio colectivo, “*especialmente a través del recurso a ofertas unilaterales aceptadas masivamente por el conjunto de la plantilla de trabajadores o acuerdos en masa*”, MONEREO PÉREZ, J.L. (dir): *El nuevo Estatuto...op.cit.*,pág.100, anota que “*el contrato de trabajo es esencial para darle valor a la mejora establecida pero realmente la génesis no ha estado en la autonomía individual y el contrato aparece solo como mero receptor de lo acordado o de la propuesta realizada por el empresario al colectivo de trabajadores, cuando debería haberse utilizado la negociación colectiva para introducir estas mejoras*”.

¹⁸²⁸ Las circulares de empresa pueden ser fuente de condiciones más beneficiosas. Para la Jurisprudencia, entre otras vid, STS 11/6/2008 rec. 17/2007, carecen de valor normativo, porque no forman parte del sistema de fuentes de ordenación de la relación laboral. Pueden generar salvo una condición más beneficiosa que se incorporase al vínculo contractual por la vía del art.3.1.c ET.

de nuestros Tribunales a su reconocimiento, en perjuicio de los intereses del trabajador¹⁸²⁹.

Aunque, a riesgo de parecer una obviedad, hay que comenzar señalando que la condición más beneficiosa ha de suponer una mejora en las condiciones de trabajo del trabajador y puede consistir tanto en una concesión de un derecho como en una exención de una obligación. Esto es, ha de significar un beneficio adicional, una ventaja o un mayor favor al establecido en la normativa legal o convencional aplicable. La expresión “*más beneficiosa*” no deja de ser, muchas veces, un término subjetivo puesto que el mayor beneficio respecto a la situación o condición establecida por la norma o el convenio deberá apreciarlo el mismo trabajador¹⁸³⁰. Además, para llegar a la conclusión de que nos hallamos ante una ventaja contractual habrá de efectuarse una comparación de la situación actual con la situación del trabajador antes de su concesión y ello no siempre resulta sencillo de efectuar. Doctrina y jurisprudencia coinciden en exigir que la comparación se realice entre “*materias homogéneas y globalmente en cómputo anual*”, siguiendo así lo establecido en los art.3.3 y 26.5 ET¹⁸³¹.

En ese pacto o decisión contractual, empresario y trabajador definen el alcance de la condición más beneficiosa, esto es, su contenido y su régimen jurídico¹⁸³². Su objeto ha de ser lícito y no ha de contravenir lo dispuesto en la normativa ni en el convenio colectivo¹⁸³³ (art.3.1.c ET y 1271 y 1277 CC). No sería válida aquella condición más beneficiosa que consistiese, por ejemplo, en que el empresario asumiese las cotizaciones sociales a cuyo pago está obligado el trabajador o que no efectuase las correspondientes

¹⁸²⁹Evolución restrictiva estudiada por FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La condición más...op.cit.,pág.4 y ss, recordando sentencias como SSTS 12/1/1978, 4/7/1978, 30/3/1981 ó 12/5/2008.

¹⁸³⁰ Reconocen DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 202, que la favorabilidad deberá valorarse por los sujetos afectados y, en su defecto, por los Tribunales; si son de carácter colectivo, esta valoración debe corresponder a los representantes de los trabajadores. En cuanto al “mayor favor” resulta interesante consultar BALLESTER LAGUNA,F.: *La condición más...op.cit.*,pág. 144 y ss. Vid también ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La condición más...op.cit.pág. 5.

¹⁸³¹ Piénsese lo complejo que resultará valorar este mayor favor en materias que no sean medibles o cuantificables, o no sean periódicas, así como advierten DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 202. Vid. STS 3/4/1995

¹⁸³²Son pactos contractuales regidos por el acto o pacto de concesión (1258 CC), cuyo cumplimiento no podrá dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art.1256 CC). Las partes definen los requisitos de disfrute de la condición más beneficiosa, su duración o su régimen modificativo o extintivo.

¹⁸³³ Por otras, la STS 26/2/2019 rec. 4/2018, no se genera la condición más beneficiosa cuando la disposición legal a la que se oponga ostente la cualidad de Derecho necesario absoluto y por ello no sea susceptible de ser alterada en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual; no así cuando se trate de Derecho necesario relativo, supuesto en el que rige la opuesta regla de admitir -desde la perspectiva del trabajador- su mejora, pero no su empeoramiento por las referidas vías de convenio colectivo/contrato individual de trabajo.

retenciones fiscales a cargo de su empleado (art.26.4 ET y art.143 TRLGSS), aunque realmente supusieran un beneficio para el trabajador. Una mejora de ese tipo “*no podría incorporarse en el vínculo contractual porque violentaría la norma o el convenio colectivo aplicable...*”¹⁸³⁴.

La condición más beneficiosa supone que el empresario ha concedido al trabajador una mejora sobre alguna condición laboral o social, excluyendo las condiciones consideradas derecho necesario absoluto o indisponible. Es habitual encontrarlas en materias relacionadas con el contrato de trabajo como el salario, el tiempo de trabajo y descanso,...y aquellas no directamente conectadas con la prestación laboral como beneficios sociales o mejoras voluntarias de Seguridad Social¹⁸³⁵.

La condición más beneficiosa puede reconocerse a un trabajador o a un grupo o pluralidad de trabajadores determinados¹⁸³⁶ o a todo un colectivo, incluso al personal jubilado¹⁸³⁷. Sin embargo, sólo el colectivo protegido por la condición más beneficiosa y que la haya disfrutado efectivamente es el que la ha adquirido. Existe condición más beneficiosa allí donde ésta se da, pero no para el personal de futuro ingreso en la organización empresarial porque el empresario no está obligado a extender esa ventaja contractual a otros trabajadores presentes en la empresa en ese momento de

¹⁸³⁴Aunque el quebrantamiento normativo no perjudicase al trabajador, no se puede contravenir ningún derecho del trabajador ni contravenir una regla legal o convencional de derecho necesario indisponible.

¹⁸³⁵ Recuerdan DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.* pág. 203, que generalmente son limitaciones o modulaciones del poder de dirección, beneficios sociales y mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social. CABEZA PEREIRO, J.: “Sobre una triple clasificación de la condición más beneficiosa”, en AA.VV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 1993, pág.314 y ss, se clasifican en causales y concesivas, dinerarias y en especie, homogéneas y heterogéneas. Mejora en el cómputo de la jornada laboral (STS 19/12/2012 rec. 209/2011); seguro médico y cesta de Navidad, también reconocidos a los trabajadores prejubilados (STS 14/5/2013 rec.96/2012); comida gratis cuando coincida la hora de la misma con el horario de trabajo (STS 25/6/2014 rec.1885/2013); lote de Navidad que se reconoce al personal en activo, al jubilado y a los pensionistas de viudedad de antiguos empleados (STS 8/6/2015 rec.45/2014);... Un estudio de la condición más beneficiosa como mejora de los derechos de los representantes de los trabajadores puede consultarse en SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El tratamiento judicial de la condición más beneficiosa al hilo de un caso sobre crédito horario”, *DL*, nº 114, Vol II, 2018, pág.110 y ss. Para ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La condición más...op.cit., pág. 7, no parece posible reconocer condiciones más beneficiosas sobre los derechos colectivos porque no se ostenta sobre por el trabajador individualmente considerado, sino por su consideración de representante de los trabajadores.

¹⁸³⁶ Advierten DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de ...op.cit.*, pág.192, del problema que puede plantearse en una empresa en la que conviven trabajadores con mejores condiciones contractuales que otros.

¹⁸³⁷ SSTS 19/12/2012 rec.209/2011, 14/5/2013 rec. 96/2012 y 25/6/2014 rec.1885/2013,... que se reparta también, al personal jubilado y a pensionistas de viudedad de antiguos empleados, denota que estamos ante una mejora social, no establecida en el Convenio Colectivo.

reconocimiento ni a otros que ingresen en la empresa en el futuro¹⁸³⁸, y ello no ha de considerarse necesariamente discriminatorio.

La condición más beneficiosa consiste en un beneficio generado por la voluntad inequívoca y libre del empresario que lo incorpora al contrato, generándose así una obligación en favor del trabajador y de la que el otorgante no puede sustraerse sino mediante acuerdo o compensación por norma posterior¹⁸³⁹. Para que pueda hablarse del nacimiento de una condición más beneficiosa es precisa una voluntad inequívoca del empresario de su concesión, quedando la ventaja que se concede incorporada al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho o beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo¹⁸⁴⁰ y se exige la acreditación de la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores esa ventaja o beneficio social. Lo decisivo, pues, es la existencia de voluntad empresarial para incorporar la ventaja al nexo contractual¹⁸⁴¹, y que no se trate de una mera liberalidad -o tolerancia- del empresario, por lo que no basta la repetición o persistencia en el tiempo del disfrute¹⁸⁴², sino que es necesaria la prueba de la existencia de esa voluntad inequívoca de atribuir un derecho al trabajador¹⁸⁴³.

¹⁸³⁸No resulta apreciable un trato diferente contrario al art.17.1 ET porque no juega ningún criterio discriminatorio, sino el lícito ejercicio de la autonomía privada (SSTC 34/1984 y 161/1991), que ha tomado en cuenta además criterios objetivos (SSTS10/2/1995 rec.2351/1993; 25/10/1999 rec.4937/1998; 14/5/2002 rec.1286/2001,...) Sí es discriminatoria, vid STS 30/12/1998 rec. 1399/1998 una ayuda escolar que no se reconoce a los hijos de los empleados que superen los 60 años porque vulnera los art.14 CE y.17.1 ET. Explica GARCÍA MURCIA, J.: "Condición más beneficiosa...op.cit.,pág. 96, que suele concederse atendiendo a circunstancias o cualidades personales del trabajador. Puede reconocerse a uno o más trabajadores ya que, aunque esencialmente individual ello no significa que haya de ser para un solo trabajador y puede alcanzar dimensión colectiva e incluir a todos los trabajadores incluso, sin perder su innata vertiente individual. Para DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...op.cit.*,pág.171, la fecha de ingreso en la empresa sería un elemento razonable y objetivo como requisito exigible para disfrutar de la mejora y no vulneraría el principio de igualdad y no discriminación. No podría decirse lo mismo si el requisito tiene que ver con la temporalidad del contrato.

¹⁸³⁹ SAN 16/7/2021 rec.19/2021.

¹⁸⁴⁰STS 13/7/2017 rec.2976/2015. Si es condición más beneficiosa concurren las notas de regularidad, habitualidad, persistencia y habitualidad en el tiempo, siempre que esa persistencia sea indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio (vid también STS 30/12/1996). No se reconoce la existencia de condición más beneficiosa por faltar el decisivo componente intencional (vid.STS 7/11/2018 rec.1401/2016).

¹⁸⁴¹ Por otras, vid SSTS 29/3/2000 rec.3590/1999; 21/11/2006 rec.3936/2003; 12/5/2008 rec.111/2007.

¹⁸⁴² SSTS 3/11/1992 y 25/1/1999 rec.1584/1999: el nacimiento de la condición más beneficiosa requiere algo más que la mera persistencia en el tiempo del disfrute de una determinada situación, siendo "necesario que esa persistencia sea indicativa de la voluntad de la empresa de conceder un beneficio que sobrepase las exigencias de las normas legales o colectivas aplicables, integrando así la reiteración una declaración tácita de voluntad en este sentido".

¹⁸⁴³ SSTS 14/4/2005, 24/11/2014 rec.317/2013 y 13/7/2017 rec.2976/2015.

Y ahí es donde surgen las mayores dificultades para el reconocimiento a los trabajadores de condiciones más beneficiosas si no se han recogido por escrito, o no son expresas¹⁸⁴⁴. Hay que distinguir el surgimiento de una condición más beneficiosa de la mera liberalidad del empresario, lo cual muchas veces no será sencillo, sobre todo si hablamos de condiciones más beneficiosas tácitas. Y es que la evolución jurisprudencial, cada vez más restrictiva con la existencia de la condición más beneficiosa, precisa que la mera tolerancia o condescendencia del empresario, aunque mantenida y reiterada en el tiempo¹⁸⁴⁵, con el disfrute de un beneficio o favor por los trabajadores no será suficiente para que surja una condición más beneficiosa, si no existe la voluntad empresarial clara de conceder esa ventaja o ese mayor favor y mantenerlo en el tiempo¹⁸⁴⁶. Las situaciones que se han prolongado y repetido a lo largo del tiempo pero no han descubierto una voluntad e intencionalidad del empleador de mejorar y conceder un beneficio al trabajador, no se han incorporado al nexo contractual por considerarse meras liberalidades del empresario¹⁸⁴⁷. Ni de la mera tolerancia o condescendencia surge una condición más

¹⁸⁴⁴Reiteran MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La doctrina científica...op.cit.,pág.289, que resulta muy difícil probar la voluntad inequívoca del empresario de conceder la mejora, si esa voluntad no se ha recogido por escrito. Con ello “la doctrina judicial ha operado un reforzamiento de la discrecionalidad empresarial en la concesión, modificación o retirada de tales mejoras pues el elemento subjetivo (la intencionalidad) es de muy difícil prueba...” Interesante también la STS 19/12/2012 rec. 209/2011 en la que, ante el proceder continuado y diario durante años, tolerado siempre por la empresa, si, realizado un acto obstativo al disfrute del derecho, la empresa hubiese insistido en su postura y sancionado a los que no acataban sus órdenes, podría entenderse que los trabajadores no llegaron a adquirir el derecho. Sin embargo, si tras el acto obstativo, se consiente que continúe el "modus operandi" anterior durante mucho tiempo, es claro que con esa conducta pasiva la empresa acepta tácitamente el beneficio cuestionado, se estima la existencia de una condición más beneficiosa.

¹⁸⁴⁵ En cuanto a esa reiteración, habitualidad, continuidad,... no se concreta en términos cuantitativos cuál deba ser su duración. Incluso en los supuestos en los que la ventaja se ha disfrutado durante más de una década ha de demostrarse la voluntad empresarial de conceder la ventaja a sus trabajadores. Pero la Jurisprudencia aclara (por otras, STS 20/12/1993 rec.443/1993) que la tolerancia o condescendencia no dejan de ser tales necesariamente porque duren más o menos tiempo, sino porque se transformen en una conducta distinta de concesión o reconocimiento de un derecho. Ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de duración o persistencia; lo importante es su que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho (vid STS 8/7/1996 rec.2831/1995).

¹⁸⁴⁶El contrato de trabajo tiene naturaleza onerosa y la prestación de trabajo y la contraprestación salarial son obligaciones recíprocas: una es siempre causa de la otra y al revés. Laboralidad y liberalidad son términos antagónicos y recíprocamente excluyentes. Por ello, el argumento de la "tolerancia" con la ventaja patrimonial que, en definitiva, es una suerte de liberalidad, tampoco puede aceptarse para justificar la existencia de la condición más beneficiosa (SSTS 25/6/2014 rec.1994/2012; 3/2/2016 rec.143/2015).

¹⁸⁴⁷Como reconocen, entre otros, CAMPS RUIZ, L.M.: “La condición más beneficiosa” en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 1993, pag.23 o DE VAL TENA A.L.: “La modificación y extinción de la condición más beneficiosa”, *Documentación Laboral*, nº 114, Vol II, 2018, pág. 73, en estos supuestos el empresario deberá demostrar su falta de voluntad de conceder una condición más beneficiosa que se incorpore al contrato de trabajo. Se entiende que la cesta de Navidad es condición más beneficiosa y no mera liberalidad porque la empresa mantiene ininterrumpidamente y durante muchos años la entrega del obsequio. Además, al suponer un gasto elevado y el esfuerzo logístico y organizativo que comporta, atendiendo también al número de trabajadores que la

beneficiosa, ni de aquella manifestación de voluntad aquejada de vicios en el consentimiento, como el error, la intimidación o el dolo¹⁸⁴⁸.

Atribuido el beneficio al trabajador, el mismo se incorpora como condición más beneficiosa al nexo contractual y no puede extraerse del mismo por la exclusiva decisión del empresario¹⁸⁴⁹. No en vano, la doctrina recuerda que estamos ante un medio de *“limitación jurídica del poder del empresario, ya que éste, al conceder la condición más beneficiosa, queda vinculado a las condiciones de trabajo individualmente pactadas o individualmente otorgadas a determinado o determinados trabajadores de su empresa”*¹⁸⁵⁰. En cuanto tal condición más beneficiosa es calificable como un acuerdo contractual tácito amparado en el art. 3.1.c ET y mantiene su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa o en tanto no sea compensada o neutralizada por norma posterior - legal o colectivamente pactada- que sea más favorable, siendo de aplicación las previsiones del art. 1091 CC acerca de la fuerza de obligar de los contratos y del art. 1256 CC acerca de la imposibilidad de modificar los términos del contrato de forma unilateral¹⁸⁵¹.

A salvo de supuestos especiales en que el propio acto de reconocimiento o las circunstancias concurrentes en el mismo conduzcan a la conclusión contraria, las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia de su disfrute en el tiempo, al nexo contractual, de forma que aquella no puede ser suprimida o reducida

reciben, llevan a entender que la empresa actúa con voluntad de reconocer el derecho más allá de una puntual y aislada liberalidad (STS 12/7/2018 rec.146/2017).

¹⁸⁴⁸El acuerdo de voluntades -expreso o tácito- que da origen a la condición más beneficiosa puede verse afectado por algún vicio en el consentimiento que, quien lo alegue, habrá de demostrarlo (STS 25/6/2014 rec.1994/2012). Aunque parece difícil, dado el concepto de pacto tácito, que implica la condición más beneficiosa, que, en su viabilidad jurídica, puede operar el error -a no ser en los supuestos de clandestinidad o dolo por parte del trabajador-, ya que el error, para que pueda invalidar el contrato, ha de ser inexcusable, y no ser quien lo alega responsable de su existencia (STS 17/11/1991 rec.439/1991). No puede sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa de una práctica que llevaba a cabo la empresa en la creencia de que era la que se derivaba de la exigencia de la ley, práctica cuya modificación no vulneró las exigencias del art.1256 CC puesto que no se está ante un derecho que se hubiera incorporado al nexo contractual (STS 1/2/2017 rec. 119/2016). Como recuerda DÍAZ AZNARTE, M.T.: *El principio de...op.cit.*,pág.157, *“el error es incompatible con la tolerancia empresarial del mismo, prolongada en el tiempo, a los efectos de nacimiento de una condición más beneficiosa”*.

¹⁸⁴⁹ La incorporación de la condición más beneficiosa al contrato es uno de los requisitos para que sea intangible e impida que una decisión unilateral del empresario pueda sustraerla mientras las partes no acuerden otra cosa o no sea compensada en virtud de una normativa legal o convencional posterior que mejore la situación del trabajador respecto a una materia concreta u homogénea (vid STS 4/4/2007).

¹⁸⁵⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 51.

¹⁸⁵¹ Vid por otras SSTs 12/7/2011 rec 4568/2010, 26/9/2010 rec. 4249/2010; 4/3/2013 rec.4/2012; 16/9/2015 rec.330/2014; 21/4/2016 rec.2626/2014; 12/7/2016 rec.109/2015; 19/7/2016 rec.251/2015;...

unilateralmente por el empresario¹⁸⁵². Ello no quiere decir que dicha condición más beneficiosa deba perdurar eternamente¹⁸⁵³: el ordenamiento jurídico laboral contiene diversos instrumentos para conseguir su eliminación, con la debida justificación y, en su caso, contrapartidas¹⁸⁵⁴.

2.2.2. Modificación o supresión de la condición más beneficiosa

La condición más beneficiosa goza, por tanto, de una inmunidad o intangibilidad relativa¹⁸⁵⁵, puesto que la condición pervive con el alcance que derive del pacto originario, naturaleza o uso pacífico hasta que las partes no alcancen otro acuerdo, o se produzca su neutralización por mor de una norma posterior, legal o paccionada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado¹⁸⁵⁶. Así, por decisión del trabajador o mediante acuerdo o pacto novatorio de éste y su empresario; tras la publicación posterior de una norma legal o colectiva más favorable; a través del mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41 ET; aplicando la cláusula civilista *rebus sic stantibus*; o por el mecanismo de absorción y compensación, puede modificarse o extinguirse una condición contractual más beneficiosa¹⁸⁵⁷.

Trabajador y empresario que libremente celebraron el contrato de trabajo, pueden libremente pactar – mediante acuerdo o pacto novatorio- la modificación o supresión de

¹⁸⁵² STS 14/3/2015 rec.71/2014.

¹⁸⁵³ Recuerda DE VAL TENA A.L.: “La modificación y...op.cit.,pág. 60, que suele extinguirse cuando lo hace el contrato de trabajo, aunque algunas precisamente se disfrutaban en el momento extintivo o durante la etapa de jubilación.

¹⁸⁵⁴ STS 25/6/2014 rec.1994/2012.

¹⁸⁵⁵ Sostiene FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La condición más...op.cit.,pág.2, que “no tiene que ver con el sistema de sucesión de normas sino con su posición en el sistema de fuentes, dado que forma parte y se encuentra incluida dentro del contrato de trabajo. De ahí nace su fortaleza frente a los propósitos del empleador y del convenio colectivo, aunque no sí ante la ley”. Para SEMPERE AVELLÁN, J.: “Sobre la intangibilidad de las condiciones más beneficiosas”, en AAVV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1993, pág.303, “sólo es posible predicar la intangibilidad de la condición más beneficiosa, entendida como prohibición de disponer sin consentimiento del titular del derecho, cuando ésta contiene un interés individual, es decir, cuando se está ante una condición de trabajo singularizada ...”

¹⁸⁵⁶ STS 14/3/2005 rec.71/2004.

¹⁸⁵⁷ También se enumera, como causa de supresión o modificación de una condición más beneficiosa, la posibilidad de que el empresario, en el momento de su concesión, se haya reservado la posibilidad de su supresión o modificación. Sin embargo, cabe decir, que si la empresa se reservó estas potestad de modificar o suprimir las condiciones reconocidas unilateralmente, podría concluirse que faltó en la empresa la voluntad inequívoca de consolidar estas condiciones en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, que es el requisito constitutivo para la concurrencia de condición más beneficiosa (STS 12/7/2016 rec.109/2015). Añade BALLESTER LAGUNA,F.: *La condición más...op.cit.*, pág.329, como posible causa extintiva o modificativa de una condición más beneficiosa, el poder disciplinario del empresario. Éste, ante un incumplimiento contractual del trabajador, podría sancionarle con la “*restricción de algún bien jurídico laboral*”, esto es, podría modificar o extinguir la mejora disfrutada por el empleado.

la condición más beneficiosa, incorporada a un contrato de trabajo¹⁸⁵⁸, con o sin compensación para el trabajador. De la misma manera, el trabajador, que es el titular de esa condición más beneficiosa, puede manifestar libremente su voluntad o su decisión de renunciar a ella o de modificarla. No entraría aquí el juego del principio de irrenunciabilidad o indisponibilidad de derechos del art.3.5 ET porque aquí no se renunciaría a un derecho necesario o indisponible recogido en una norma o un convenio colectivo, sino a una mejora, fruto de la autonomía contractual, sobre esos mínimos indisponibles¹⁸⁵⁹. Esa declaración unilateral de voluntad unilateral del trabajador es irreversible, por lo que éste no puede arrepentirse de su decisión posteriormente reclamando aquello a lo que renunció¹⁸⁶⁰.

Sin embargo no es suficiente la mera voluntad unilateral del empresario para modificar o extinguir una condición más beneficiosa, resultando aquí de aplicación los art.1091 y 1256 CC – “no pueden modificarse de forma unilateral y no puede ser modificado por el empresario sin aceptación expresa del trabajador”¹⁸⁶¹-. La condición más beneficiosa incorporada al contrato de trabajo, se rige por el Derecho común de los contratos, y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de la parte deudora. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario; manteniéndose en definitiva el principio

¹⁸⁵⁸ Es preciso el acuerdo novatorio aunque la condición más beneficiosa haya sido fruto de la concesión o voluntad unilateral del empresario. Si no pueden nacer de un convenio colectivo estatutario, tampoco pueden ser suprimidas o modificadas por éste, vid BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de...op.cit.*,pág. 277. Como recuerda DE VAL TENA, A.L.: “La modificación y extinción de la condición más beneficiosa”, *Documentación Laboral*, nº 114, Vol II, 2018, pág. 57, dicho acto novatorio no necesariamente ha de resultar más favorable sino que basta con que sea válido, esto es, ni contrario ni menos favorable que lo dispuesto en la ley o en el convenio colectivo.

¹⁸⁵⁹ DE VAL TENA, A.L.: “La modificación y...op.cit.”, pág. 57

¹⁸⁶⁰ DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de...op.cit.*,pág. 206.

¹⁸⁶¹ Este principio se ha rebautizado como principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas (SSTS 29/3/2002, 7/6/2010, 5/2/2014, 28/9/2016, 8/2/2017,...) Consolidada la condición más beneficiosa, no está autorizada la empresa por su propia voluntad para restringirla o abolirla, revocando unilateralmente la disposición efectuada o el acto otorgado, por cuanto si en su origen tuvo el carácter de voluntario, una vez libremente ofertado, su cumplimiento o incumplimiento no pueda depender del arbitrio o de la sola voluntad de uno de los contratantes. De ahí que sólo puede ser modificada por acuerdo novatorio de las partes, y ello ha de efectuarse, dado su origen contractual, mediante pacto individual (STSJ Navarra 30/6/2001). La empresa unilateralmente no puede sustituir la condición más beneficiosa de la que disfrutaban sus empleados, consistente en un obsequio navideño de escaso valor, por un donativo a una ONG en cuantía equivalente. La condición más beneficiosa, en cuanto tal es calificable de acuerdo contractual tácito (art.3.1.c ET), y mantiene su vigencia en tanto en cuanto las partes no pacten otra cosa o mientras no sea suprimida o modificada en virtud de una norma posterior legal o pactada (STS 4/2/2021 rec.147/2019).

de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas¹⁸⁶².

Para que el empresario pueda unilateralmente suprimir o modificar una condición más beneficiosa debe acudir al mecanismo de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41 ET¹⁸⁶³. Para ello, deberán darse las causas que posibilitan el recurso a esta herramienta. Esto es, que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerándose como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Y seguir los cauces procedimentales, que el art.41 ET prevé, según la modificación revista la consideración de individual o colectiva¹⁸⁶⁴.

Otra vía de neutralización y modificación de condiciones más beneficiosas, en este caso, salariales es el mecanismo de absorción y compensación recogido en el art.26.5 ET. Según el mismo, operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia. Este mecanismo tiene como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional queda neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta. Así, el incremento del salario mínimo interprofesional es absorbido, y por lo tanto no acrece, el salario superior que percibiera ya un trabajador en base a lo previsto en el convenio o pacto regulador de sus condiciones de trabajo, y, por lo mismo, el incremento salarial previsto en un convenio colectivo es absorbido y queda neutralizado por el salario mayor que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de gozar de un acuerdo particular entre él y su empresario¹⁸⁶⁵. La absorción y compensación de salarios juegan, en principio, siempre que se establece un nuevo cuadro de retribuciones, en virtud de un acto normativo o

¹⁸⁶² STS 11/9/1992.

¹⁸⁶³ SSTS 21/6/2016 rec.230/2015; 27/9/2016 rec.276/2015, 19/3/2001 rec.1573/2000. Vid RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La alteración de la condición más beneficiosa a través del artículo 41 del ET”, en AA.VV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1993.

¹⁸⁶⁴ Para ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La condición más...op.cit.,pág.22, la modificación o supresión de una condición más beneficiosa siempre ha de entenderse como sustancial. Sin embargo para DE VAL TENA A.L.: “La modificación y...op.cit.,pág. 69, resulta ilógico considerar sustancial a toda modificación o supresión de una condición más beneficiosa, “por más que así se afianzara el principio de seguridad jurídica puesto que el procedimiento siempre sería el del art.41 ET”. En su opinión, podríamos estar en el ámbito del *ius variandi*, del poder de dirección del empresario de los art.5 y 20 ET.

¹⁸⁶⁵ SSTS 10/11/1998, 26/12/2005 rec.628/2005.

convencional, pues para poder operar necesita, en cualquier caso, la existencia de dos situaciones que permitan la comparación y, en su caso, la compensación o absorción de los incrementos, cual se desprende del art.26.5 ET¹⁸⁶⁶. La Jurisprudencia ha exigido que los conceptos salariales sean homogéneos para que puedan absorberse y compensarse¹⁸⁶⁷.

Por último, como sistema para suprimir o modificar condiciones más beneficiosas, de aplicación muy excepcional, en el ámbito civil y mucho más en el social, se plantea la vía de la cláusula rebus sic stantibus – excepción al principio pacta sunt servanda -, según la cual “*las obligaciones se cumplen en tanto en cuanto no varíen las circunstancias bajo las que se establecieron*”¹⁸⁶⁸. Luego, si con posterioridad a la celebración del contrato se produjese un cambio muy relevante en las circunstancias del *statu quo inicial*, quedaría justificado que la parte contratante perjudicada intentase resolverlo o modificarlo¹⁸⁶⁹. Se

¹⁸⁶⁶ STS 26/12/1989.

¹⁸⁶⁷ STS 28/2/2000 rec.1265/1999. Por otros BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de...op.cit.* pág.279, recuerda que han de tener finalidad y fundamento idénticos, no siendo posible la compensación y absorción del art.26.5 ET, por ejemplo, de condiciones salariales por extrasalariales, ni entre complementos salariales distintos,...ni la duración de la jornada o vacaciones por subidas salariales puesto que una cosa es el número de horas a retribuir y otra el salario que debe abonarse por dichas horas, no siendo conceptos homogéneos (STS 21/5/1990). DE VAL TENA, A.L.: “La modificación y...op.cit., pág.61 y ss, sintetiza los requisitos para que pueda llevarse a cabo la compensación y absorción: afecta a partidas salariales, dinerarias o en especie, pero no a partidas extrasalariales; que exista homogeneidad entre los conceptos y que su finalidad sea análoga, aunque pueden compensarse los heterogéneos si los recoge un pacto expreso; el empresario puede renunciar a aplicar la absorción y compensación incluso de partidas homogéneas,... aunque también indica que la negociación colectiva podría renunciar a la aplicación de este instrumento así como facultar la posibilidad de absorber y compensar entre partidas salariales no homogéneas o incluso heterogéneas. En estos casos no estamos ante “*una absorción o compensación del art.26.5 ET sino ante una compensación acordada en acuerdo colectivo que no está sometida a los límites que la Jurisprudencia ha establecido en relación con los actos de absorción fundados en tal precepto...*” Por el contrario, BALLESTER LAGUNA,F.: *La condición más...op.cit.*,pág. 260 y ss., ante la posibilidad de absorber y compensar con materias no salariales, entiende que si no existe norma expresa que lo permita, no debería hacerse uso de la compensación y absorción con materias distintas del salario, incluso duda de que puedan incorporarse estas cláusulas en la negociación colectiva.

¹⁸⁶⁸ Si sobreviene un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al contratar, podría el obligado resolver el contrato que se le habría hecho demasiado oneroso...vid SSTS 4/7/1994, 8/7/1996. A mayor abundamiento puede consultarse IGLESIAS OSORIO, B.C.: “La cláusula rebus sic stantibus en el ámbito laboral. Una prolongación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en tiempos de crisis”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 472, 2023, pág.126, para quien “*el episodio pandémico ha quebrado el equilibrio prestacional en algunas actividades de negocio afectando singularmente a la parte empresarial, pero no es menos cierto que la persona trabajadora ha sufrido en muchos casos un deterioro de sus condiciones de trabajo desequilibrando su carga contractual o convencional por decisión unilateral de la empresa*”. Señala que la empresa no necesita el acuerdo del trabajador para invocar la cláusula rebus sic stantibus y es éste, en caso de no estar de acuerdo con la modificación, quien debe acudir a los Tribunales para que sean éstos los que valoren si se está o no ante un supuesto que justifique su aplicación

¹⁸⁶⁹ ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho...op.cit.*,pág.236, pág.237-238: que defiende la “*posibilidad de alterar los contratos por sobrevenir un cambio de circunstancias que las partes al contratar no previeron*”.

entiende que la cláusula es de aplicación muy excepcional y que únicamente puede recurrirse a ella en los *casos “más graves”* de alteración de las circunstancias¹⁸⁷⁰.

La Jurisprudencia social limita la invocación de la cláusula *rebus sic stantibus* a la solución de los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato¹⁸⁷¹. Si la circunstancia imprevisible y sobrevenida es de tal calado que hace imposible el cumplimiento de la obligación por el deudor, conforme al art.1184 CC la imposibilidad sobrevenida extingue la deuda pero hay que compensar económicamente y de forma equitativa a los trabajadores que se ven privados de tales prestaciones con su valor en dinero. Mayoritariamente se entiende que esta cláusula cuya aplicación exige la alteración de la base del negocio y que produce una ruptura del equilibrio contractual, no resulta aplicable al ámbito social dado que ya existe una herramienta específica, la que proporciona el art.41 ET.

2.2.2. La condición más beneficiosa en el empleo público laboral.

Resulta delicado entender aplicable el principio de respeto a la condición más beneficiosa en el ámbito de las relaciones laborales de las Administraciones Públicas¹⁸⁷², cuando, por otra parte, se niega al colectivo de empleados públicos funcionarios y estatutarios¹⁸⁷³. La condición beneficiosa, como se ha dicho, nace de la autonomía de la

¹⁸⁷⁰ Recuerda DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho...op.cit.*,pág.1065, que es una cláusula peligrosa que debe admitirse sólo cautelosamente (STS 23/4/1991); que no está legalmente reconocida; que dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir puede ser elaborada y admitida por los Tribunales; que se requiere para su admisión una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración y que exista una desproporción exorbitantes, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben todo el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; en cuanto a los efectos se le otorgan solo efectos modificativos del contrato (no resolutorios, rescisorios o extintivos), encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

¹⁸⁷¹SSTS 26/3/2014 rec 86/2012; 17/1/2013 rec 1579/2010; 11/03/1998 rec.216/97 y 16/04/1999 rec. 2865/1998. Su aplicación exige del empresario probar la entidad y la imprevisibilidad de la alteración de las circunstancias que justifique la modificación o supresión de la condición más beneficiosa – “*no es admisible la transformación de aquellas circunstancias que fueron previsibles y que se encontraban en la esfera de influencia empresarial*”-. La alteración de las circunstancias ha de ser extraordinaria e imprevisible, por lo que no se aplica, por ejemplo, si se alegan crisis económica si ésta había sido diagnosticada y pronosticada por economistas solventes (STS 20/09/2010 rec 190/2009). También se exige onerosidad, presupuesto para eximir a la parte contratante de su obligación de cumplir lo pactado, y no la hay si consiste en promocionar a 20 trabajadores en una plantilla de 1.500 (STS 26/04/2007 rec 84/2006).

¹⁸⁷²Lo reconoce expresamente la STS 25/06/2014 rec.1994/2012, entre otras.

¹⁸⁷³Así, la STC 99/1987, de 11 de junio. Y en el mismo sentido la STSJ Cataluña 17/4/2000 rec.7168/1999, que argumenta que “*no se puede hablar de derechos adquiridos pues se trata de personal estatutario, y*

voluntad de las partes de un contrato de trabajo por lo que resulta difícil su admisión en un ámbito en el que el empresario debe actuar al servicio del interés general, obligado por los principios de legalidad e igualdad y limitado por el necesario respeto a la normativa presupuestaria¹⁸⁷⁴. Obsérvese también que, en relación con las materias que podrían ser objeto de mejora, existe un límite relacionado con la eficiencia en la prestación del servicio público de que se trate –ej.horario–.

Nuestra Jurisprudencia reconoce la existencia de la condición más beneficiosa en el ámbito de las Administraciones Públicas – así, por ejemplo, en SSTS 25/6/2014 rec.1994/2012 y 3/2/2016 rec.143/2015-; si bien con la STS 13/7/2017 rec.2976/2015 – y otras como la STS 26/2/2019 rec.137/2019- se produce un punto de una inflexión que modifica esta doctrina judicial. A partir de entonces el Tribunal Supremo admite las condiciones más beneficiosas en el seno de las Administraciones Públicas, aunque exige el cumplimiento de rigurosos condicionantes.

Entre las sentencias que admiten su existencia se argumenta que la Administración Pública se somete en su actuación al principio de legalidad; y, por lo tanto, en su condición de empleadora laboral debe observar el más riguroso respeto a la normativa laboral¹⁸⁷⁵. Entre esa normativa figura, el art.3.1.c ET que establece que las relaciones

como se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia, si los derechos reclamados no vienen regulados en la normativa aplicable... al no existir en dichas disposiciones los derechos que se reclaman y que no pueden crearse por la vía de los derechos adquiridos, actos propios o condición personal como beneficiosa que, si tienen validez en el campo general laboral, no tienen el mismo alcance en la situación estatutaria, regulada por normas de carácter público administrativo, que obliga a no dar valor a situaciones de hecho no contempladas en los estatutos...” También en relación con el personal estatutario, la STSJ Andalucía Granada de 20/11/2001, aclara que al personal estatutario no le es aplicable la legislación laboral; de ahí que por mor de lo dispuesto en el art.1.3ª ET, los beneficios o derechos reconocidos por virtud de una norma o mantenidos por condescendencia de las partes, no pueden configurar nunca un derecho para el personal estatutario, cuya situación objetiva es siempre modificable por un instrumento normativo de acuerdo con los beneficios de reserva de ley y de legalidad, por lo que no cabe que tal situación no pueda variar con los avatares del tiempo y las necesidades del servicio en aplicación del art.103.3 CE, por tanto, la condición más beneficiosa que tiene su aplicación en el derecho laboral, no opera, ni tiene virtualidad con el régimen de los funcionarios o estatutarios. Otras también STS 18/9/2000 rec.1940/1999.

¹⁸⁷⁴El argumento de la "tolerancia" tampoco puede aceptarse por mera afirmación de parte y, menos aún, cuando de una Administración se trata, pues la tolerancia puede deslizarse hacia la figura delictiva de la malversación de fondos públicos (STS 25/6/2014 rec.1994/2012).

¹⁸⁷⁵ En las SSTS 25/6/2014 rec.1994/2012 y 1885/2013 se examina la eventual pervivencia del disfrute de derechos por encima de lo permitido en el ordenamiento jurídico, sobre disfrute de comida gratuita de los trabajadores de una residencia pública el día que prestaban servicios. Por el contrario, rechazan su existencia: STS 16/9/2015 rec.233/2014, entiende que faltan requisitos para que nazca tal derecho de los trabajadores. no concurren las específicas circunstancias de personal transferido a una Administración, procedente de otra en la que un convenio colectivo reconocía un derecho cuya adaptación a las nuevas condiciones aún no ha sido negociada sino suprimida unilateralmente sin trasladar la ventaja que comporta a otros derechos asentados en las nuevas condiciones de acogida. O también entiende que faltan requisitos la STS de 8/2/2017 rec.29/2016. En la STS 8/3/2017 rec.70/2016 se insiste en que no cabe hablar de una condición más beneficiosa nacida contrariando lo querido por las normas.

laborales se regulan, aparte de por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y por los convenios colectivos, por la voluntad de las partes esquema de fuentes de derechos y obligaciones de las partes de un contrato de trabajo lo establecido en el mismo, por lo que la Administración Pública debe respetar lo establecido en el pacto contractual¹⁸⁷⁶.

No obstante, con la STS 13/7/2017 se produce una rectificación en la doctrina del Tribunal Supremo¹⁸⁷⁷. Si bien, teóricamente se considera admisible que se pueda generar una condición más beneficiosa en el seno de relaciones laborales con la Administración pública, se introducen algunas precisiones, relacionadas con la exigencia de requisitos, que van a hacer dificultosa o excepcional la posibilidad de adquirir una condición más beneficiosa frente a la Administración empleadora. En efecto, si tratándose de un empresario privado el reconocimiento de una condición más beneficiosa no tiene más límite que el que en su caso pueda representar el respeto a la CE y a la ley, cuando se trata de Administraciones Públicas a ese obligado acatamiento del principio de legalidad, en sentido amplio, hay que añadir el sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario, que excluyen la posible obtención de la condición más beneficiosa cuando las mismas se opongan a norma legal de Derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo o cuando, por parte empresarial, se carezca de la debida competencia para atribuirla.

Comenzando con la primera de estas matizaciones en el régimen de la condición más beneficiosa en el ámbito de la Administración Pública, ya se ha dicho que un requisito esencial para que exista la misma es que su objeto sea lícito, que no contravenga lo dispuesto en la normativa de Derecho necesario ni en lo dispuesto en el convenio colectivo. En el caso de la Administración Pública, la condición más beneficiosa no podrá oponerse a ninguna disposición legal de cualquier orden normativo, incluido el

¹⁸⁷⁶ También admite su existencia en la Administración, la STS 3/2/2016 rec.143/2015, si bien aquí se matiza que había sido atribuida de manera “*manifiesta, explícita y emanada de órgano competente*”, y que se estaba ante una condición más beneficiosa *praeter legem* -al margen de las previsiones legales- y no *contra legem*. Estamos ante surgimiento de un derecho de forma lícita, ante actos explícitos emanados de órgano competente; se está ante una condición más beneficiosa *praeter legem* (al margen de las previsiones legales) más que ante un derecho nacido *contra legem* (de manera contraria a lo querido por las normas); que ni siquiera se ha invocado una norma concreta que colisione con el derecho en cuestión; que tampoco se ha expuesto a partir de qué momento la condición se convierte en anómala; que no se ha seguido el camino *novatorio* (pactado o impuesto por la vía del art. 41 ET); que en modo alguno se consagra la validez de derechos surgidos de manera anómala e ilegal.

¹⁸⁷⁷ Para el voto particular era innecesario rectificar la doctrina que habían sentado las SSTS 25/6/2014 rec.1994/2012 y rec.1885/2013 porque se llega a la misma conclusión ya alcanzada por el TS en resoluciones precedentes. Otras sentencias que siguen a ésta son SAN 16/7/2021 rec.19/2021.

presupuestario, pero siempre que la misma ostente la cualidad de Derecho necesario absoluto y por ello no sea susceptible de ser alterada en modo alguno ni por la negociación colectiva ni por la individual. Cuestión distinta sería de tratarse de una norma de Derecho necesario relativo, ya que rige la regla opuesta y así se admite, desde la perspectiva del trabajador, su mejora, pero no su empeoramiento por convenio colectivo o contrato individual de trabajo¹⁸⁷⁸.

La actuación de la Administración Pública se sujeta al principio de legalidad, tiene sometimiento pleno a la ley y el Derecho, esto es, a todas las fuentes de producción normativa. Por ello, el principio de legalidad afecta tanto a la declaración formalizada que integra el acto administrativo en sentido estricto cuanto a la mera actuación material de la Administración. Para impedir que los intereses generales que las Administraciones Públicas representan puedan comprometerse por actos administrativos o actuaciones materiales opuestos a la legalidad, se proclama la nulidad de pleno derecho de los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren derechos o facultades cuando se carezcan de los requisitos esenciales para su adquisición, entre ellos, obviamente, la competencia para determinar la legalidad presupuestaria y atribuir el pretendido beneficio (art.47.1.f Ley 39/2015). Con ello, el legislador no se hace sino corroborar, con las matizaciones debidas al especial régimen jurídico administrativo, la ineficacia general del acto contrario a la norma proclamado en el básico, por supletorio (art. 6.3 CC). Y que no se objete que el proceso de adquisición de la condición más beneficiosa frente a las Administraciones Públicas es ajeno a toda consideración propia del Derecho Administrativo, pues no cabe desconocer que el consentimiento válido -también por parte de la Administración Pública- sería necesario presupuesto de la perfección del acto del que se deriva la supuesta condición más beneficiosa, y que en su generación ha de ajustarse a los requisitos de todo orden que el referido sector del ordenamiento jurídico establezca.

En segundo lugar, tampoco cabe en el marco de relación con las Administraciones, la adquisición de una condición más beneficiosa que contraríe el mandato expreso del convenio colectivo estatutario aplicable que resulte asimilable al referido Derecho necesario absoluto, precisamente porque aquél tiene como tal - estatutario- eficacia de

¹⁸⁷⁸ STS 25/1/2011 rec. 216/2009.

norma¹⁸⁷⁹, y por lo mismo resulta de preceptiva -y estricta- observancia para la Administración empleadora, en términos similares a la norma propiamente dicha. Cuando la empleadora es la Administración Pública, ésta no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento a la Ley y al Derecho y con interdicción de la arbitrariedad, estando sujeta al principio de igualdad ante la Ley, que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales. Planteamiento en el que ha insistido el Tribunal Supremo cuando ha afirmado que *“...la prohibición de trato desigual injustificado afecta de manera especial precisamente a las Administraciones, hasta el punto de convertirse en un auténtico deber de igualdad de trato que se basa no solamente en la prohibición de discriminación sino también en el principio de igualdad ante la ley y en la interdicción de arbitrariedad”*¹⁸⁸⁰.

Por último, esta nueva doctrina del Tribunal Supremo hace necesaria, para otorgar la condición más beneficiosa, la adecuada competencia orgánica y de otro lado el singular funcionamiento de las Administraciones públicas, en las que la gestión ordinaria se ejerce usualmente por delegación del órgano competente. Son dos factores que prácticamente conducen a eliminar la voluntad tácita como posible fuente de la condición más beneficiosa, en tanto que resulta difícil imaginar de qué modo podría considerarse correctamente adoptada una decisión tácita por parte de quien ostenta la competencia para ello pero no ejerce las inmediatas facultades directivas.

Sintetizando las nuevas exigencias para que nazca una condición más beneficiosa en la Administración Pública son que traiga origen en voluntad inequívoca del empleador; que la misma sea directamente atribuible al órgano que ostente adecuada competencia para vincular a la correspondiente Administración; y que se trate de un beneficio *praeter legem*, en tanto que no contemplado ni prohibido, de forma expresa o implícita, por disposición legal o convencional algunas de las que predicar su imperatividad como Derecho necesario absoluto¹⁸⁸¹. Con los requisitos establecidos en esta STS 13/7/2017 va

¹⁸⁷⁹ SSTS 21/12/2015 rec.6/2015; 18/2/2016 rec.282/2014. Modificando la doctrina establecida en las SSTS de 25/6/2014, y volviendo a la Jurisprudencia que la precedió, los principios de competencia y legalidad impiden a gestores de entidades administrativas pactar acuerdos u otorgar condiciones laborales ajenas a la legalidad y/o al convenio colectivo de aplicación, y que ahora se matizan como cualificadas como Derecho necesario absoluto, en SSTS 19/7/2007 rec.3474/2006, 16/2/2009 rec.1472/2008.

¹⁸⁸⁰ STS 7/12/2011 rec.4574/2010.

¹⁸⁸¹ Insiste en esta doctrina, admitiendo que, aunque teóricamente resulte posible pensar en la existencia de condiciones más beneficiosas en el empleo público, su reconocimiento se somete a los principios de competencia, de igualdad y presupuestario que excluyen la posible obtención de esta mejora cuando la

a resultar muy difícil – “casi excepcional”- que en el ámbito de la Administración Pública puedan “adquirirse” condiciones más beneficiosas.

Coincidimos con la doctrina que considera extremadamente complejo aplicar el art.41 ET precepto en la Administración Pública dado que ésta no puede negociar convenios colectivos al margen del ET; del mismo modo que en la relación laboral en la Administración Pública resulta difícil hablar de condiciones más beneficiosas en el contrato individual¹⁸⁸², por lo “*imposible de establecer condiciones de trabajo superiores a las pactadas convencionalmente por la vía del reconocimiento de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo atendiendo al carácter reglado de la actuación de la Administraciones Públicas unido al sometimiento a mayores exigencias del tratamiento uniforme del conjunto de los empleados públicos*”¹⁸⁸³.

misma se oponga a norma legal de Derecho necesario o prohibición expresa de convenio colectivo, o cuando por parte empresarial carezca de la debida competencia para atribuirle, vid STS 26/2/2019 rec. 4/2018. La STS 11/01/2018 rec. 52/2017 sostiene a diferencia de un empresario privado en cuyo caso el reconocimiento de una condición más beneficiosa no tiene más límite que el respeto a la CE y a la ley, cuando se trata de Administraciones el obligado acatamiento del principio de legalidad, se cualifica con el sobreañadido sometimiento a los específicos principios de competencia, de igualdad y presupuestario.

¹⁸⁸² Entiende el TS, en STS 25/6/2014 rec.1885/2013, que se está ante una condición más beneficiosa en el supuesto de que a los trabajadores procedentes de otra Administración Pública se les mantiene un complemento en especie que no se reconoce a los trabajadores de la Administración subrogada, nueva empleadora de esos trabajadores. Existe condición más beneficiosa por la persistencia de la conducta permisiva patronal, la frecuencia, el número de trabajadores que lo disfrutaban y la notoriedad, por lo que queda descartado el error o la mera liberalidad o tolerancia para no aplicar la condición más beneficiosa. Y esta conclusión no se altera por el hecho de que la empleadora sea una Administración Pública sometida, como tal, al principio de legalidad en todas sus actuaciones.

¹⁸⁸³Vid RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas...op.cit.*,pág.213. Para ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.36, “*las Administraciones como empleadoras se rigen por el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación que les impiden el establecimiento selectivo de las condiciones de trabajo por encima de las previsiones legales o convencionales a diferencia de los empresarios privados...no se rige por el principio de la autonomía de la voluntad en sus relaciones jurídicas sino por el sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art.103.1 CE) con interdicción expresa de la arbitrariedad (art.9.3 CE) y como poder público que es está sujeta al principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato igual para supuestos iguales (vid SSTCC 161/1991 de 18 de julio y 2/1998 de 12 de enero). Para LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.322, “*el papel que le queda al contrato de trabajo es muy residual pues está muy condicionado por la clasificación profesional establecida en el proceso de selección y por la especial incidencia en ese ámbito del principio de igualdad, si bien no descarta su carácter de fuente de obligaciones, ya que de hecho el propio EBEP lo cita en sus art.11 y 27*”. CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, nº 17, 2012, pág.42, duda de que el art.41 ET del pueda tener algún impacto en su aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas. Éstas se rigen por el principio de igualdad y de legalidad luego es imposible que celebren convenios extraestatutarios, al margen del Título III ET y estableciendo incomprensibles diferencias en las condiciones de trabajo entre los empleados públicos pertenecientes al sindicato firmante y el resto. En el sector privado pueden ser admisibles esas diferencias de tratamiento, pero no tienen cabida en el empleo público que debe guiarse por el principio de prohibición de desigualdad en el tratamiento de sus trabajadores- por ese mismo principio, acuerdos y pactos de funcionarios tienen eficacia erga omnes- No es aceptable en este ámbito el convenio colectivo de eficacia limitada. Argumenta también que debiendo actuar con objetividad y uniformidad, dada su limitada capacidad de intervención discrecional, el reconocimiento de condiciones más beneficiosas – por encima de los mínimos establecidos*

2.3. Sustancialidad de la modificación. Causas.

La modificación de las condiciones de trabajo habrá de ser sustancial. Aunque de la redacción literal del art.41.1 ET pudiera inicialmente deducirse otra cosa – “*tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias...*”-, esto es, que por afectar la modificación a las materias del art.41 ET ya se considerase sustancial la modificación, la Jurisprudencia deja claro que la sustancialidad hay que exigirla de la modificación y no de la condición modificada¹⁸⁸⁴.

Sustancial, según el diccionario de la RAE, es lo importante o esencial, lo no accesorio. Las modificaciones no sustanciales – las accidentales o no importantes o no esenciales – podrá llevarlas a cabo el empresario libremente sin alegar causa que justifique su decisión empresarial y sin seguir procedimiento alguno, esto es, sin necesidad de acudir al art.41 ET porque entrarían dentro de su poder de dirección (*ius variandi* empresarial)¹⁸⁸⁵. En este supuesto, cuando el empresario decida la implantación de una modificación no sustancial de las condiciones de trabajo, aún cuando el poder de dirección tenga carácter discrecional – pudiendo imponer libremente la modificación sin

en negociación colectiva, como sucede en el empleo privado-, no es aceptable en el empleo público. “*La negociación colectiva debe contemplarse como el referente uniforme para todo el personal incluido dentro de su ámbito de aplicación, sólo siendo posible de forma expresa y objetivamente justificada un tratamiento de favor para concretos empleados públicos por vía de pacto individual, o bien de decisión unilateral de la Administración Pública como parte empleadora*”.

¹⁸⁸⁴Vid GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,pág.244, Las SSTS 26/4/2006 rec.2076/2005 y 25/11/215 rec.229/2014 resuelven sobre la falta de sustancialidad de las modificaciones introducidas.

¹⁸⁸⁵ En la STS 3/4/1995 rec.2252/1994 se señala que “*cambios de régimen jurídico de escasa entidad, que respetan los mínimos legales y convencionales y que no afectan a condiciones más beneficiosas incorporadas al nexo contractual, no integran...el supuesto de modificación de condiciones de trabajo del art. 41 ET, supuesto que requiere de manera expresa la cualidad de "sustancial" de la modificación interesada, no predicable de alteraciones poco significativas de acomodación a nuevos tiempos y circunstancias*”. Vid también SAN 12/5/2021 rec.393/2020; SSTS 22/11/2013 rec. 290/2011; 13/11/1996 rec.229/2014 ó la 3/4/2018 rec.106/2017. El TS ha considerado modificaciones no sustanciales incluidas en el poder de dirección del empresario las variaciones del puesto de trabajo por desplazamiento de los pinches desde las diversas plantas a la cocina que define el cambio como “mera modalización de la prestación de servicios”(STS 06/02/1995 rec.u.d. 1394/1994); la alteración del sistema de pago con tarjeta para descuentos en compras (STS 11/12/1997 rec. 1281/1997); la imposición de nuevos criterios para la determinación de complemento personal voluntario en su concesión y cuantía (STS 22/06/1998 rec. 4539/1997); el establecimiento de un nuevo sistema de control horario y la flexibilidad de jornada en treinta minutos (STS 17/12/2004 rec. 42/2004); la modificación consistente en retrasar media las horas de entrada y salida del trabajo, en segmentos horarios que no afectan a los transportes públicos, porque con ello no se transforma el contrato y objetivamente no puede calificarse de más oneroso entrar al trabajo media hora más tarde, ni se ha transformado un aspecto fundamental de la relación laboral (STS 10/10/2005 rec.183/2004);... ni tampoco las alteraciones de horario consistentes en deslizamientos de los momentos de entrar y salir del trabajo, por tiempo no superior a una hora, pueden ser neutros, beneficiosos o perjudiciales para unos determinados trabajadores, y si se les da la posibilidad de adscribirse voluntariamente al nuevo horario, nunca serán peyorativos (STS 22/9/2003 rec.u.d. 122/2002); la alteración de la jornada en veinticinco horas al año y su manifestación en media hora semanal menos de diez minutos diarios (SAN 7/11/1997).

necesidad de justificación y sin formalidad alguna -, se encontraría limitado por el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, a su dignidad y al principio de buena fe contractual al que hace referencia el art.20 ET, y los que, en su caso, deriven de la regulación legal, o de los acuerdos individuales o colectivos¹⁸⁸⁶.

El art.41 ET nos coloca ante un concepto jurídico indeterminado¹⁸⁸⁷, que la ley no ha intentado definir, y que ha tenido que ser objeto de delimitación jurisprudencial con la “*inevitable inseguridad jurídica*”¹⁸⁸⁸ y el casuismo que ello plantea. Una modificación de las condiciones de trabajo se considera esencial si altera y transforma los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista del art.41 ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del *ius variandi* empresarial¹⁸⁸⁹. Es por ello que habrá que comparar la situación de la condición de trabajo previa a la decisión de aplicar el art.41 ET, con la resultante de aplicar este precepto¹⁸⁹⁰. Para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario, caso por caso, tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los afectados y las posibles compensaciones que se les ofrezcan¹⁸⁹¹, “*hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable*”¹⁸⁹².

¹⁸⁸⁶El art. 20 ET hace referencia al principio de buena fe, que obligaría al empresario a motivar la decisión empresarial, prohibiendo la arbitrariedad en el ejercicio de dicho poder de modo y manera que sólo en los casos en que se acredite la existencia de un interés objetivo se considerará que se actúa conforme al principio de buena fe contractual, en STSJ Andalucía/Sevilla 10/2/2009 rec.3815/2008.

¹⁸⁸⁷ Para GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,es el “*nudo gordiano del precepto*”.

¹⁸⁸⁸ PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna...op.cit.*,pág. 56. PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.38.

¹⁸⁸⁹ SSTS 22/9/2003 rec.u.d. 122/2002, 11/11/1997 rec.1281/1997; 15/11/2005 rec.42/2005; 11/11/1997 rec.1281/1997; 17/4/2012 rec 156/2011;...Son ejemplos de modificaciones sustanciales: cambio de jornada continua a partida (STS 11/6/1987); modificación de la estructura pactada de salario (SAN 12/6/1995); modificación del horario en treinta minutos (STSJ Cataluña 28/5/1996). ALVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág.415, apunta que ni la modificación no puede ser “*banal o insignificante*” ni los cambios pueden ser tales que “*hagan irreconocible la relación de trabajo*”..

¹⁸⁹⁰ Hay que comparar “*el antes y el después de una misma condición, no entre condiciones dispares...* (SSTS 10/10/2005, 28/2//2007,...)” vid GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,, pág.245.

¹⁸⁹¹ SSTS 22/9/2003 rec.122/2002, 9/4/2001 y 9/12/2003, 10/1/2005 rec.183/2004,

¹⁸⁹² Estos criterios, de contornos difusos, pueden hacerse más precisos en la negociación colectiva, especialmente respecto a aquellas materias, como las referidas al horario, en las que son más frecuentes las situaciones conflictivas (STS 22/9/2003 rec.u.d. 122/2002).

Como se ha dicho, la Jurisprudencia viene exigiendo que la modificación, para ser sustancial, haya de producir perjuicios al trabajador¹⁸⁹³. Estaríamos ante el componente subjetivo de la modificación sustancial porque una misma modificación podrá ser considerada sustancial para algunos trabajadores y no sustancial para otros. Por otra parte, el trabajador no tiene porqué probar ante el juez el perjuicio que le causa la modificación implantada ya que éste se presume por la impugnación de la decisión empresarial¹⁸⁹⁴. Habrá que valorar también las eventuales compensaciones que el empresario haya podido ofrecer a los afectados, para tratar de recuperar el equilibrio contractual previo¹⁸⁹⁵.

Igualmente se tendrá en cuenta la mayor o menor duración de la modificación de la condición de trabajo adoptada. Ante el silencio de la norma, nada impide que la modificación tenga una duración ilimitada¹⁸⁹⁶ y en éstos casos será un elemento más a considerar a favor de la sustancialidad de la medida porque causaría más perjuicio al trabajador afectado¹⁸⁹⁷ – al contrario de lo que sucedería si los cambios fuesen de corta duración o coyunturales,...-. Duración de la modificación de una condición de trabajo que dependerá, básicamente, de la persistencia de la causa que justifique la modificación y de la fuente que dé origen a esa condición modificada. Así, si fue el contrato de trabajo es posible que la modificación perdure mientras tenga vigencia el mismo – aunque también podría ser temporal-; en cambio, si nació de un convenio colectivo extraestatutario su duración será coyuntural.

La sustancialidad se reinterpreta por los Tribunales en época de pandemia. Se entiende que la modificación unilateral de las condiciones de trabajo en este contexto no ha de seguir el procedimiento del art.41 ET, porque las actuaciones empresariales obedecen a la aplicación de la normativa de emergencia, entre otros el *Real Decreto*

¹⁸⁹³En STS 3/4/1995 rec.2252/1994 se exige que las modificaciones, para ser sustanciales, produzcan perjuicios al trabajador, también STS 26/4/2006 rec.2076/2005. La sustancialidad de una modificación resulta difícil de determinar máxime cuando se invocan circunstancias muy subjetivas, de índole "psicológico" relativas a la "ansiedad" o "miedo" que acarrearía la "modificación" introducida por la empresa al trabajador afectado, vid SJS nº 4 Oviedo 5/6/2018 rec.197/2018. Por otras, SSTS 10/10/2005 rec.183/2004; 3/4/1995 rec.2252/1994.

¹⁸⁹⁴ STS 7/2/2005 rec.1963/2004 FJ 3º.

¹⁸⁹⁵ GARCÍA NINET, J.I.: "La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general", *Revista General Derecho Trabajo Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág.243.

¹⁸⁹⁶El carácter definitivo es un indicio de la sustancialidad (STSJ Cantabria 28/2/1995 rec.56/1995).

¹⁸⁹⁷ Resume los requisitos que la modificación ha de reunir, ÁLVAREZ MONTERO, A.: "¿El artículo 41...op.cit., pag.183, el contextual – el contexto convencional en el que se inserta la modificación -; el valorativo – magnitud cuantitativa y cualitativa del cambio-y ponderativa – sacrificio sufrido por los trabajadores afectados, por lo que habrá de tenerse en cuenta las posibles compensaciones ofrecidas a cambio de la modificación-.

463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID que, fue objeto de sucesivas prórrogas hasta el 9 de mayo de 2021. La temporalidad de las medidas adoptadas por el empresario y las causas de su aplicación llevan a concluir que falta el rasgo esencial de la sustancialidad de la modificación y a afirmar, que no resulta de aplicación el art.41 ET por encontrarnos ante una materia concreta, novedosa, que ha merecido una respuesta específica y coyuntural¹⁸⁹⁸. En este contexto, y en el mismo sentido, se resuelve que la temporalidad de la medida adoptada por el empresario y el objetivo por ella perseguido de proteger el empleo existente en la empresa, lejos de constituir un comportamiento arbitrario, ha de ser calificada como no sustancial, puesto que no implica la supresión de la condición ni tiene la intensidad temporal suficiente para vulnerar el art.41 ET¹⁸⁹⁹. O que de la temporalidad de la medida y de la entidad del sacrificio, que también ha sido compartido por la empresa, cabe deducir que estamos ante medidas organizativas y de ordenación del trabajo temporales con cobertura legal, y no ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁹⁰⁰.

La modificación sólo podrá llevarse a cabo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁹⁰¹. No es un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en los distintos planos –económico, productivo, técnico u organizativo, que el art.41.1 ET contempla¹⁹⁰². A diferencia de otros preceptos, como el art.47.1 ó el 51.1 ET, la normativa laboral no define qué entender por estas causas¹⁹⁰³. Y la única indicación

¹⁸⁹⁸ Vid SSAN 12/5/2021 rec.393/2020; 28/10/2020 rec.143/2020.

¹⁸⁹⁹ STSJ Asturias 10/11/2020 rec.1432/2020: La modificación del lugar de trabajo (movilidad geográfica débil o no sustancial), jornada y horario no se entienden sustanciales porque, en lugar de acudir a alguna de las dos vías que habilitaba el art. 2 RD Ley 8/2020, de 17 de marzo, para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, esto es, la tramitación de un ERTE por fuerza mayor ex art. 22 o uno CETOP por la causa productiva prevista en el art.47.1 ET, la contratista hizo el esfuerzo de recolocar a la trabajadora en otras contrataciones de servicios de la propia empresa sin venir obligada a ello.

¹⁹⁰⁰ STSJ Madrid 23/7/2020 rec.235/2020. En la SAN 27/7/2021 rec.277/2020 se entiende también que no es una modificación sustancial sino que responde a un nuevo criterio empresarial de organización del trabajo que no afecta a las materias del art.41 ET y que responde a razones de eficacia y eficiencia organizativa para un mejor aprovechamiento de los recursos materiales que necesita la empresa para la ejecución de su fin empresarial – la empresa implanta una política de hot desk, sin ubicación fija, encuadrada en el procedimiento de Smart job-.

¹⁹⁰¹ Para MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial...op.cit.,pág.4, “*más que una prueba en sentido estricto, será la aportación de una argumentación justificadora de la razonabilidad de su introducción desde el punto de vista empresarial...*”

¹⁹⁰² SAN 18/3/2021 rec.164/2020.

¹⁹⁰³ Para GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit.,pág.1, “*aparentemente la intención del legislador es simplificar el régimen jurídico de las modificaciones sustanciales...pero la técnica utilizada no es la más apropiada a la hora de determinar cuando la decisión empresarial está*

que al respecto se hace es que se consideran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

El actual art. 41.1 ET ha limitado, aún más, el nivel de exigencia de la versión precedente¹⁹⁰⁴. No requiere que las modificaciones tengan el objetivo acreditado - en conexión de funcionalidad o instrumentalidad- de prevenir una evolución negativa o mejorar la situación y perspectivas de la empresa, sino que el precepto se limita a exigir que las medidas estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa¹⁹⁰⁵. El art.41 ET alude a conceptos macroeconómicos- competitividad y productividad - o de simple gestión empresarial - organización técnica o del trabajo¹⁹⁰⁶. Podría deducirse que bastaría con vincular la decisión modificativa empresarial con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo para poder aplicar la medida del art.41 ET, ya que, como se ha dicho, ahora se desconecta de cualquier finalidad preventiva o de mejora de la situación empresarial¹⁹⁰⁷.

Comparando estas exigencias causales con las del art.51 ET, la Jurisprudencia, concluye¹⁹⁰⁸ que la modificación sustancial no exige, a diferencia de la extinción por

justificada, al tiempo que introduce inseguridad jurídica desde la perspectiva de la predecibilidad de la respuesta judicial...utiliza conceptos jurídicos indeterminados, a fijar judicialmente "ad casum"

¹⁹⁰⁴ Por otros vid, SANGUINETTI RAYMOND, W.: "La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes", *RDS*, nº 57, 2012, pág.125 y ss.

¹⁹⁰⁵ STS 27/1/2014 rec.100/2013 FJ 4º (Cortefiel); SAN 28/5/2012 rec.81/2012. Para VALLEJO DACOSTA, R., LAFUENTE PASTOR, V.P. Y AYERRA DUESCA, N.: "Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: avances y retrocesos" en GARCÍA BLASCO, J y DE VAL TENA, A. (Dir.): *Crisis económica y empleo: La experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág.326, la expresión "relacionadas" supone la existencia de una "correlación, no a una relación causa-efecto". Para los anteriores, aunque se suprimen las exigencias teleológicas de la medida, si se quiere prevenir el fraude de ley, habrá de exigirse algo más que "la tangencialidad de la afectación". La decisión de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo a través el art.41 ET, no puede ser arbitraria, sino causal, esto es, el empresario deberá razonar y justificar la adopción de esta medida

¹⁹⁰⁶ En palabras de MORÓN PRIETO, R.: "Modificación de condiciones...op.cit.,pág.1, se produce una "progresiva incorporación de la nomenclatura económica y empresarial caracterizada por un alto grado de incertidumbre e inconcreción...eliminando, a su vez, elementos que pudieran permitir su valoración concreción...ello constituye un grave problema de seguridad jurídica, supone incorporar al ámbito de la ley elementos propios de las ciencias sociales y, por lo tanto, sometidos a múltiples interpretaciones, según el punto de vista que del asunto se tenga..."

¹⁹⁰⁷ Que la aplicación del art.41 ET contribuyese a mejorar la situación de la empresa, no siempre resultaba fácil de probar al tratarse de hechos futuros, vid FRAGUAS MADURGA, L.: "La modificación sustancial...op.cit.,pág.110. MIÑARRO YANINI, M.: "Un cheque, pero no en blanco, al Grupo Cortefiel: el "juicio de razonabilidad" de las modificaciones sustanciales", *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014, pág.118. Como observa MORÓN PRIETO, R.: "Modificación de condiciones...op.cit., pág. 2, "el incremento de la productividad y la competitividad puede tener como resultado el incremento de los beneficios. Sin embargo, no solo no existe una regla, ni jurídica ni económica, que imponga que tales beneficios se traduzcan en mayores niveles de empleo, sino que la evidencia empírica pone de manifiesto la cantidad de supuestos en los que el incremento de beneficios viene acompañado de destrucción de empleo".

¹⁹⁰⁸ STS 17/05/2005 rec. 2363/2004.

causas económicas, la concurrencia de pérdidas, porque la interpretación literal del precepto inclina a pensar que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se hubiera de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo¹⁹⁰⁹. Se trata únicamente de que tal decisión, mediante una más adecuada organización de los recursos, favorezca la posición competitiva de la empresa, o la eficacia del servicio prestado por la misma, o una y otra cosa a la vez, sin que haya de acreditarse la superación de vicisitudes negativas¹⁹¹⁰. Subraya que esa conclusión, basada en la utilización del canon de la interpretación literal, se confirma mediante la comparación de lo que ordenaba el art. 41 ET con lo que mandan los art. 51 y 52.c ET para el despido colectivo y para el despido objetivo por necesidades de la empresa, puesto que estos preceptos sí establecen una referencia mucho más estricta y limitada para considerar razonables las causas de estos dos supuestos legales de despidos económicos, imponiendo de manera expresa que las respectivas decisiones empresariales de despedir contribuyan a objetivos más exigentes. El tratamiento legal de las decisiones modificativas y extintivas es diferente porque los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (flexibilidad externa o adaptación de la plantilla) que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (flexibilidad interna o adaptación de condiciones de trabajo). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 CE, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad

¹⁹⁰⁹ SSTs 23/02/2009 y 16/5/2011. No es necesario que concurra una situación económica negativa (SAN 10/3/2011 rec.12/2011), las medidas pueden ser impuestas aunque la marcha de la empresa sea positiva o no exista peligro en su viabilidad (STSJ Cataluña 9/5/2006). Son causas muy relacionadas unas con las otras como estudia GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,pág.249, quien indica que no hace falta demostrar la existencia de pérdida económica alguna; no es necesario que la empresa atraviese una mala o grave situación, lo importante es mejorar la situación de la empresa, su situación competitiva en el mercado, que esté preparada para nuevos retos (STSJ Cataluña 5/10/1996)...el art.41 ET no exige situación de gravedad o de urgencia (STS 15/12/1994)...se entenderá justificada causalmente la decisión modificativa siempre que la medida resulte razonable y razonada, persiguiendo esos fines que son los que a medio y largo plazo contribuirán a mejorar la situación existente, de tal manera que una empresa en buena situación no es solo que también es susceptible de mejora, sino que debe posicionarse de ese modo en el mercado y por tanto utilizar lícitamente, no abusiva ni torticeramente el mecanismo jurídico del art.41 ET (STSJ Valencia 3/3/2005). ALVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial...op.cit., pág.412, el uso de esta herramienta de flexibilidad no ha de limitarse a las “*situaciones patológicas*”.

¹⁹¹⁰ SAN 15/7/2014 rec.119/2014: “*Hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato (una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de coyuntura económica) y a partir de ese cambio (actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa...*”

externa o de reestructuración de la plantilla, la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la libertad de empresa y el derecho al trabajo de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 CE¹⁹¹¹.

Se alerta de la dificultad para identificar las “*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*” en el empleo público. Los Tribunales son conscientes de la complejidad de la acreditación de estas causas – pensadas para una empresa que funciona en términos de mercado, competitividad y beneficio – en la Administración cuyo objeto es el servicio público al interés general¹⁹¹² y que, en esta actuación, por mandato de la ley, se somete a criterios de eficiencia. En este sentido, se ha venido exigiendo la acreditación de la existencia de estas causas para poder justificar la modificación sustancial de la condición de trabajo, y se ha tachado de insuficiente justificar la misma en la “*potestad de autoorganización de la Administración Pública*”. Sin embargo, han sido proclives a favorecer al empleador público considerando justificadas las modificaciones “*que obedecieran a la necesidad de llevar a cabo una planificación racional de la actividad de la Administración Pública, corregir las disfunciones de su aparato burocrático o mejorar la calidad de prestación de los servicios públicos*”¹⁹¹³. En todo caso, sería interesante de lege ferenda una modalización expresa de estas causas por el legislador para su aplicación a la Administración Pública que no efectúa la normativa laboral pero que sí intenta la negociación colectiva¹⁹¹⁴.

La rebaja en el nivel de exigencias causales y, como después se dirá, también procedimentales en la aplicación de herramientas de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se ha justificado por la necesidad de facilitar al empresario su uso, evitando, en la medida de lo posible, que éste se decante por otras medidas más expeditivas que lleven a la destrucción de contratos de trabajo¹⁹¹⁵.

¹⁹¹¹ Vid SSAN 28/5/2012 rec.81/2012; 10/12/2013 rec.368/2013; STS 17/05/2005, rec. 2363/2004;...

¹⁹¹² STSJ Cataluña 10/7/1998 rec.618/1998.

¹⁹¹³ Por otros, ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.34. Vid STSJ Cantabria 4/8/1992 rec.673/1992 (SSTSJ Valencia 1/9/1999; Aragón 7/6/2001 rec.454/2001; Cataluña 15/7/2002, País Vasco 8/4/2003 y 10/2/2009; Andalucía 17/3/2004). Como señala FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La modificación sustancial...op.cit., pág.1, no estamos únicamente ante un medio para conseguir beneficio empresarial sino “*ante una medida correctora de las deficiencias que se originan en una empresa o una Administración Pública a nivel económico, técnico y organizativo*”.

¹⁹¹⁴ En la STSJ Madrid 18/12/2015 rec.563/2015 se entiende que no se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la trabajadora indefinida no fija.

¹⁹¹⁵ STS 27/1/2014 rec.100/2013 (caso Cortefiel): “*la alusión legal a conceptos macroeconómicos (competitividad, productividad) o de simple gestión empresarial (organización técnica o del trabajo), y la supresión de las referencias valorativas existentes hasta la reforma (prevenir y mejorar),... inducen a pensar que el legislador orientó su reforma a potenciar la libertad de empresa y el ius variandi*

En un primer momento se teme que, la nueva redacción de las causas del art.41 ET vaya a suponer la discrecionalidad de la decisión del empresario a la vez que una limitación del posterior control judicial porque, aparentemente, éste sólo debía centrarse en comprobar la existencia de la razón de la modificación sustancial y su relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa¹⁹¹⁶. No obstante, aunque entendiendo esto así, en ningún caso el art.41 ET estaría facultando al empresario a decidir libremente la adopción de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo¹⁹¹⁷. Recuérdese que la decisión empresarial se encontraría, en todo caso, con límites como la prohibición del fraude de ley y el abuso del derecho (art.6.4 y 7.2 CC), el necesario respeto a la buena fe¹⁹¹⁸ (art.20.2 ET y art.7.1 CC) y a los derechos fundamentales del trabajador, límites éstos que nunca escaparían de control judicial¹⁹¹⁹.

Tanto el Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia social dejan claro lo contrario. En la STC 8/2015, de 22 de enero, se resuelve que, pese a la “alegada” laxitud de las causas justificativas, el art.41 ET no impide un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa –que debe probar el empresario - como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada.

empresarial, en términos tales que dejan sin efecto nuestra jurisprudencia en torno a la restringidísima aplicación de la cláusula rebus sic stantibus en materia de obligaciones colectivas...”. A juicio de PÉREZ ANAYA, R.M.: “El poder empresarial sobre las condiciones de trabajo: experiencias judiciales recientes”, Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social, nº 41, 2015, pág.319, “el legislador evita que la decisión del empresario tenga una justificación legal expresa que impediría en cierta medida la materialización de la modificación y provocaría la posterior impugnación en base siempre a un concepto legalmente establecido. Se podría aceptar cualquier decisión del empresario de modificar las condiciones de trabajo individuales de sus trabajadores porque todas ellas estarían relacionadas con la competitividad, la productividad u organización de la empresa lo que supone que lo que justifica la alteración empresarial de las condiciones de trabajo no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa...”

¹⁹¹⁶En opinión de RAMOS MORAGUES, F.: “Modificación sustancial de...op.cit.,pág. 1, “si antes de la reforma se encargaba de valorar la proporcionalidad, razonabilidad y adecuación, así como la causa alegada, en la actualidad quedaría principalmente en verificar la conexión señalada (causa y razonabilidad) lo que supondría un análisis judicial menos estricto”.

¹⁹¹⁷ “La novedosa redacción legal incluso pudiera llevar a entender -equivocadamente, para la doctrina judicial- la eliminación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad judicialmente exigibles hasta la reforma, de manera que en la actual redacción de la norma el control judicial se encontraría limitado a verificar que las razones -y las modificaciones- guarden relación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa” (STS 27/1/2014 rec.100/2013 Caso Cortefiel).

¹⁹¹⁸ Por otros, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit.,pág.2.

¹⁹¹⁹ MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial...op.cit.,, pág.4, indica que el control judicial ni se ha eliminado con la reforma del art.41 ET, “ni es posible eliminarlo de forma absoluta en un sistema jurídico como el nuestro en el que no hay materias que afecten a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos que no queden exentas de todo control judicial (art.24 y 117 CE)...”

Para que la decisión empresarial sea justificada es necesario que el empresario haya acreditado, respecto de los trabajadores afectados, las razones invocadas por la empresa (art.138.7 Ley 36/2011)¹⁹²⁰. Y así los Tribunales exigen al empresario que tome la decisión de aplicar el art.41 ET que justifique debidamente las razones de su decisión. La exigencia de causalidad supone que debe existir necesariamente una conexión entre la medida adoptada y el objetivo o la razón que la justifica, debiendo el empresario acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo¹⁹²¹. Este deberá probar o estar en condiciones de probar ante el Juez, el trabajador afectado o los representantes de los trabajadores la realidad de la razón y su conexión con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa¹⁹²².

Y dejan claro que no será suficiente con hipótesis o suposiciones para avalar medidas que suponen un considerable sacrificio para los trabajadores afectados por la modificación. El sacrificio exigido a los trabajadores se convierte en un factor determinante que debe ponderarse en todo su alcance por la empresa a la hora de establecer las modificaciones de las condiciones laborales de su personal, a fin de que el impacto de la medida sea el menor posible, tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo, alcanzando sólo a aquellos empleados que resulte absolutamente imprescindible. Aun cuando la aplicación de este precepto no exige que la empresa se

¹⁹²⁰ Como señala GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit.,pág.2, *“concurrer en la nueva regulación el reconocimiento de un amplio margen de actuación empresarial con la exigencia de un ejercicio regular de las facultades empresariales, que implica la concurrencia de circunstancias (que deben ser alegadas y probadas) suficientes para justificar el sacrificio pretendido de los derechos o condiciones del trabajador afectado, a examinar conforme al canon de enjuiciamiento de la razonabilidad y proporcionalidad”*. Para ALVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial...op.cit., pág.413, aunque se haya relajado la “estricta causalidad o excepcionalidad” de esta medida “*los jueces siguen teniendo un considerable margen de apreciación en el control de las mismas*”.

¹⁹²¹ SSAN 28/5/2012 rec.81/2012 y 10/12/2013 rec.368/2013. En relación con las probadas razones, la actividad probatoria de la empresa ha de dar razón de la necesidad de dichas medidas, siendo la empresa quien había de probarlas al recaer sobre ella la carga de la prueba...sólo cuando la medida acordada por la empresa encuentre la debida justificación desde las finalidades previstas en el art.41 ET puede la sentencia declarar justificada la modificación acordada. El cambio debe derivarse de unas exigencias motivadas, que habrían de acreditarse en todo caso, no debiendo adoptarse medidas que acaso pudieran evitarse acudiendo a otras más asequibles y fáciles de aceptar, vid STSJ Madrid 13/11/2012 rec.43/2012.

¹⁹²²Supone GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de...op.cit.,pág.257, que en la decisión del empresario que aplica el art.41 ET hay “proporcionalidad o racionalidad”. Esto es, que hay conexión entre la causa alegada y la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y que ello tiene “suficiente fuerza como para justificar la alteración del equilibrio de las prestaciones”. Vid, SAN 15/4/2014 rec.119/2014 caso FNAC, entiende que no queda probada la causa económica que se alega.

halle en situación de crisis o con una situación económica desfavorable, se requiere ineludiblemente la acreditación por parte de la empresa de que concurre una causa real y suficiente que legitime la modificación, de modo y manera que, cuando la decisión empresarial no cumpla los criterios impuestos por el art. 41 ET, ha de declararse injustificada y dejarse sin efecto, con las consecuencias legales que de ello se deriven, debiendo reponerse a los trabajadores afectados en sus anteriores condiciones de trabajo¹⁹²³.

No corresponde al Juez de lo social emitir juicios de oportunidad sobre la aplicación o no de una determinada herramienta de gestión de recursos humanos, porque ese tipo de decisiones siguen perteneciendo a la libre gestión empresarial. Sin embargo, en virtud de la obligada tutela del art.24.1 CE, le va a competir emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada y su vinculación con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y también sobre la razonabilidad y la proporcionalidad entre la causa acreditada y la modificación acordada, aparte, por supuesto, de la posible vulneración de derechos fundamentales. La razonabilidad 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-, sino en el de que también se adecue idóneamente al mismo (juicio de idoneidad), excluyendo, en todo caso, que a través de la degradación de las condiciones de trabajo pueda llegarse, incluso, a lo que se ha llamado dumping social, habida cuenta de que si bien toda rebaja salarial – o de cualquier otra condición de trabajo - implica una mayor competitividad, tampoco puede ser admisible en cualesquiera términos¹⁹²⁴.

Por todo ello, hay que concluir que la redacción del precepto no impide un control judicial pleno y efectivo, tanto de la concurrencia de la causa - cuya prueba corresponde al empresario que adopta la medida-, como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en una actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada. El juez va a valorar que las medidas a adoptar se justifiquen en términos de idoneidad - adecuación para conseguir el fin pretendido - y proporcionalidad en sentido estricto -

¹⁹²³ STSJ Madrid 13/11/2012 rec.43/2012.

¹⁹²⁴ STS 27/1/2014 rec.100/2013.

equilibrio, atendiendo los bienes en conflicto¹⁹²⁵-. Ello implica que no existe discrecionalidad absoluta para el empresario y que la vía judicial es la única vía que podrá valorar la existencia de la conexión entre la causa alegada y su incidencia en la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, es decir, podrá valorar la razonabilidad y proporcional de la medida¹⁹²⁶.

Como recalca el Tribunal Constitucional, en la interpretación del art.41 ET se puede tomar en consideración la definición de las razones económicas, técnicas, organizativas y de producción que se lleva a cabo en otros preceptos del ET como son: el art. 47 (en materia de suspensión del contrato o reducción de jornada), el art. 51 (con relación al despido colectivo) o, en fin, el art. 82.3 (respecto de la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo)¹⁹²⁷. De esta manera, el legislador no sólo ha orientado suficientemente la labor del aplicador, sino que ha otorgado suficientes elementos valorativos para la realización de un control judicial de la aplicación de la norma, como se ha dicho, pleno y efectivo¹⁹²⁸.

2.4. Breves apuntes sobre el procedimiento para introducir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La modificación sustancial, para mayor garantía de la parte perjudicada por la misma, debe llevarse a cabo por los procedimientos previstos en el art.41 ET. De una lectura comparada de este precepto con su redacción anterior a 2012, se destaca la mayor facilidad procedimental del empresario para poder implementar su decisión modificativa. Así como decíamos arriba, al igual que la descausalización de las probadas razones que justifican la adopción de la decisión pretendía favorecer la flexibilidad interna, desmotivando una potencial decisión más drástica de flexibilidad externa, también en el terreno procedimental se aligeran considerablemente los requerimientos al empresario *“para que se adapte fácilmente a las exigencias del mercado”*¹⁹²⁹.

¹⁹²⁵ STS 21/4/2017 rec.149/2016; 16/7/2015 rec.180/2014.

¹⁹²⁶ SAN 10/12/2013. A lo que no está autorizado el juez de lo social, como indica GARCÍA NINET, J.I.: *“La modificación de...op.cit.,pág.257, es a “sustituir al empresario en la adopción de medidas que adopte con el fin de eliminar los factores desequilibrantes de la empresa”*. Vid VALLEJO DACOSTA, R., LAFUENTE PASTOR, V.P. Y AYERRA DUESCA, N.: *“Modificación sustancial de...op.cit., pág.329*.

¹⁹²⁷ Vid STSJ Madrid 13/11/2012 rec.43/2012; STC 8/2015, de 22 de enero; STS 16/7/2015 rec.180/2014.

¹⁹²⁸ La Jurisprudencia no va a realizar una valoración muy distinta a la realizada antes de la reforma, aunque el precepto haya sido modificado como indican entre otros, PÉREZ ANAYA, R.M.: *“El poder empresarial sobre...op.cit.,pág.323*. ALAMEDA CASTILLO, M.T.: *“Resistencia judicial a...op.cit.,pág.3*; ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *“Modificación sustancial de...op.cit.,pág.8*; MIÑARRO YANINI, M.: *“Un cheque, pero...op.cit., pág.121;...*

¹⁹²⁹Vid GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: *“Las modificaciones sustanciales...op.cit, pág.3*.

Los Tribunales han dejado claro que cuando las Administraciones Públicas – o cualquier otro empresario laboral - introducen cambios en el contenido del contrato de trabajo por mandato legal, no es necesario acudir ni al art.41 ET, ni tampoco al art.82.3 ET¹⁹³⁰. El supuesto del art. 41 ET solo contempla los casos en que la modificación sustancial de la condición de trabajo se produce por iniciativa unilateral de la empresa por causas determinadas. La norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos, mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo, así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad. En numerosas resoluciones judiciales se sostiene que diversas restricciones de derechos en el ámbito del empleo público “*suponen unas medidas de política de empleo establecidas en uso de unas facultades normativas similares a las que en ocasiones anteriores han supuesto para los empleados públicos medidas que empeoran sus condiciones laborales, habiéndose convalidado constitucionalmente tales medidas*”¹⁹³¹, como después se dirá.

Ante un empleador Administración Pública, la modificación de los puestos de trabajo ha de realizarse a través de las RPT, según recoge el art.15.1.d Ley 30/1984, aplicable a laborales y funcionarios. Para la doctrina, este precepto, no plantearía ningún problema en relación a su aplicación al personal funcionario, pero en relación con el personal laboral, de la lectura de los art.15.1. b y d LMRFP se deduce que ni obligan a que las RPT contengan las características esenciales de los puestos de trabajo, ni, en opinión de LÓPEZ GÓMEZ, “*se deroga el ámbito de los art.40 y 41 ET y debe de ser entendido en el sentido de que la efectiva modificación de las condiciones de trabajo deberá realizarse conforme a los correspondientes mecanismos legales o convencionalmente establecidos al respecto*”¹⁹³². Esto es, no habría problemas entre ambas normas si la RPT de la Administración Pública en cuestión no recogiese aspectos del puesto de trabajo como jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, porque no habría nada que modificar en la RPT y podría acudirse a los

¹⁹³⁰ Vid, por otras, SSTS 12/5/2021 rec.u.d. 164/2020; 15/7/2021 rec.74/2021.

¹⁹³¹ SSTS 26/11/2015 rec.347/2014; 15/3/2017 rec.159/2016.

¹⁹³² LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.322.

mecanismos del art.41 ET, sin necesidad, evidentemente, de modificar la RPT porque dichas condiciones no se especifican en la misma. Sin embargo se mantendrá la duda en aquellas RPT que aún recojan este tipo de condiciones de trabajo en la descripción de cada puesto de trabajo laboral. RODRÍGUEZ ESCANCIANO señala que además de cumplir la exigencia de la causa, que se exija el procedimiento del art.41 ET, ha de reflejarse “*la voluntad institucional para el uso de este resorte en las RPT si en las mismas existiera constancia expresa de la condición a modificar*”¹⁹³³.

Por otra parte, si la condición a modificar figurase en la RPT, no es suficiente con modificar la RPT¹⁹³⁴, y que deben seguirse los cauces legales y convencionales aplicables. Se trata de compatibilizar la normativa laboral y la administrativa. La mera alegación de la potestad de autoorganización de la Administración no es suficiente para introducir esta decisión unilateral de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ni la adopción de esta decisión empresarial puede llevarse a cabo al margen de lo dispuesto en la RPT o instrumento análogo¹⁹³⁵.

El art.41 ET distingue entre modificación individual y colectiva (art.41.2 ET). El carácter colectivo ya no se establece en función del origen individual o colectivo de la fuente que contiene la condición de trabajo que quiere modificarse, sino por el número de trabajadores afectados. Y aquí se produce una similitud con los umbrales recogidos en los art.40.2 ET para el traslado colectivo o en el art.51.1 ET para el despido colectivo¹⁹³⁶. Desde luego, recurrir a criterios numéricos proporciona seguridad jurídica al empresario que quiera utilizar el art.41 ET pero, sin duda, puede suponer un menoscabo del derecho a la negociación colectiva cuando el empresario se proponga unilateralmente una modificación individual pero de una condición de trabajo pactada en convenio colectivo extraestatutario o pacto o acuerdo de efectos colectivos¹⁹³⁷.

¹⁹³³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Despidos y otras...op.cit.,, pág.210.

¹⁹³⁴ Vid LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral...op.cit.*,pág.322. RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.573. A juicio de BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...op.cit.*,si la aplicación de la modificación sustancial conlleva la previa modificación de la RPT- con audiencia a los afectados y con la intervención de los representantes de los trabajadores- dificulta y ralentiza la toma de estas decisiones en el empleo público.

¹⁹³⁵ BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral ...op.cit.*,pág.260.

¹⁹³⁶ PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna...op.cit.*,pág. 64, destacan que “*esta simplificación unificando el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y los traslados resulta más clara y de mayor facilidad aplicativa frente a la complicación anterior*”.

¹⁹³⁷ Vid GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.106. También para PÉREZ ANAYA, R.M.: “El poder empresarial...op.cit.,pág. 311, a través del art.41 ET “*el empresario puede alterar por una decisión individual instrumentos jurídicos colectivos, esto es, condiciones de trabajo decididas*

Si la condición de trabajo a modificar en un periodo de noventa días, afecta al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y a treinta trabajadores, en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores, la modificación se considera colectiva. Por el contrario, se considera de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas (art.41.2 ET). Como se ha dicho, no va a profundizarse en el análisis de los procedimientos en uno y otro caso, no obstante, se sintetiza a continuación lo indicado en el art.41 ET.

El procedimiento a seguir en el caso de una modificación sustancial de condiciones de trabajo considerada individual se contiene en el art.41.3 ET. Conforme al mismo, la decisión de implantar la modificación deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado¹⁹³⁸ y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad.

Si la modificación afecta a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones, cuando excedan de los límites a la movilidad funcional del art.39 ET, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato¹⁹³⁹ y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio

colectivamente entre representantes de los trabajadores...potestad que afecta de forma directa al derecho constitucional a la negociación colectiva sin que el legislador exija al empresario el cumplimiento de requisito adicional a la mera comunicación... es una ruptura del derecho a la negociación colectiva (art.37.1 CE)...” Para NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales...op.cit.,pág.3, no puede recurrirse a pactos de novación contractual en masa como vía para evitar el período de consultas la aplicación de la modificación colectiva y el procedimiento del art.47.2 ET.

¹⁹³⁸ En cuanto a la libertad de forma para hacer esta comunicación no puede considerarse válido el whatsapp. En la SJS social nº4 Oviedo 5/6/2018 rec.197/2018 se indica que “*resta fiabilidad al texto transcrito, pues tal medio de comunicación a pesar de su agilidad y comodidad, no es precisamente el mecanismo de comunicación habitual para notificar modificaciones sustanciales de condiciones, que requieren obviamente una cuidada redacción y lo que es más importante jurídicamente, requieren que se realicen por el empresario o persona autorizada...aún pudiendo producir efectos jurídicos tal comunicación, no se considera procesalmente eficaz (desde la perspectiva de la carga de la prueba) para poder considerar que dicho whatsapp sea una formal comunicación de modificación sustancial*”.

¹⁹³⁹ A mayor abundamiento puede consultarse GÓMEZ LINACERO, A.: “Rescisión unilateral del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones”, *Diario La Ley*, nº 6129, Sección Doctrina, 19/10/2021. Para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre; es imposible presumir la existencia del perjuicio, al no existir ninguna disposición legal que lo permita; la interpretación lógica, sistemática y finalista de los art.41.3 y 40.1 ET muestra que en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo la rescisión indemnizada del contrato se condiciona a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzosos, lo que evidencia que en estos casos si da por probado el perjuicio. Que la modificación

prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve mensualidades¹⁹⁴⁰ – excepto si la condición que se ha modificado tiene que ver con el sistema de trabajo y rendimiento¹⁹⁴¹-. Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la Jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones¹⁹⁴².

La actual redacción del art.50.1.a ET ya no recoge “*el perjuicio en la formación profesional del trabajador*” como causa para que el trabajador pueda pedir al juez la extinción de la relación laboral. Ahora se precisa que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo se haya llevado a cabo sin respetar el procedimiento del art.41 ET y que redunde en menoscabo de la dignidad del trabajador, lo que reduce las posibilidades de acudir a este supuesto extintivo por los trabajadores¹⁹⁴³.

En relación con la dignidad del art.10 CE, la doctrina judicial entiende, que no es un derecho fundamental por sí mismo, sino un principio que debe guiar la interpretación

de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales. Y que no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos (vid SSTs 18/10/2016 rec.494/2015; 23/7/2020 rec.822/2018).

¹⁹⁴⁰ Opción que no se plantea cuando la condición modificada es de origen convencional, puesto que la vigencia de la modificación solo tendrá validez mientras no resulte aplicable un nuevo convenio colectivo, en PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág. 37.

¹⁹⁴¹ Incomprendiblemente, en opinión de GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna...op.cit.,pág.107.

¹⁹⁴² Vid ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Modificación sustancial de...op.cit.,pág.4, se plantean posibles compensaciones para aquellos trabajadores que, afectados por la modificación sustancial, no obstante, no quieren extinguir su contrato de trabajo. Por ejemplo, STSJ Andalucía Granada 6/2/2020 rec.1059/2019 en un caso en el que la trabajadora, tras haber solicitado la conversión de su contrato temporal en indefinido no fijo, ve reducida su jornada laboral y el Tribunal entiende que se ha producido la vulneración de la garantía de indemnidad de la misma. Por ello el Ayuntamiento debe reponer a la trabajadora en sus anteriores condiciones de tiempo de trabajo, así como abonarle una indemnización por daños y perjuicios.

¹⁹⁴³ En GALA DURAN, C.: “La flexibilidad interna...op.cit., pág.110. CALZADA I OLIVERAS, E.: “El art.50.1.a ET tras la Ley 3/2012 ¿Una medida de flexibilidad interna?”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.492, señala “que la medida encubre una facilitación de la flexibilidad externa dado que supone un abaratamiento del coste de la rescisión contractual y una agilización del proceso extintivo...es posible que en los supuestos en los que la modificación sustancial de la condición de trabajo regularmente ejecutada cause afectación a la dignidad, el trabajador inste a los jueces a que le reconozcan mayor cuantía indemnizatoria...un plus de indemnización...lo que supondrá un mayor coste social por el mayor esfuerzo probatorio que deberá realizar el trabajador...” El art.41 ET favorece la flexibilidad de salida haciendo más barato para el empresario la extinción e incrementa el coste salarial para el trabajador.

de todos los derechos fundamentales y de las normas del ordenamiento jurídico, en cuanto constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ejemplo, una modificación de funciones laborales, como otros actos empresariales, puede vulnerar el derecho fundamental al honor y a la propia imagen (art.18 CE), pero para ello el acto empresarial ha de producir un menoscabo en el crédito, la opinión de otros y la imagen de la trabajadora en su entorno laboral y social¹⁹⁴⁴.

Cuando la modificación sea considerada colectiva por sobrepasar los umbrales del art.41.2 ET¹⁹⁴⁵, habrá que estar, en primer lugar, al procedimiento específico que haya podido establecerse en la negociación colectiva para la Administración Pública que haya decidido adoptar esta decisión. En defecto de lo anterior, el ET dispone que la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo deberá de ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados¹⁹⁴⁶. Durante el periodo de

¹⁹⁴⁴ STSJ Castilla León 13/11/2017 rec.1795/2017: en el caso de una trabajadora que ve modificadas unilateralmente las funciones que realiza. Las funciones que ahora se le encomiendan son muy distintas, puesto que el agente de calidad tiene la misión de controlar la calidad de las tareas realizadas por los teleoperadores, mientras que el teleoperador se limita a atender o emitir contactos y llamadas protocolizadas. Se requiere por tanto un elemento objetivo específico, más allá de la encomienda de funciones inferiores, y es que tal encomienda, por su contexto y significado, determine ese menoscabo en la imagen de la trabajadora en su entorno. El traslado de un puesto de mayor nivel a otro de menor nivel tiene objetivamente un significado en el entorno laboral, especialmente cuando quien tiene funciones de jefatura sobre otros deja de tenerlas y pasa a tener su mismo nivel. Pero ese elemento objetivo no es suficiente para entender dañado el crédito e imagen del trabajador, puesto que solamente si asumiéramos los criterios propios de un extremo individualismo y competitividad entre personas, ajenos a nuestro marco constitucional podría aceptarse que la realización de funciones de categoría inferior afecta a la consideración social de la persona. Al contrario, se ha de defender la dignidad de todo trabajo, muy especialmente del trabajo en profesiones de niveles o categorías inferiores, puesto que la concreta función o posición dentro del esquema organizativo de la empresa no se traduce, ni jurídicamente ni en la realidad social, en una mayor o menor calidad de la persona, ni debe traducirse en una mejor imagen en su entorno. La jerarquía en el organigrama personal no puede confundirse con una jerarquía de honor, personal y social, que trascienda al ámbito de la dignidad personal y la propia imagen. Interpretar otra cosa sería contrario al orden de valores que impregna la CE. Por tanto, para que se vea afectado el derecho al honor y a la propia imagen por la encomienda de tareas de nivel inferior es preciso un elemento adicional, que suponga realmente que, por la forma de llevarse a cabo o por sus concretas circunstancias aparezca un efecto de degradación de la imagen personal que trascienda al ámbito de la propia persona de la trabajadora, más allá de su encaje funcional en el organigrama empresarial.

¹⁹⁴⁵ La STS 19/11/2019 rec.1253/2017 señala que la referencia en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo ha de ser la empresa y no el centro de trabajo. Vid también FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de...op.cit., pág.6.

¹⁹⁴⁶ La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora. En cuanto a su composición vid art.41.4 ET. La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo¹⁹⁴⁷. El período de consultas o de negociación ha de orientarse a reducir el impacto de las medidas sobre los intereses de los trabajadores. Ha de servir para minimizar los perjuicios a los trabajadores afectados por la modificación. Esta exigencia de buena fe en las negociaciones implica que la empresa ha de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, más tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información¹⁹⁴⁸. Buena fe que ha de exigirse con mayor rigor cuando el empresario negociador es una Administración Pública. La obligación de negociar no comporta la de convenir – pero sí ha de existir una intención inicial de alcanzar un acuerdo-, de lo que se trata es que los representantes de los trabajadores conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En todo caso, la esencia

¹⁹⁴⁷ En el precepto legal ni se impone un número mínimo de reuniones ni un contenido concreto de las mismas, ni se concreta el contenido mínimo de la información a facilitar a los representantes de los trabajadores. Habrá de estarse a la efectiva posibilidad de que los representantes legales de los trabajadores sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial y sus razones, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. En el marco de esa obligación de negociación de buena fe, ha de incluirse el deber de la empresa de ofrecer a la representación de los trabajadores la información necesaria sobre la medida y sus causas, tampoco hay en el texto legal imposición formal alguna al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información (STS 11/6/2011 rec.173/2010). Para ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Resistencia judicial a...op.cit.,pág.4, debe tratarse de un *“auténtico proceso de negociación...no será suficiente que la empresa cumpla meros trámites formales...requiere que existe una verdadera intención de buscar consensos y acuerdos para dotar de contenido material a la modificación...”* Recalca RAMOS MORAGUES, F.: “Modificación sustancial de....op.cit., pág.3, la obligación de las partes de negociar de buena fe porque nos encontramos ante un verdadero período de negociación con vistas a alcanzar un acuerdo, pero para ello será preciso que la empresa facilite a los representantes legales de los trabajadores (art.64 ET) *“la información necesaria sobre la medida a adoptar y la causa que la justifica”* (SAN 22/7/2011 rec, 140/2011 FJ 4º), no bastando un mero cumplimiento formal del procedimiento.

¹⁹⁴⁸ SSTS 30/06/2011 rec. 173/2010; 26/03/2014 rec.15/2013; 22/12/2014 rec.185/2014;... El art.41 ET no exige la entrega de una documentación concreta, pero siguiendo la interpretación antiformalista y tomando en consideración la analogía entre los distintos tipos de periodos de consultas de las diferentes medidas colectivas, ha de entenderse exigible la entrega de toda la documentación necesaria, cuya utilidad para la negociación quede acreditada, teniendo en cuenta también que la finalidad de la documentación e información no solamente es el acuerdo sobre las medidas que puedan adoptarse, sino la comprobación por los representantes de los trabajadores de la realidad de la causa alegada, así como de la idoneidad y proporcionalidad de las medidas propuestas por la empresa en función de la misma (SAN 15/7/2014 rec.119/2014 caso FNAC). ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...op.cit.,pág.9, recuerda – como sostienen las SSTS 16/7/2015 rec.180/2014 y 24/7/2015 rec.210/2014- que la información y documentación que el empresario debe facilitar a los representantes de los trabajadores *“ha de contener lo trascendente para permitir la negociación...durante el período de consultas”* pero no exige que sea tan completa como la que debería facilitarse en un despido colectivo.

del procedimiento estriba en la persistencia de la buena fe y la inicial intención de lograr un acuerdo¹⁹⁴⁹.

La consulta es, en esencia, un medio para realizar una negociación que, como indica el TJUE¹⁹⁵⁰, constituye una auténtica obligación. En definitiva, el período de consultas es un verdadero proceso de negociación, guiado por la búsqueda de un acuerdo, con un contenido mínimo obligatorio, en el que ambas partes están obligadas a negociar de buena fe. Y, en modo alguno, constituye un mero requisito de forma para proceder a la realización de los despidos colectivos, por lo que no basta con una actuación de las partes tendente a la simple observancia formal del trámite, sino que es precisa la adopción de una conducta activa y positiva en aras a procurar su cumplimiento real y efectivo, orientada por los valores de probidad, lealtad, honradez, rectitud, corrección, respeto, coherencia, y fidelidad a la palabra dada y al comportamiento seguido. Y dicho deber de verdadera negociación afecta igualmente a las Administraciones Públicas¹⁹⁵¹.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo. Aunque, como después se dirá, plantea algún problema si el empresario es una Administración Pública.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado ante la Jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art.41.4 ET)¹⁹⁵².

¹⁹⁴⁹Ejemplo de nulidad de la modificación sustancial por existencia de mala fe por una total insuficiencia de aportación mínima de documentación para que el período de consultas cumpla con su finalidad (SSTS 21/4/2017 rec.149/2016; 18/07/2014 rec. 303/2013; 16/7/2015 rec.180/2014;...).

¹⁹⁵⁰Vid STJUE 27/1/2005 asunto C-188/2003.

¹⁹⁵¹ STS 21/5/2014 rec.162/2013.

¹⁹⁵²Vid SAN 11/11/2021 rec.111/2020. A mayor abundamiento vid DE LA PUEBLA PINILLA, A. : “El acuerdo con los representantes de los trabajadores blinda la modificación sustancial de las condiciones de trabajo...pero no siempre (Comentario a la SAN de 11 de noviembre de 2021), en <https://www.elforodelabos.es/el-acuerdo-con-los-representantes-de-los-trabajadores-blinda-la-modificacion-sustancial-de-las-condiciones-de-trabajo-pero-no-siempre-comentario-a-la-san-de-11-de-noviembre-de-2021/> (consultado 25/11/2021).

Ello sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados a ejercitar la opción de rescindir su contrato con derecho a indemnización de veinte días por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades.

La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Contra estas decisiones del empresario se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual ante la Jurisdicción social antes mencionada. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

En relación con este procedimiento para implantar las modificaciones sustanciales colectivas de las condiciones de trabajo, se plantea la inconstitucionalidad del art.41 ET (art.12.1 Ley 3/2012) por infringir el art.37.1 CE y, por derivación, el art.28.1 CE al permitir que el empresario pueda alterar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en acuerdos o pactos colectivos. El Tribunal Constitucional responde que los acuerdos o pactos colectivos a los que se refiere el art. 41 ET son los conocidos como extraestatutarios o de eficacia limitada celebrados al margen de la específica regulación contenida en el título III ET sobre los convenios colectivos estatutarios, a los que se reconoce legalmente eficacia *erga omnes*. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo contenidas en estos últimos se realizan conforme al art.82.3 ET¹⁹⁵³.

Recuerda el Tribunal Constitucional como el art. 37.1 CE hace un llamamiento a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, pero no impone al legislador la adopción de una concreta opción para llevar a efecto el mandato que contiene. Y el legislador ordinario, en cumplimiento de tal mandato, ha optado por reconocer un plus de eficacia a los convenios colectivos estatutarios por su carácter *erga omnes*¹⁹⁵⁴. Así, los pactos extraestatutarios, al no cumplir las exigencias subjetivas, objetivas y procedimentales impuestas por el Título III ET, carecen de la eficacia general o *erga omnes* que caracteriza a los convenios estatutarios, gozando únicamente de una eficacia personal limitada o reducida a los trabajadores y empresarios representados en la negociación. Se rigen por la regla general del Derecho

¹⁹⁵³ Vid SAN 27/7/2017 rec.183/2017: la empresa no puede modificar unilateralmente lo pactado en convenio colectivo, aunque sea de manera temporal, sin seguir el procedimiento del art.82.3 ET.

¹⁹⁵⁴STC 108/1989, de 8 de junio.

común de la contratación, a tenor de la cual, los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 CC), de modo que “*la lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales*”¹⁹⁵⁵.

Convenios colectivos estatutarios y pactos extraestatutarios son producto del ejercicio del derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, reconocido en el art. 37.1 CE, siendo predicable de unos y otros, por lo tanto, la fuerza vinculante a la que ese precepto constitucional también se refiere. El que el empresario pueda decidir unilateralmente la modificación colectiva sustancial de la condición de trabajo incide en el citado derecho constitucional al permitir la inaplicación de los citados pactos extraestatutarios por decisión del empresario. Ahora bien, que exista una injerencia en el mismo no supone, por sí misma, que sea inconstitucional, pues puede resultar legítima si cuenta con una justificación razonable y proporcionada al fin perseguido. El art.41 ET facilita el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objetivo de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos, mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo, así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad. En consecuencia, la limitación del derecho a la negociación colectiva mediante la atribución de la facultad de modificar las condiciones de trabajo pactadas extraestatutariamente, se justifica en la consecución de fines consagrados en la CE.

La modificación unilateral por el empresario de las condiciones de trabajo no puede afectar a los convenios colectivos sino sólo a pactos extraestatutarios o de eficacia limitada; es concebida únicamente como alternativa al fracaso de la negociación previa y preceptiva con los representantes de los trabajadores; no excluye la posibilidad de acudir a aquellos otros procedimientos específicos establecidos en la negociación colectiva para llevar a cabo esas modificaciones; no impide a las partes acordar la sustitución de esa negociación previa por un procedimiento de mediación o arbitraje; no permite al empresario adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando

¹⁹⁵⁵STC 121/2004, de 4 de junio.

concurran probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; se atribuye al trabajador en determinados casos y cuando acredite la concurrencia de un perjuicio, la posibilidad de rescindir el contrato con derecho a percibir una indemnización; y la decisión empresarial queda sujeta, en todo caso, al control judicial ante la jurisdicción social, al ser impugnabile tanto colectivamente, como individualmente.

Concluye declarando la constitucionalidad porque la medida supera el *juicio de idoneidad* al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa. También supera el *juicio de necesidad* pues, al margen de que los recurrentes no ofrecen como alternativa la existencia de otra medida menos lesiva que permita la consecución de aquel fin con la misma eficacia, no se advierte que se haya producido con la medida elegida por el legislador un sacrificio patentemente innecesario de los derechos que la CE garantiza, a la vista de los condicionantes a los que se somete el ejercicio de la facultad empresarial de modificación, y, en concreto, al concebir la modificación unilateral del empresario como un recurso sólo permitido ante el fracaso de los preceptivos mecanismos previos de negociación o transacción con los representantes de los trabajadores. Y, en fin, también supera el *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto, pues se trata de una medida que resulta ponderada, no sólo por los límites y garantías a las que la ha sometido el legislador, sino también por derivarse de su aplicación más ventajas para el derecho al trabajo que perjuicios para el derecho a la negociación colectiva.

Asimismo, se cuestiona la vulneración del art.24.1 CE porque la laxitud de las causas justificativas para proceder a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo extraestatutariamente acordadas propicia que la decisión unilateral del empresario escape de todo posible control, impidiéndose así el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC niega la inconstitucionalidad razonando que el trabajador disconforme con la decisión empresarial siempre tendrá la opción de impugnarla ante la Jurisdicción social, en cuyo caso, la sentencia declarará la modificación justificada o injustificada reconociendo el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones, con el abono de daños y perjuicios (art. 138 Ley 36/2011), o, en su caso, el derecho a la extinción indemnizada del contrato de trabajo. Y, por otro lado, contra las decisiones modificativas se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual, aunque la interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones

individuales iniciadas hasta su resolución. Luego la decisión empresarial se somete al control judicial ante la Jurisdicción social, en todo caso, al ser reclamable la decisión modificativa tanto individual como colectivamente.

En cuanto a la aplicación del art.41 ET a la Administración Pública, el EBEP nada dice ni contempla regulación parecida, luego, conforme al art.83 EBEP habría que acudir en primer lugar al convenio colectivo aplicable. Por ejemplo, el art.46 IV CCUAGE 2019 sí que lo recoge, pero el problema puede surgir en Administraciones locales que carezcan de convenio colectivo por lo que habría de irse a lo dispuesto para los funcionarios. Al no prever el régimen funcionarial herramienta parecida, si se quiere introducir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, resta acudir al art. 41 ET.

CAPÍTULO 13: La flexibilidad interna del personal laboral en el empleo público: Herramientas del Estatuto de los Trabajadores: La modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral de la Administración Pública. La vía del art.82.3 ET y la del art.32.2 EBEP.

1. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenios colectivos: el art.82.3 ET. ¿Equilibrio entre la flexibilidad interna y el respeto a la negociación colectiva? Dificil aplicación en la Administración Pública.

Como el propio art.41.6 ET dispone, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenio colectivo se lleva a cabo por el procedimiento establecido en el art.82.3 ET. En este último precepto se contiene el mecanismo conocido como “*descuelgue del convenio*” que no es otra cosa sino la posibilidad de que el empresario pueda dejar de aplicar o pueda modificar temporalmente lo dispuesto en el convenio colectivo vigente que le resulta de aplicación, previo acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁹⁵⁶. Como se ha dicho “*es un instrumento de la negociación colectiva (un acuerdo de empresa en su modalidad de acuerdo de descuelgue de las condiciones de trabajo), por el que las partes legitimadas para negociar el ámbito de empresa acuerdan no aplicar ciertas condiciones de trabajo del convenio que les afecta, siendo sustituidas por una regulación diferente (lógicamente peyorativa)*”¹⁹⁵⁷.

Es este otro de los mecanismos de flexibilidad interna sobre los que incide de manera muy significativa la reforma laboral de 2012¹⁹⁵⁸, facilitando al empresario recurrir

¹⁹⁵⁶Por otros, ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.43. Para FERRADANS CARAMÉS, C.: “La inaplicación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *Revista Española Derecho Trabajo*, nº 171, 2014, la inaplicación del convenio colectivo puede llevarse a cabo “*a través de distintos instrumentos: el previsto en el art.82.3 ET; por negociación del nuevo convenio colectivo (revisión), por aplicación preferente del convenio de empresa establecida por el art.84.2 ET o la inaplicación del convenio colectivo extraestatutario de conformidad con el art.41 ET*”. A mayor abundamiento vid NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.930-963.

¹⁹⁵⁷ En GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo estatutario”, *Revista General Derecho Trabajo y Seguridad Social*, nº 34, 2013, pág.308.

¹⁹⁵⁸ MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo” en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, pág.347 y ss, considera que “*la reforma encierra en este punto un*

a su uso para adaptar las condiciones de los contratos de trabajo de sus trabajadores a las circunstancias de dificultad por las que atraviesa su empresa¹⁹⁵⁹. Si la negociación colectiva tiene la virtualidad de intentar conseguir un equilibrio entre los intereses empresariales y los de la parte más débil del contrato de trabajo, con esta herramienta la balanza parece inclinarse hacia el lado del empleador al mismo tiempo que se produce “una notable degradación del poder contractual colectivo de los trabajadores”¹⁹⁶⁰. Y, al mismo tiempo, parece ignorarse su importante labor en “defensa de la competencia leal, evitando que las empresas puedan competir a través de precios bajos y descontrolados poniendo en peligro la racionalidad del sector”¹⁹⁶¹. Asimismo, la inaplicación del convenio colectivo ha pasado de ser una materia negociable por la autonomía colectiva a convertirse en norma de derecho necesario – “derecho imperativo absoluto formando parte ahora del marco institucional de la negociación colectiva -, mucho más favorecedora a los intereses empresariales. Esto es, se despoja a los convenios colectivos de sector de la posibilidad de controlar los requisitos para llevar a cabo el posible descuelgue, que ahora asume la ley estatal con la finalidad de facilitar a la empresa la inaplicación del convenio colectivo estatutario que le resulta de aplicación”¹⁹⁶².

reforzamiento indirecto y limitado, pero firme, de la libertad de empresa, garantizada constitucionalmente en el art.38 CE, lo que para la misma resulta aceptable en términos generales”.

¹⁹⁵⁹Las modificaciones responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa (EM Ley 3/2012). “A partir de la reforma de 2012, los cambios en los acuerdos laborales pueden introducirse con mayor facilidad que en los civiles: las circunstancias sobrevenidas no han de ser imprevistas; la onerosidad impuesta por tales circunstancias se relajan hasta extremos insospechados, pues basta con la concurrencia de causas relacionadas con la productividad y siquiera es necesaria la generación de pérdidas; y la decisión puede imponerse unilateralmente o dejarse en manos de un tercero” en FERIA BASILIO, I.R.y PÉREZ GUERRERO, M.L.: “El contenido normativo del convenio colectivo estatutario tras la reforma laboral” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.1083.

¹⁹⁶⁰En opinión de CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11/2014, BIB 2014\120, pág.1. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del art.32 Estatuto Básico del Empleado Público”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág.30, habla de “operación normativa de desvitalización de la negociación colectiva” y de cómo ésta cumple una función redistributiva de la riqueza e introduce la democracia en la toma de decisiones empresariales.

¹⁹⁶¹ En GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 33, 2013, pág.104. Para ÁLVAREZ MONTERO, A.: “¿El artículo 41...op.cit., pág.21, “la revisión de un convenio a la baja genera riesgo de dumping social...” Cree GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.,pág.513*, el resultado final es un abaratamiento de los costes de producción.

¹⁹⁶²Por otros, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit., pág.316, anota como “se ha conseguido evitar los controles que en las modificaciones de las condiciones pactadas en convenio podían establecerse en la negociación colectivo de sector, de manera que todo el proceso de descuelgue de condiciones se tome en el ámbito de la empresa”.

La alteración unilateral de las condiciones establecidas en virtud de convenio colectivo negociado conforme al Título III ET, debe llevarse a cabo a través del art.82.3 ET¹⁹⁶³. El convenio del que descuelgarse o que inaplicar a través del art.82.3 ET ya no es solamente el de sector, como antes de la reforma, sino que ahora también puede ser el de empresa – en cuyo caso se habla de “autodescuelgue”¹⁹⁶⁴- de aplicación a los trabajadores afectados por la modificación. En el caso de la Administración Pública habrá que hablar de convenios colectivos propios o de empresa¹⁹⁶⁵, como ya se ha indicado en relación con la posibilidad de que una Administración quede afectada por cláusulas subrogatorias incluidas en un convenio colectivo sectorial.

En otro orden de cosas, el mecanismo de descuelgue se aplica únicamente a los convenios colectivos estatutarios¹⁹⁶⁶. Así lo indica el art.82.3 primer párrafo ET, cuando

¹⁹⁶³ Por otros vid DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016, pág.797. Advierte GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico...op.cit.,pág.107, “la primacía que se otorga al acuerdo de descuelgue, superando la regulación anterior que atribuía a los convenios de sector la función de vertebración de la medida de descuelgue...”

¹⁹⁶⁴ En cuyo caso, vid GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.309 y ss, “la regulación afectada sigue en vigor y sigue aplicándose con plena eficacia al resto de empresas y trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio...es una mera limitación del ámbito subjetivo de aplicación del convenio afectado por el descuelgue...” En el caso de autodescuelgue se violentan “principios básicos de la contratación, como el pacta sunt servanda o la cláusula rebus sic stantibus, que si bien pueden ser cuestionados han de serlo bajo la existencia de motivo de fondos absolutamente esenciales y de magnitudes suficientes como para que puedan obviarse tales principios fundamentales...se ha producido un ejercicio de reequilibrio interno de la negociación colectiva: se ha reforzado el convenio de empresa frente al convenio de sector pero pierde lo ganado frente al acuerdo de empresa, pues se permite el autodescuelgue del convenio de empresa...la reforma ha producido una víctima: la eficacia normativa del convenio ha quedado reducida a la mínima expresión...”

¹⁹⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,pág.39, cree que “a lo más se puede identificar un fenómeno de negociación pluriempresarial dirigido a una variedad de personas jurídicas públicas o a grupos empresariales públicos, pero que, formal y materialmente, no llegan a tener la condición de negociación colectiva sectorial...” Recuerda FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág.17, que “aún cuando sean una pluralidad de Administraciones afectadas el producto negocial siempre habrá de ser equiparado al de empresa o grupo de empresas, dada la inviabilidad de constituir asociaciones en este campo y esfera”. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras...op.cit.,pág.248*, apunta a que en el sector público predominan los convenios colectivos de empresa o incluso de un ámbito inferior (centro de trabajo o determinados colectivos de empleados públicos laborales), en vez de convenios colectivos de sector. Como ejemplo valgan los convenios colectivos del personal docente e investigador laboral o el del personal laboral de administración y servicios de Universidades Públicas;...por otra parte, aunque no se prohíbe expresamente que las Administraciones Públicas formen parte de las organizaciones empresariales que van a pactar los convenios sectoriales, no parece lógico ni las citadas organizaciones serían favorables a ello.

¹⁹⁶⁶ Defiende DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de...op.cit.,pág.806*, una interpretación flexible y amplia del art.82.3 ET de manera que este régimen de inaplicación de condiciones de trabajo pueda aplicarse a otros frutos de la autonomía colectiva que, aunque no tengan la condición de convenio colectivo, sí tienen reconocida su eficacia jurídica y han sido negociados por sujetos con legitimidad suficiente para la negociación de convenios colectivos (ej. acuerdos marco, acuerdos sobre materias concretas, acuerdos alcanzados en el seno de comisiones paritarias o en órganos de solución autónoma de conflictos ex art.83 ET, en conflictos relativos a la aplicación o interpretación del convenio, acuerdos suscritos en procedimientos de conflictos colectivos ex art.156 Ley 36/2011 o acuerdos reguladores del fin de huelga reguladores,...) pero también a acuerdos que la norma no equipara en tratamiento o eficacia al convenio

se refiere a los “*convenios colectivos regulados por esta Ley*”. Y es que las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenios colectivos extraestatutarios u otros pactos y acuerdos colectivos se inaplican por medio del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art.41 ET¹⁹⁶⁷, como ya se ha dicho.

En cuanto a las materias que pueden verse afectadas por el descuelgue, se produce una ampliación del número de las mismas –ya no es solo el salario-, aunque sigue siendo una lista cerrada¹⁹⁶⁸ de concretas condiciones de trabajo¹⁹⁶⁹ que, por ejemplo, no incluye a la movilidad geográfica. Así las condiciones enumeradas son jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos¹⁹⁷⁰; sistema de remuneración y cuantía salarial¹⁹⁷¹; sistema de trabajo y rendimiento; funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39 ET; y mejoras

colectivo (ej. al propio acuerdo de descuelgue, acuerdos parciales en procesos de renovación de convenios ex art.86 ET, acuerdos de revisión o actualización salarial,...)

¹⁹⁶⁷Por otros vid, GOERLICH PESSET, J.M.: “Flexibilidad interna y...op.cit.,pág.69; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.312.

¹⁹⁶⁸Es lo que mayoritariamente entiende la doctrina, entre otros, vid VILA TIERNO, F.: “La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012”, *Revista General Derecho Trabajo Seguridad Social*, nº 33, 2013, pág.193. Para MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit.,pág.380, “*el listado ha de considerarse cerrado y no puede ser objeto de ampliación o tergiversaciones, dado que la letra de la ley no autoriza a entender otra cosa y, ...parece que ni siquiera a través del propio convenio podría ampliarse el ámbito objetivo del descuelgue...*” Sin embargo tienen contraria opinión CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El descuelgue...op.cit.,pág.6. O CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo” en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dir): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson Reuters, 2012, pág.376.

¹⁹⁶⁹Concluye GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág. 510, que aunque no se encuentran en la lista todas las materias que pueden ser objeto de un convenio colectivo, se recogen las principales. Como indica CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,pag.236, “*en la actualidad los convenios colectivos presentan un contenido amplísimo, que no se reconduce exclusivamente a la regulación de las condiciones del contrato de trabajo. Por tanto, todo aquello que no se refiere a la categoría de condiciones de trabajo queda fuera del procedimiento de descuelgue*”. SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial...op.cit.,pág.7, recuerda que siguen sin poder producirse el descuelgue en materia de derechos colectivos, seguridad y salud laboral, conciliación de la vida laboral y familiar, movilidad geográfica, modalidades contratación o período de prueba. Señala GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.325, que las materias enumeradas son “*condiciones cuya alteración puede facilitar tanto una mayor eficiencia del funcionamiento de la empresa al escapar de la uniformidad del convenio aplicable, como mayor capacidad de adaptación a las condiciones económicas, facilitando así la competitividad de la empresa... tienen un mayor peso específico dentro de la regulación del convenio colectivo y repercuten de manera más directa en que la empresa pueda adquirir más flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias concretas en las que debe actuar, facilitando las posibilidades de adecuar los costes de trabajo a sus necesidades económicas. En líneas generales supone sobre todo la posibilidad de reconfigurar el tiempo de trabajo...el salario y la retribución ...y funciones...*”

¹⁹⁷⁰ En relación con el tiempo de trabajo, el descuelgue permite ampliar la jornada de trabajo, si bien con las limitaciones del art.34 ET, pero nunca convertir un contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial, ya que ello tiene carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de la aplicación del art.41.4 ET, según el art.12.4.e ET, como ya se vio.

¹⁹⁷¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e...op.cit.,pág.100-101, realiza un estudio de estas causas y advierte que hay que incluir, por ejemplo, las percepciones extrasalariales.

voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social¹⁹⁷². Si comparamos este precepto con el art.41 ET, en el art.82.3 ET la relación de materias es una lista cerrada a la que se añaden las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. En la práctica no plantearía grandes diferencias con el art.41 ET, dado que, al contener éste una lista abierta – “entre otras”- podrían aplicarse sin problemas a la modificación sustancial de las mejoras voluntarias reconocidas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

En cuanto a las funciones de las que poder descolgarse, son aquellas que excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art.39 ET, no obstante, en la práctica resultará difícil que el descuelgue del convenio colectivo afecte a esta materia porque “*las funciones del trabajador no las determina el convenio sino el contrato individual*”¹⁹⁷³, como indica el art.22.4 ET. Y, en el caso de la Administración Pública, se establecen en la RPT y en la convocatoria de los correspondientes puestos de trabajo.

¹⁹⁷² Por ejemplo, el complemento por incapacidad temporal o las aportaciones empresariales a planes de pensiones. Estudia GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.328, que en este terreno *“las posibilidades de descuelgue tienen un carácter evidentemente económico...posibilidad de que las empresas dejen de abonar cantidades económicas que pueden suponer un importante coste económico para las mismas o incluso amenazar a su situación económica al reducir sus recursos...el descuelgue puede afectar tanto a los trabajadores en activo como a los que hayan cesado en el trabajo...”*Aunque para SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial...op.cit.,, pág.7, *“no es fácil que la alusión a las mejoras voluntarias pueda proyectarse más allá de los subsidios por incapacidad temporal, toda vez que las extinciones pactadas en el marco de un expediente de regulación de empleo a cambio del mantenimiento de cotizaciones a la Seguridad Social y el abono de complementos a prestaciones de jubilación de carácter anticipado, con llevan la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social y se encuentran aseguradas a través de contratos con entidades privadas...”*”.

¹⁹⁷³ Vid PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna...op.cit.,pág. 26*. También SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e...op.cit.,pág.100-101, cree que en materia de funciones, con el art.82.3 ET se trataría *“de inaplicar el propio sistema de clasificación profesional o los contenidos de los grupos y esto no se menciona en la lista cerrada de materias...en una interpretación estricta, parece que no cabe descolgarse del sistema y contenido de la clasificación profesional contenida en convenio. Pero tampoco en un sentido amplio, porque incluso pensando que la referencia a las funciones hay que entenderlas alusivas a todo lo que tiene que ver con ellas, incluyendo su ordenación en el sistema de clasificación profesional, la referencia a lo que exceda del art.39 ET nos vuelve a llevar a la movilidad funcional, es decir, a cambiar a los trabajadores de grupo sin respetar los límites del art.39 ET, cuestión ajena por completo al convenio...”* En opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del ...op.cit.,pág.328, *“en ningún caso se admite la posibilidad de un descuelgue de la clasificación profesional...no parece admisible que por la vía del art.82.3 ET se desarrollen cambios de funciones que impliquen en la práctica una alteración del sistema de clasificación profesional (suprimiendo grupos profesionales, por ej.) pues el legislador no ha previsto el descuelgue de condiciones relativas a la clasificación profesional...también serían inviable la alteración de la adscripción de concretos trabajadores a un grupo profesional, pues es algo que está reservado al acuerdo individual entre trabajador y empresario y que ni si quiera se regula en el marco del art.39 ET...”* En el mismo sentido, vid SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial...op.cit., pag.7, señala que *“no parece que esté autorizando a suprimir grupos profesionales o a imponer el desarrollo de funciones de varios grupos a la vez, sino solo a alterar la regulación que pueda hacer el convenio de la movilidad funcional permanente más allá del grupo profesional de origen del trabajador...”*”

También habrá que tener en cuenta que será preciso reformar previamente la RPT o instrumento similar, cuando se quiera modificar complementos retributivos que se reflejen en dicha RPT¹⁹⁷⁴.

Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue¹⁹⁷⁵. Las causas para una y otra son similares, pues en ambos casos se pretende buscar una solución a un problema por el que atraviesa la empresa que se traduce en dificultades económicas o sencillamente en su falta de competitividad, productividad o en necesidades de organización técnica o del trabajo en la empresa. Mientras que la duración del descuelgue no puede ir más allá del tiempo de aplicación del convenio, la vigencia de una modificación del art.41 ET no aparece legalmente limitada en su duración temporal. La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenio colectivo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el acuerdo con la representación de los trabajadores o el laudo sustitutivo¹⁹⁷⁶. Hay también diferencias respecto de la impugnación - plazos, modalidad procesal,...- y de las consecuencias. En determinados casos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41 ET, el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses; posibilidad que no se prevé de modificarse el convenio colectivo.

Comprensiblemente, el legislador impone límites a esta facultad empresarial y así, la ofensiva al convenio colectivo estatutario aplicable – y por lo tanto al derecho a la negociación colectiva (art.37 CE y art.82 ET) -, queda condicionada al cumplimiento de determinados requisitos causales¹⁹⁷⁷ y procedimentales, que pasamos a enumerar.

¹⁹⁷⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras...op.cit.*,pág.260

¹⁹⁷⁵ SSTS 29/6/2017 rec 186/2016.

¹⁹⁷⁶ SSTS 6/7/2016 rec.155/2015; 23/6/2015 rec.315/2013.

¹⁹⁷⁷ El que sea una institución causal permite el control judicial del descuelgue, pudiendo los jueces valorar la existencia o no de la causa que justifica la inaplicación del convenio, vid GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.510.

Para poder perpetrar esta agresión contra el convenio colectivo de empresa o de sector han de concurrir causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que el propio precepto se encarga de definir y que ya no se vinculan con la garantía del mantenimiento del empleo¹⁹⁷⁸. Cabe destacar que, aun pudiendo calificarse esta definición de genérica, resulta más precisa y exigente que la justificación causal del art.41 ET.

Comenzando con las causas económicas¹⁹⁷⁹, literalmente el art.82.3 ET dispone que concurren cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, y se ponen dos ejemplos – “*en casos tales*” -: la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior¹⁹⁸⁰. Se entiende que concurren causas

¹⁹⁷⁸Como recuerda ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...op.cit.,pág.44.

¹⁹⁷⁹ Para MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit.,, pág.381, se ofrece una definición más laxa que en la norma anterior a 2012. En sus palabras, “*el nivel de daño que debe preexistir para esta medida de flexibilidad interna es casi equiparable al que se exige para abrir la posibilidad de recurrir al despido...la causa económica para los descuelgues es ahora más rígida que en su primitiva configuración, estrechándose las posibilidades de recurrir a este mecanismo...aunque no se exige legalmente la vinculación con fines de política de empleo, en la práctica, resultará tremendamente arriesgado...pretender un descuelgue sin justificar de manera acabada que la situación es crítica realmente y que la adopción inmediata de medias de ajuste que contrarresten los efectos negativos vinculados a factores externos es objetivamente necesaria para evitar mayores daños y desde la perspectiva de la supervivencia de las relaciones de empleo...esto es, la empresa ha de ofrecer credibilidad, tratando de convencer acerca del carácter inevitable e inaplazable de los ajustes pretendidos y su funcionalidad para neutralizar el riesgo de empeoramiento de la situación empresarial y de la destrucción de empleo...debe resultar verosímil su explicación acerca de la previsibilidad e inminencia de tales riesgos*”.

¹⁹⁸⁰La referencia a esta situación económica negativa es tremendamente amplia y genérica, por otros vid, SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la...op.cit.,pág.113*. Parece que estamos ante una situación económica desfavorable de la empresa pero no se hace ninguna indicación sobre “*su intensidad o duración*”. Por otro lado, la persistencia en la disminución del nivel de ingresos ordinarios o ventas se entiende siempre que durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre en el año anterior; sin embargo, podría hablarse de esta situación aún habiendo beneficios. Argumenta VILA TIERNNO, F.: “La flexibilidad interna...op.cit., pág.197, que se confunde “*la ausencia de situación óptima con situación económica negativa, trasladando el riesgo empresarial al trabajador y rompiendo con el requisito clásico de la ajenidad como presupuesto de la relación laboral...Es llevar la flexibilidad a la cota máxima, puesto que suponen hacer partícipe al trabajador no ya del riesgo empresarial, sino de la mejora de resultados de la empresa, pero solamente en un plano negativo...una reducción de ingresos o ventas puede significar una minoración salarial para el empleado vía descuelgue convencional, mientras que la buena marcha empresarial no implica más que la estricta aplicación del convenio*”. Sin embargo, SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la...op.cit.,pág.114*, defienden que aunque “*la regulación parezca inducir a cierto automatismo es aconsejable prudencia y no olvidar la proporcionalidad entre la situación económica concurrente y la medida de descuelgue propuesta*”. Para BENAVIDES VICO, A.: *El ajuste de...op.cit.,pág.78*, el precepto recoge una “presunción legal de persistencia” -“dos trimestres consecutivos”- pero no impide considerar otros posibles supuestos, que por su intensidad o especialidad den lugar a un situación económica negativa que puede justificar la inaplicación del convenio colectivo, si bien, en estos otros casos, al no existir presunción legal de persistencia habrá que acreditarla por otros medios.

técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La definición de estas causas coincide literalmente con las que justifican el despido colectivo.

Si comparamos las causas que justifican el descuelgue del convenio colectivo con las de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art.41 ET, la enumeración de las causas coincide si bien este último precepto no las define y además las relaciona con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. De compararlas con las del despido colectivo, como se ha dicho, la enumeración de las causas y su definición es la misma, con la única diferencia de que la causa económica que justifica el despido colectivo exige tres trimestres de descensos en el nivel de ingresos o ventas¹⁹⁸¹, en lugar de los dos del art.82.3 ET. Si se coteja con los motivos que permiten la suspensión del contrato o la reducción del contrato de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la redacción es coincidente; aunque este art.47 ET no resulta de aplicación a las Administraciones Públicas y las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismo públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado (DA 17ª ET).

Parte de la doctrina ha señalado que, debido a que estas causas resultan muy genéricas y, por lo tanto, fáciles de acreditar¹⁹⁸², el descuelgue, en lugar de ser un mecanismo extraordinario o casi excepcional con el que hacer frente a situaciones de cierto calado, puede resultar una herramienta de uso ordinario que permite, sin mayores

¹⁹⁸¹Para SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial ...op.cit.,pág.8, “*parece deducirse una cierta graduación implícita entre las causas que habilitan a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, un descuelgue y un despido colectivo, situándose las del descuelgue en un punto intermedio en lo que a su gravedad o intensidad se refiere...*”

¹⁹⁸²Aunque ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial...opc.it.,, pág.45, cree que “*las causas deben ser interpretadas en su versión menos flexible, asimilándolas a las que rigen para el despido colectivo...las causas ahora cobran un significado especial ya que, en la regulación anterior, lo decisivo era el acuerdo y la causa un elemento a considerar; en cambio ahora, el acuerdo puede no existir y producirse, sin embargo, la inaplicación del convenio*”.

dificultades, dejar de cumplir temporalmente lo negociado en un convenio colectivo, lo que no deja de ser un agravio al derecho a la negociación colectiva del art.37 CE¹⁹⁸³.

Como sucede en el art.41 ET, se precisa una causa que justifique la adaptación del convenio a la problemática de la empresa, sin embargo, no se exige que las medidas adoptadas por el empresario vayan anudadas a la consecución de un objetivo o finalidad determinado¹⁹⁸⁴. Esto es, está ausente en la normativa la exigencia de ser necesarias, por ejemplo, para la futura viabilidad como empresa, o para prevenir una evolución negativa o para conseguir mejorarla, para mantener el volumen de empleo o “*preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*”, aunque tales finalidades puedan y deban ser tenidas en cuenta en la negociación durante el período de consultas con los representantes de los trabajadores o por el árbitro que haya de dictar el laudo que solvete las discrepancias surgidas en la negociación¹⁹⁸⁵.

Para la doctrina este silencio sobre la finalidad de la aplicación de las medidas de descuelgue resultaría coherente con “*la tónica general de huida del control judicial del poder empresarial*”¹⁹⁸⁶. Sin embargo no es concebible que puedan aplicarse tan drásticas

¹⁹⁸³ Vid GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.310. CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit., pág.237, “*en la definición de las causas justificativas se presenta una notable ampliación, que de manera general supone alejarlas cada vez más de la conexión con las justificativas de los despidos, para situarlas cada vez más en el terreno de la cotidianidad de adaptación de las condiciones de trabajo...*” A juicio de MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit.,pág.381, “*los convenios podrán establecer criterios más explícitos que los previstos legalmente, exigir mayor documentación,...pero no podrán cerrar o limitar caprichosamente o desmedidamente la operatividad del descuelgue, manipulando en sentido restrictivo las reglas legales que objetivan las causas que abren esta posibilidad, o introduciendo condicionantes o restricciones de carácter temporal inexistentes en el marco legal...las eventuales restricciones o condicionantes complementarios previstos en el convenio que se pretende inaplicar habrán de tenerse por no puestas o a lo sumo como referencias orientativas...*”

¹⁹⁸⁴ Vid CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.381. Lamenta GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico...op.cit.,pág.108, que se proteja “*así más que al capital humano, al beneficio económico, haciendo de este mecanismo un instrumento unilateral de ajuste del rédito empresarial en tiempos de crisis. Las necesidades de la empresa prevalecen sobre las del trabajador, el cual pasa a asumir parte del riesgo empresarial...las causas no económicas se desconectan de la situación patológica de la empresa...pueden caracterizarse como instrumento preventivo pues a diferencia de la causa económica, inciden sobre la eficiencia de los factores productivos de la empresa...a consecuencia de esta desconexión pueden operar al margen de toda situación económica e incluso en una situación de beneficios sostenidos, pues bastará con la concurrencia de un cambio basado en estas*”.

¹⁹⁸⁵ Vid BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación” en GUTIÉRREZ VELASCO, I. (dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 121.

¹⁹⁸⁶ Por otros, PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La flexibilidad interna...op.cit.,2013, pág.47. DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de...op.cit.,pág.810, “en el supuesto de control judicial causal por los tribunales, no se trata de discutir al empresario la racionalidad de la medida, ... quedando el juicio de causalidad limitado a un juicio de adecuación en sentido estricto, ceñido a la constatación de la existencia de la causa, su pertenencia al tipo legal descrito en el art.82.3 ET y su idoneidad para hacer frente a la necesidad empresarial...*” vid también ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control

medidas por el empresario y que estas actuaciones empresariales escapen del control judicial. De la literalidad del art.82.3 ET, no puede deducirse la automaticidad de la aplicación del descuelgue, por ejemplo, ante cualquier pérdida o disminución de ingresos o ventas por nimia que ésta sea. A pesar de la omisión del legislador, la lógica aconseja un indispensable “juicio de razonabilidad” de la aplicación de la medida¹⁹⁸⁷. Esto es, “*la causa debe tener cierta consistencia de manera que el descuelgue mantenga una relación funcional o adecuación con la superación de las situación económica negativa...*”¹⁹⁸⁸. Así, el empresario que opte por el descuelgue del convenio o como vía para adaptar su empresa a circunstancias complicadas debería poder justificar “*la conexión entre esta medida y la causa alegada*” y, del mismo modo, si atendemos a la remisión que el art.82.3 ET efectúa al art.41.4 ET, en materia de período de consultas, este último precepto exige que “*versen sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos*”¹⁹⁸⁹.

Lo anterior podría deducirse también, para parte de la doctrina, de la lectura del art.22.3 Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Según dicho precepto, cuando las partes sometan la solución de la discrepancia, finalizado el período de consultas, a esta CCNCC, tras apreciar la concurrencia de la causa, deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados¹⁹⁹⁰. La decisión podrá

judicial...op.cit.,pág.45, para quien corresponde al juez comprobar el procedimiento seguido, la existencia de causa, la conexión entre la medida de descuelgue adoptada y la causa que la justifica, la proporcionalidad de la misma y la razonabilidad de la respuesta a la causa alegada.

¹⁹⁸⁷ Vid SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e...op.cit., pág.102. Para CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El descuelgue...op.cit., para quien, el juez no ha “*limitarse a ser un mero verificador de la concurrencia de una causa descrita con mayor o menor objetividad en la ley, sin poder efectuar un juicio, siquiera mínimo, de razonabilidad respecto de la causa aducida, los efectos sobre los trabajadores y su relación con la medida adoptada, buscando el necesario equilibrio entre todos estos indicadores...*”

¹⁹⁸⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.32. BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág. 121, advierte que el precepto no contiene ninguna referencia a que la modificación sea precisa para mejorar la “*viabilidad como empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo ni la necesidad de la justificación de la razonabilidad de la medida extintiva para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda...tales pensamientos estarán presentes en la negociación del acuerdo o podrán ser valorados por las instituciones arbitrales desde la perspectiva de que el bien jurídico protegido es, claramente, la competitividad empresarial...*”

¹⁹⁸⁹ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.381.

¹⁹⁹⁰ En el mismo sentido, SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial...op.cit.,pág.8, piensa que “*los cambios que se pretende imponer en las condiciones de trabajo han de guardar una relación de adecuación, correspondencia o proporcionalidad con la importancia o gravedad de las causas que se aleguen. Además de tener que estar en condiciones de presentarse razonablemente como medidas, si no indispensables para su superación, al menos recomendables desde el punto de vista de la racionalidad*”

aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la CCNCC se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo.

Para inaplicar lo dispuesto en un convenio colectivo de sector o de empresa, con independencia del número de trabajadores afectados, es preciso acuerdo¹⁹⁹¹ entre el empresario y los representantes de los trabajadores, previo desarrollo de un período de consultas. La doctrina constitucional y jurisprudencial alerta del despropósito de eludir la aplicación del art.82.3 ET de la voluntad concurrente de los sujetos colectivos, intentando modificar las condiciones de trabajo a través de la adhesión individual en masa – los conocidos como “pactos en masa” - porque ello supone vulnerar el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva¹⁹⁹².

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas se remite a los sujetos indicados en el art.41.4 ET, en el orden y condiciones en dicho precepto señalados. Luego podría darse el caso de que, ante la ausencia de representantes legales de los trabajadores, algo no excepcional en nuestro peculiar y atomizado tejido empresarial, se atribuyese la representación para la negociación del acuerdo a una comisión integrada por tres trabajadores de la propia empresa, como indica el art.41.4.a ET. Situación ésta que, de producirse, daría qué pensar sobre la carencia de la capacidad negocial de estos sujetos¹⁹⁹³.

empresarial. Estas son exigencias que están en la esencia misma de la inaplicación como institución causal pero que pueden ser útilmente remarcadas por los convenios colectivos mediante alusiones expresas a la necesidad de que se cumpla esa relación de adecuación o proporcionalidad entre causas y medidas...”

¹⁹⁹¹ Indica VILA TIerno, F.: “La flexibilidad interna...op.cit., pág.200, que “*lo que se negoció a título colectivo sólo puede ser modificado en el mismo ámbito. Lo que el art.82.3 ET permite es la inaplicación de una norma jurídica para lo que hay que establecer las garantías adecuadas. Sorprende que resulte más complicado la aplicación del mecanismo del descuelgue que el despido colectivo que no requiere acuerdo sino solo periodo de consultas...pero el despido colectivo no implica la inaplicación de un convenio colectivo precedente, mientras que el descuelgue sí, y teniendo en cuenta que el citado es una norma jurídica que se negoció a título colectivo, solo puede modificarse por el procedimiento establecido y en sede colectiva*”.

¹⁹⁹² Recuerda la STS 11/12/2015 rec.65/2015, que la voluntad individual de los trabajadores, manifestada por la aceptación voluntaria de una oferta formulada por la empresa, no puede, sin vulneración del derecho de negociación colectiva, modificar respecto de los mismos el contenido de lo pactado con carácter general en el convenio colectivo aplicable. De “*lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE*”.

¹⁹⁹³ Advierte GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.337, de que en este caso esta comisión de trabajadores, creada ad hoc para la negociación del acuerdo de descuelgue, “*está muy lejos de*

En relación con el período de consultas, la remisión al procedimiento establecido para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo del art.41.4 ET – que se establece sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan contemplarse en la negociación colectiva-. Si el período de consultas finaliza con acuerdo, éste deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa. Esto es, el acuerdo de inaplicación no puede, sin más, decidir la no aplicación de parte del convenio colectivo, dejando un vacío en el régimen jurídico aplicable a los contratos de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. Además de señalar lo que se inaplica, debe contener la nueva regulación que, coyunturalmente, va a sustituir a la ahora inaplicada¹⁹⁹⁴. En todo caso, el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa¹⁹⁹⁵.

También establecerá la duración del mismo, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. No obstante, igualmente es posible, y además deseable para los trabajadores, que recoja que la vigencia del mismo sea inferior al momento en que resulte de aplicación un nuevo convenio, en cuyo caso habrán de concretarse las condiciones y el momento en el que vuelve a resultar de aplicación el convenio transitoriamente inaplicado – lo que se conoce como

los estándares fijados legalmente para negociar y aprobar un convenio estatutario, la comisión escapa a las reglas de capacidad y legitimación de los art.87 y 88 ET, lo cual supone que en la práctica la depreciación del carácter normativo del convenio... la clave de la eficacia normativa reside en la capacidad representativa de quienes negocian... VILA TIERNO, F.: “La flexibilidad interna...op.cit., pág.201, duda que sea constitucional la remisión al art.41.4 ET en relación a esta comisión ad hoc. Los art.87 y 88 ET especifican los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo (art.37 CE), pero en ningún caso podrá negociarse por una comisión formada por hasta tres trabajadores de la empresa, porque incluso aún cuando se elija democráticamente por los trabajadores, tiene escasa o nula capacidad representativa; pero sin embargo la norma le está permitiendo acordar con el empresario la inaplicación temporal de un convenio colectivo.

¹⁹⁹⁴ El acuerdo habrá de concretar las nuevas condiciones de trabajo, que sustituyen a las ahora inaplicadas, “*pues de lo contrario se crearía una situación de inseguridad jurídica, y la posibilidad de que el empresario pudiese determinar de manera unilateral alguna de las condiciones que previamente se declaran inaplicable. Con ello se estaría dejando a uno solo de los contratantes la capacidad de determinar discrecionalmente el contenido de la prestación, vaciando de contenido el derecho a la negociación colectiva...*” vid GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit., pág.338. O también GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, 2019, pág.511.

¹⁹⁹⁵ En ALVÁREZ CUESTA, H.: “Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación sustancial de condiciones” en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, H. (dir.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

“recuelgue”¹⁹⁹⁶. El descuelgue se aplica en situaciones de ultraactividad¹⁹⁹⁷ del convenio pero nunca con efectos retroactivos¹⁹⁹⁸.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas de descuelgue¹⁹⁹⁹ y solo podrá ser impugnado ante la Jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art.41.4 in fine ET por remisión del art.82.3 ET). Esto es, se presume iuristantum que existen las causas, si se llega a acuerdo²⁰⁰⁰, pero “no es que se impida al juez examinar la existencia de la causa lo que ocurre es que su examen ha de hacerse necesariamente al hilo de los citados motivos de impugnación previos”. Por otra parte, podría impugnarse el acuerdo por otras causas (ej. incumplimiento de procedimiento, falta de legitimación en los sujetos que lo adoptaron, afectación a condiciones no modificables,...)²⁰⁰¹.

Si no se llega a acuerdo, el art.82.3 ET prevé soluciones sucesivas y/o alternativas con el fin de facilitar que el convenio colectivo resulte finalmente inaplicado, con lo cual no es imprescindible llegar a acuerdo en este momento²⁰⁰². De este modo, si durante el período de consultas no se lograra el acuerdo de inaplicación, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria²⁰⁰³. Esta dispondrá de un plazo, como máximo de siete días a contar desde que la discrepancia fuera planteada, para pronunciarse.

¹⁹⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,pág.246, estima que se imponen reglas imperativas al régimen de descuelgue que, con carácter general, no van a contradecirse por la negociación colectiva. CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.386. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pag.309, “la inaplicación supone que se produzcan los efectos prácticos de una derogación parcial del convenio de empresa...si el descuelgue es por un tiempo inferior a la vigencia del convenio de empresa modificado, la inaplicación sería equivalente a una suspensión o paralización temporal y parcial del convenio de empresa”.

¹⁹⁹⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.339.

¹⁹⁹⁸ Por otros vid, DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de...op.cit.*, pág. 823.

¹⁹⁹⁹Para MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit.,pág.397, “a efectos prácticos supone una inversión de la carga de la de la concurrencia de tales vicios en la prestación del consentimiento a quien impugne el acuerdo; sin perjuicio de la facultad de los trabajadores de reaccionar frente a los actos de aplicación del mismo que resulten patológicos...”

²⁰⁰⁰ Como reconoce GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del ...op.cit.,pág.341, “la intención del legislador es la de mitigar la judicialización de los acuerdos de descuelgue, permitiendo su aplicabilidad inmediata de existir el acuerdo...” En el mismo sentido, vid CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.384.

²⁰⁰¹Vid SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o...op.cit.,pág.13.

²⁰⁰²Vid GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.511.

²⁰⁰³Luego, como recoge CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.39, el recurso a la comisión paritaria es algo voluntario para las partes, que deviene obligatorio si cualquiera de ellas solicita su intervención. GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.512, se refiere a una “elegante locución que esconde que el único que tendrá interés en el descuelgue es el empresario pues este procedimiento conduce a una regulación peyorativa respecto del convenio aplicado”.

Si tras el desacuerdo durante el período de consultas, no se hubiera solicitado la intervención de la comisión paritaria o ésta no hubiera conseguido alcanzar un acuerdo, las partes deben recurrir a los procedimientos que se han establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art.83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de descuelgue, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos del art.91 ET.

Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos de solución de conflictos establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el art. 83 ET – o éstos no hubieran solucionado la discrepancia-, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante, CCNCC) cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una Comunidad Autónoma, o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas en los demás casos²⁰⁰⁴. Estos órganos resolverán la discrepancia mediante decisión adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad. Esta decisión, que habrá de dictarse en un plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del planteamiento del conflicto ante dichos órganos²⁰⁰⁵, tiene la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y siendo únicamente recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos previstos en el

²⁰⁰⁴ MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit.,pág.354-357, advierte de que con la intervención de la CCNCC “*ya no podrá bloquearse la iniciativa empresarial de descuelgue por la parte laboral, cuando resulte razonable el recurso a este mecanismo excepcional de ajuste en situaciones críticas...*” evitando dejar al libre criterio de los representantes de los trabajadores la decisión de descogarse o no, sea cual fuere el contexto empresarial. Para la misma, la intervención de la CCNCC supone un refuerzo de la libertad de empresa y supone la “*implicación de la Administración Laboral en los procesos de descuelgue, con fines de colaboración en la defensa, no solo de la productividad y competitividad empresarial, sino sobre todo del empleo*”.

²⁰⁰⁵En FERRADANS CARAMÉS, C.: “La inaplicación de...op.cit.,pág.13. Vid FJ 5 STC 119/2014 FJ 5º “*la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral deberán emitir su criterio sobre la concurrencia o no de estas causas justificativas; en caso de no apreciarlas, así se declarará, no procediendo la inaplicación. Por el contrario, cuando se aprecie su presencia, habrá de pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación, previa valoración de su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados; como fruto de esta ponderación, se podrá aceptar la solicitud de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad (arts. 22 y 24 RD 1362/2012)*”.

art. 91 ET para los convenios colectivos. Nos encontramos, en definitiva, ante una previsión legal que, en último término, contempla la posibilidad de que la CCNCC u órganos autonómicos equivalentes –ya sea por propia decisión o por laudo arbitral de tercero– procedan a resolver la controversia sobre la pretensión de inaplicación del convenio. Tal intervención se activa por la voluntad o solicitud de cualquiera de las partes, sin requerir el acuerdo o aquiescencia de la otra. Este procedimiento para la solución de discrepancias, surgidas por falta de acuerdo en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos, se regula en los art.19 a 25 *RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.*

El acuerdo²⁰⁰⁶, que deberá notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo y comunicarse a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito, podrá decidir la inaplicación de la cláusula del convenio de la que el empresario quiera descolgarse; *“ajustar peyoritariamente el contenido de una cláusula, sin contraprestación para los trabajadores afectados”*; *“decidir su sustitución o ajuste temporal a la baja de una condición laboral pero con contrapartidas”*; *“ajuste peyorativo compensado con compromisos en política de empleo”*;...²⁰⁰⁷

Cabe concluir que el procedimiento arriba descrito facilita²⁰⁰⁸ el descuelgue del convenio, ya que, si bien el empresario no puede adoptar unilateralmente la decisión de inaplicar el convenio, una vez decidido el descuelgue, el art.82.3 ET contempla sucesivas alternativas para facilitar su consecución. El resultado de estos procedimientos que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito. El procedimiento parece no contemplar ni una posible marcha atrás del empresario de su decisión de inaplicación ni que las partes rechacen llegar a un acuerdo²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁶ En cuanto a la naturaleza jurídica de este acuerdo, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.341, cree que aunque el acuerdo de inaplicación cumpla una función reguladora y pueda tener *“efecto normativo no significa que estemos ante un convenio colectivo estatutario, estamos ante una manifestación distinta de la negociación colectiva”*. DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de...op.cit.*, pág.799, concluye calificándola de *“intervención de naturaleza pseudoarbitral, por la posibilidad de un control judicial amplio sobre la decisión o el laudo”*.

²⁰⁰⁷ MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen...op.cit., pág.412.

²⁰⁰⁸ Por muchos otros, GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico...op.cit.,, pág.107, habla de *“superar rigideces procedimentales”*.

²⁰⁰⁹ Como destaca GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del...op.cit.,pág.343, no se contempla este procedimiento que no se llegue a un acuerdo, que sin embargo es una de *“las posibilidades de un sistema de relaciones laborales de carácter democrático...podría considerarse que el legislador ha consagrado*

Aunque la doctrina duda de todo el régimen de descuelgue por considerarlo un ataque a la negociación colectiva del art.37.1 CE y al derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE), sin embargo, la STC 8/2015 de 22 de enero de 2015 ha respaldado su constitucionalidad. Por una parte, razona que dicho precepto *“se dicta en un contexto de grave crisis económica con el objetivo de favorecer la flexibilidad interna de la empresa como alternativa a la destrucción del empleo o al cese de una actividad productiva, atendiendo, de este modo, a un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo, como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general”*.

Si bien se reconoce que ésta intervención de la CCNCC puede determinar, una restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos, en caso de que su decisión sea favorable a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio, apunta que, como cualquier otro derecho constitucional, el reconocido en el art. 37.1 CE no tiene carácter absoluto, sino que puede quedar sujeto a limitaciones²⁰¹⁰. La intervención de la CCNCC resulta constitucionalmente justificada por la necesidad de resolver eficazmente el desacuerdo entre empresa y trabajadores en las medidas de flexibilidad interna que aquella pretende adoptar para hacer frente a una situación de dificultad económica o necesidad de adaptación, con la finalidad de ajustar la regulación a la situación y defender la productividad. Se evitaría así la extinción de puestos de trabajo, máxime en un contexto sociolaboral en el que la reducción de la elevada tasa de desempleo constituye un objetivo prioritario para los poderes públicos. Son intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo, los que permiten concluir

una verdadera situación de acoso negocial contra los representantes de los trabajadores para facilitar que el descuelgue se consiga...”

²⁰¹⁰ El TC entiende que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, sino que el art. 37.1 CE se limita a reconocer el derecho de negociación colectiva y a encomendar su garantía al legislador, a señalar quiénes son los titulares del derecho y a establecer la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios). El legislador dispone, por tanto, de un extenso margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva. En este sentido, no hay que olvidar que la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del derecho supone, entre otras consecuencias, *“el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva”*. Así pues, el deber de respeto del convenio colectivo a la norma legal alcanza obviamente a la naturaleza jurídica dispositiva o imperativa que el legislador laboral haya podido atribuir a las normas legales que regulan la negociación colectiva.

que la intervención decisoria o arbitral diseñada en el art. 82.3 ET goza de justificación legítima.

Tampoco entiende que se vulneren los art.28.1 y 37.1 CE con la intervención de la CCNCC u órgano autonómico correspondiente, dado que es un remedio subsidiario que en ningún caso desplaza o suplanta a la negociación colectiva o al ejercicio de la libertad sindical. Antes al contrario, opera cuando los diferentes cauces de solución del conflicto previstos en la norma se han mostrado como inservibles y, por tanto, como un remedio ante el fracaso de la negociación colectiva, con el exclusivo objetivo de evitar que la situación de bloqueo entre las partes quede abocada al enquistamiento, con grave peligro para la estabilidad de los puestos de trabajo o, incluso, de la propia viabilidad de la empresa. La decisión se atribuye, además, a un órgano colegiado de composición tripartita y paritaria, que está formado por representantes de la AGE y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, habiendo establecido la normativa los mecanismos precisos para garantizar su independencia e imparcialidad. Además, no hay que olvidar que la posibilidad de inaplicación de condiciones de trabajo queda sujeta, tanto a limitaciones causales, materiales y temporales y a un posterior control jurisdiccional. En conclusión, el régimen jurídico aplicable a la intervención de la CCNCC en el art.82.3 ET- en concreto, las restricciones y límites a las que se encuentra sujeta-, tras llevar a cabo la pertinente ponderación de los intereses constitucionales en conflicto y de sus respectivos sacrificios, respeta los citados preceptos constitucionales. El art.82.3 ET contempla una medida razonable, que supera las requeridas exigencias de proporcionalidad, en aras de preservar los bienes constitucionales protegidos en los arts. 35.1, 38 y 40.1 CE²⁰¹¹.

Del mismo modo considera que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; sino que abarca también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse

²⁰¹¹ Esta STC cuenta con el interesante voto particular de VALDÉS DAL RÉ para quien el procedimiento establecido en el art. 82.3 ET vulnera el contenido esencial del art. 37.1 CE.

precisiones respecto a esta última causa. La intervención judicial derivada del art. 82.3 ET permite a los Tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la CCNCC u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada —con carácter subsidiario—, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, ya que no es otro que procurar una solución extraprocésal de la controversia.

Ninguna especialidad recoge el ET en cuanto a la posibilidad de que la Administración Pública recurra a la aplicación de este art.82.3 ET²⁰¹². Si bien, ya se ha matizado que en el caso de que este peculiar empleador acuda a esta herramienta de flexibilidad interna, los convenios de los que intentará descolgarse serán los de empresa, esto es, hablaremos de autodescuelgues. Una vez más, por otra parte, también se observa que la norma laboral no tiene en mente al empresario Administración Pública a la hora de definir las causas que propician un descuelgo, piensa en la empresa desde el punto de vista mercantil – una empresa que ha de contar con herramientas que le permitan una adaptación continua para ser más competitiva y poder responder a las exigencias del mudante mercado -. Esta visión resulta poco acorde con el cometido de servicio público al interés general que da sentido a la existencia de la Administración Pública, por mucho que se le pueda exigir el sometimiento de su actuación “*a criterios de eficiencia económica y austeridad en el gasto*”²⁰¹³. Luego nos vamos a encontrar con los problemas de adecuación de un precepto concebido, principalmente, para su aplicación en la empresa privada²⁰¹⁴ tal es así que se proponía, en el caso de que la Administración considere servirse de este art.82.3 ET, como medio de adaptación de sus recursos humanos laborales, recurrir a las causas previstas en la ahora derogada DA 16^a ET para el despido por vía del art.51 y 52.c ET, que sí estaban específicamente diseñadas para el empleador

²⁰¹²Vid TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit., pág.37.

²⁰¹³Analiza MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Bomarzo, 2014, pág.52.

²⁰¹⁴ GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva ...op.cit.,pág.636*, insiste en el desajuste técnico que se produce cuando se quiere aplicar estas causas a la Administración Pública.

público (insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos)²⁰¹⁵ – DA 16ª que deroga la DD Única.2 RD Ley 32/2021-.

Como ha indicado la doctrina, las causas que justifican el descuelgue del convenio colectivo presentan perfiles propios en las Administraciones Públicas. Si se trata de causas económicas, hay que hablar de “*desajustes presupuestarios y contención del gasto público*” que ineludiblemente significará reducción de la actividad pública y acabará afectando al empleo público. Se advierte de que la “*finalidad atribuida al descuelgue de condiciones de trabajo en el sector privado casa mal con una negociación colectiva en el sector público (fuertemente condicionada por las leyes de presupuestos), más allá de que pueda resultar un instrumento para rebajar el capítulo de costes del presupuesto de una entidad para acometer desfases presupuestarios o trasladar la reducción o el mantenimiento de los servicios a los costes de personal, con la particularidad de la regla de la anualidad presupuestaria de cada ejercicio económico de las Administraciones Públicas que puede provocar una mejora que desvirtúe la inicial situación causante de la inaplicación y sin que se prevea legalmente una reversión de las condiciones inaplicadas...*” De tratarse de causas técnicas u organizativas, en el actual proceso hacia la implantación total de la administración electrónica, más que de una modificación rebajando las condiciones de trabajo, probablemente haya que plantear qué hacer con los empleados públicos sobrantes – “*salvo que tal rebaja justificase el mantenimiento del empleo y así cumplir con el papel preventivo que se atribuye a este instrumento de flexibilidad laboral...*”-. Puede concluirse que “*el art.82.3 ET se convierte en un instrumento residual de excepcionalidad para las causas económicas que no estén vinculadas a la estabilidad presupuestaria o a la corrección del déficit, no así para las causas técnicas y organizativas que encuentran su cauce en la inaplicación estatutaria y mucho menos para las causas productivas que encuentran un menor encaje en el sector público...*”²⁰¹⁶

Lo cierto es que en el ámbito de las Administraciones Públicas se plantean otras dificultades derivadas del procedimiento previsto para la aplicación de este art.82.3 ET.

²⁰¹⁵ No obstante, duda VÁZQUEZ BELTRÁN, A.: “La incidencia de la reforma del marco de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013, pág.1144, de poder efectuar una “*interpretación extensiva de esos conceptos jurídicos que expresamente son válidos, en principio, únicamente para los despidos*”. En opinión contraria RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas...op.cit.*,pág.262.

²⁰¹⁶ GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág.636 y ss.

Así, conviene recordar que bastantes de las condiciones de trabajo, que quieran temporalmente inaplicarse por la Administración Pública, son comunes al personal funcionario y al personal laboral, por lo que para la doctrina “*parece necesaria una fórmula que permita modificar de forma simultánea y homogénea esas condiciones para ambos colectivos...*” Esto es, el régimen de descuelgue no resultaría del todo apropiado porque con el mismo sólo se podría dejar de inaplicar las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario para el empleado público con la condición de laboral²⁰¹⁷.

Por otra parte, cuando tras el período de consultas no se haya llegado a un acuerdo y no se haya solicitado la intervención de la comisión paritaria o ésta no hubiese alcanzado un acuerdo, conforme a la norma, habría que recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial establecidos en acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico lo cual resulta complicado en el caso de las Administraciones Públicas. Éstas suelen quedar excluidas del ámbito de aplicación de los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos²⁰¹⁸, no de todos, en la medida en que se entiende que las organizaciones empresariales no pueden representarlas²⁰¹⁹. Es por ello que se plantea la posibilidad de aplicar estos mecanismos al personal laboral de las Administraciones Públicas pero contemplando reglas específicas y contando con un “*sistema diferenciado de nombramiento de mediadores y árbitros*”²⁰²⁰.

Además el art.45 EBEP contiene una regulación específica para la solución extrajudicial de conflictos colectivos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de pactos y acuerdos, que resultaría aplicable únicamente a los funcionarios. La doctrina propone la aplicación de unos mismos procedimientos comunes de solución extrajudicial de conflictos tanto a laborales como a funcionarios dado que comparten un mismo empleador y con un mismo empleador celebran pactos y acuerdos conjuntos y dado que los empleados públicos laborales no tienen garantizado la aplicación de los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos, como se ha dicho²⁰²¹.

²⁰¹⁷ Vid CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.399.

²⁰¹⁸ FERRADANS CARAMÉS, C.: “El descuelgue en...op.cit.,pág.6; MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.,pág.54.*

²⁰¹⁹ Por otros, RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.,pág.461.* CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,32, aunque suelen incluir empresas públicas.

²⁰²⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,pág.33.

²⁰²¹ RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral...op.cit.,pág.463,* cree siempre estará abierta la posibilidad de que la negación colectiva en el sector público incorpore algún tipo de cláusula estableciendo la aplicación al personal laboral de los procedimientos previstos para funcionarios. En el mismo sentido,

Otra dificultad que se plantea, para la aplicación del art.82.3 ET en la Administración Pública, tiene que ver con la intervención de la CCNCC. Llegado el caso de que tuviera que intervenir la CCNCC, u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma, para decidir sobre la inaplicación de parte de un convenio colectivo a iniciativa de la Administración Pública empleadora, se plantearían dudas sobre la imparcialidad de este arbitraje. Por mucho que se fundamente su imparcialidad, la Administración Pública, además de pretender la inaplicación del convenio, forma parte de este órgano tripartito que es la CCNCC, luego su decisión podría plantear dudas al respecto porque estaría codeciendo sobre un tema en la que es directa afectada²⁰²².

Por los antecitados motivos - inexistencia de convenios de sector, definición de las causas poco adecuada y procedimiento difícilmente aplicable a este empresario laboral²⁰²³-, mayoritariamente se piensa que es complicado aplicar el art.83.2 ET a la Administración Pública. Sin embargo, ante el silencio de la norma, hay quien deduce justamente lo contrario. Si con la reforma se admitía expresamente a la Administración el despido a través del art.51 y 52.c ET, *“parece tener poco sentido entender que este silencio del legislador impida la menos traumática inaplicación temporal del convenio en algunas materias, máxime si se presenta como alternativa al despido...”*. Así también, el legislador podría haber manifestado expresamente la no aplicabilidad de la medida a la Administración Pública, como ya ha hecho con alguna otra herramienta de flexibilidad interna (art.47 y DA 17ª ET), y con el descuelgue no lo ha hecho²⁰²⁴. Pese a todo, *“probablemente el uso del mecanismo del art 82.3 ET no tiene la misma operatividad en la Administración Pública que en la empresa privada, dada la especialidad del*

CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit., pág.34. Apunta RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas...op.cit.,pág.266*, que el recurso al arbitraje en las Administraciones supone la *“quiebra de un principio esencial de la organización administrativa, que es que la competencia resulta irrenunciable y debe ser ejercitada por el órgano que la tiene atribuida como propia. El arbitraje supone dejar la satisfacción del interés general en manos de un tercero con el agravante de que ese laudo solo se puede impugnar ante la jurisdicción social en dos supuestos: 1)cundo no se hubieran observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o 2)cundo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art.91.2 ET), sin que se mencione para nada aquellas circunstancias en las que el pronunciamiento arbitral pueda contradecir el interés público. Ello contrasta con lo que ocurre en cualquier tipo de acto o resolución de la Administración que siempre es impugnabile ante la Jurisdicción administrativa cuando no respete el interés general”*.

²⁰²²En MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit., pág.55*. Como resume QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La flexibilidad interna...op.cit.,134,* *“si la parte empleadora es la Administración Pública, porque la propia CCNCC se convertiría en juez y parte del conflicto”*. Por otros, también vid FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.16, trae a colación que *“el arbitraje final en la CCNCC, al mostrar que los intereses de los trabajadores solo están representados por una parte y las de la Administración por dos, carece del elemento esencial de todo arbitraje que es la independencia”*.

²⁰²³ Son de esta opinión, entre otros, TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit.pág.37.

²⁰²⁴Por otros, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e...op.cit.,pág.399.

*empleador y de la existencia de otras medidas a su disposición para disminuir los costes laborales y adaptar de forma ágil las condiciones de trabajo acordadas en los pactos, acuerdos y convenios colectivos concluidos a las circunstancias económicas concretas...*²⁰²⁵

Dispone, por una parte, como a continuación va a estudiarse, de herramientas específicas como las del art.38.10 y 32.2 EBEP, de uso aparentemente más “sencillo” que el recurso al art.82.3 ET y, fundamentalmente, la posibilidad de recurrir a “*modificaciones presupuestarias o fijación de topes legales de derecho necesario absoluto que a los pactos, acuerdos o convenios colectivos...*”²⁰²⁶

2. La vía del art.32.2 EBEP: el exorbitante privilegio de la Administración Pública para la inaplicación de las condiciones de trabajo.

Como decíamos en las líneas anteriores, aunque no imposible, resulta poco probable que la Administración Pública recurra al procedimiento del art.82.3 ET para dejar de aplicar alguna de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenio colectivo por su personal laboral. Y es que, a las herramientas de flexibilidad interna que proporciona el ordenamiento laboral, hay que adicionar la recogida en el art.32.2 EBEP²⁰²⁷, que, con carácter excepcional, posibilita la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. Este precepto, como se ha adelantado, nace tras la imposibilidad de poder aplicar el art.38.10 EBEP a los convenios colectivos del personal laboral. Y su redacción es semejante, si bien el primero se refiere solo a los funcionarios.

Aunque el EBEP garantiza el cumplimiento de pactos y acuerdos, el art.38.10 EBEP, prevé la posibilidad de que, si bien excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los

²⁰²⁵ FERRADANS CARAMÉS, C.: “El descuelgue en...op.cit.,pág.3.

²⁰²⁶ Advierte MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.145, que cuando la Administración quiere modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de sus empleados le resulta más sencillo recurrir al art.32.2 EBEP, que al art.41 y 82.3 ET por la mayor facilidad en su tramitación. Se refiere al art.82.3 ET como técnica residual en el empleo público laboral, QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La flexibilidad interna...op.cit.*,, pág.134.

²⁰²⁷ Vid SEMPERE, A.V. y MARTÍN, R.: *Claves de la reforma...op.cit.*,pág.134. Como analiza MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,, pág.126, hasta la incorporación de la rebus sic stantibus en el art.32.2 EBEP, las opciones que tenía en el empleador público laboral eran el descuelgue del art.82.3 ET o renegociar “*sus condiciones de trabajo deberá hacerse mediante el correspondiente convenio colectivo por la comisión negociadora del art.88 ET para tal fin*”.

órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos o acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. De esta manera se introduce en el EBEP un mecanismo aplicativo de la denominada cláusula rebus sic stantibus en la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Con la crisis económico financiera de 2008, las Administraciones Públicas aplican este precepto para suspender o modificar la aplicación de pactos y acuerdos²⁰²⁸. En algún caso pretende extenderse su aplicación a los convenios colectivos del personal laboral, si bien la Jurisprudencia descarta de manera tajante esta posibilidad dejando claro que el art.38.10 EBEP se está refiriendo únicamente a los acuerdos de funcionarios, ya que en el art.38.8 EBEP – pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal laboral y funcionario - se precisa que la consideración y efectos previstos en el art. 38 EBEP corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral despliega los mismos efectos del art. 83 ET²⁰²⁹.

²⁰²⁸ Instrumento sin parangón en el Derecho Laboral que en este sentido resulta paradójicamente más “rígido” que el Derecho Público, vid TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit., pág.37. En idéntico sentido, recuerda DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y...op.cit.*, pág.73, como “en el 2011 en pleno debate acerca de la necesidad de acometer reformas en el ámbito público, se reparaba en la paradójica menor flexibilidad del personal laboral desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos, pues no se encontraba en el EBEP un precepto equiparable para la negociación colectiva del personal laboral”. Sin embargo, para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.19, la Administración Pública ya disponía de recursos que podían proporcionarle un resultado similar, vid, por ejemplo, la SAN c-advº 13/7/2011 rec.461/2010.

²⁰²⁹ Como así se entiende, entre otras, por la SAN 28/10/2010 rec.128/2010 o por la STS 28/9/2011 rec.25/2011, para la cual el art.38.10 EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un convenio colectivo suscrito por la Administración y su personal laboral. Recuerda que, cuando las Administraciones actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo se someten a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores por lo que deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula la contratación en el Derecho del Trabajo, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el art. 103 CE. El tenor literal del art.32.1 EBEP dispone 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 le resulten de aplicación. Y dichos preceptos del capítulo IV EBEP son el art.31 EBEP, que contiene los principios generales, y el art.38.8 EBEP, relativo a los pactos y acuerdos que, conforme al art.37 EBEP, regulen materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, pero con especificación expresa de aplicación del ET y eficacia de convenio colectivo para el personal laboral (art.83 ET). De lo anterior se deduce que el criterio legal de interpretación que sigue el EBEP es la remisión a la legislación laboral y que todos los demás preceptos del Capítulo IV regulan la negociación colectiva del personal funcionario, pero no del personal laboral, que se rige por la legislación laboral estrictamente considerada. Todos los demás preceptos del Capítulo IV (art. 33 a 45 EBEP) regulan la negociación colectiva del personal funcionario, pero no del personal laboral, que se rige por la legislación laboral estrictamente considerada, en concreto, y por lo que aquí interesa, por el art. 82 ET. Vid también, por ejemplo, SSTS 14/11/2012 rec.241/2011, 18/6/2014 rec.141/2013 o 21/5/2013 rec.55/2012, en la que se cuestiona si el art.38.10 EBEP es cauce idóneo para dejar sin efecto o vacío de contenido lo dispuesto en un convenio colectivo o parte del mismo, por acuerdo del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma. Se responde que el art. 38.10 EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un Convenio Colectivo suscrito por la Administración y su personal laboral.

Aunque doctrinalmente se defiende que el art.38.10 EBEP, de alguna manera, puede afectar a este último colectivo puesto que se contempla su aplicación a los acuerdos o pactos que negocien condiciones de trabajo comunes de laborales y en las mesas generales de negociación (art.36.3 y 38.8 EBEP)²⁰³⁰ –“*tal acuerdo no se inscriba como convenio colectivo en el registro pertinente, puesto que se trata de un acuerdo de condiciones comunes que queda fuera de la competencia de la Jurisdicción social y se atribuye su conocimiento a la Jurisdicción contencioso administrativa*”²⁰³¹–.

No resultando aplicable el art.38.10 EBEP a los convenios colectivos del personal laboral, la Administración Pública siempre podría recurrir al art.82.3 ET o a la renegociación de las condiciones de trabajo por la comisión negociadora del convenio, según art.88 ET. No obstante, como destacaba la doctrina por entonces, ante una misma alteración sustancial de las circunstancias económicas que pusiera en peligro grave el interés público, los medios de intervención de la Administración Pública resultaban muy distintos, llegando a ser mucho más agresiva la aplicación del art.38.10 EBEP para degradar las condiciones de trabajo de personal con la condición de funcionario público que la aplicación de los métodos de flexibilidad interna dispuestos por la normativa laboral para su aplicación al personal laboral, lo cual podría generar problemas por las disparidades en la gestión de los recursos humanos en las Administraciones Públicas²⁰³².

Sin embargo, poco después, con el RD Ley 20/2012, se modifica el art.32 EBEP para poder aplicar al personal laboral, el mismo mecanismo contemplado en el art.38.10 EBEP para el personal funcionario. El legislador proporciona a este art.32.2 EBEP una redacción que reproduce fielmente la de este último precepto y, con la modificación, persigue aclarar su ámbito de aplicación y homogeneizar su tratamiento, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas

²⁰³⁰ Vid TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit.,pág.37; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Despidos y otras medidas...op.cit.,pág.253*. En este sentido, ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.,pág.48*, recuerda que estos pactos y acuerdos comunes para laborales y funcionarios – negociados por las mesas generales comunes – afectan a condiciones de trabajo tales como 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 Pública; formación continua; acción sindical en centros de trabajo; prevención de riesgos laborales; planes de previsión social complementaria, Planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad, etc...

²⁰³¹ Por otros, JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,pág.53. Alerta FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.14, de la “*publicación o administrativación de la negociación colectiva laboral*” que ello supone y que se completa cuando el art.3.e Ley 36/2011 atribuye “*el enjuiciamiento de la impugnaciones realizadas contra estos pactos o acuerdos mixtos a los órganos de la jurisdicción contencioso administrativo*”.

²⁰³²Vid RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “Jerarquía normativa vs...op.cit.,pág.32.

generales de negociación o a través de la negociación colectiva de personal laboral²⁰³³. De lo anterior se deduce que en el ámbito de empleo público laboral, debía entenderse insuficiente el resto de medidas aplicables a la empresa privada. Y del mismo modo, ello da una idea de la situación de fragilidad de los derechos de los empleados públicos laborales disfrutados en virtud de negociación colectiva, dado que han de resistir las acometidas flexibilizadoras llevadas a cabo por las herramientas del Derecho del Trabajo – como cualquier trabajador por cuenta ajena – pero también las que la normativa de empleo público reconoce a la Administración Pública²⁰³⁴.

La potente herramienta que el legislador pone en manos de la Administración Pública para la gestión de sus recursos humanos, permitiéndole modificar unilateralmente²⁰³⁵, llegado el caso, las condiciones de trabajo recogidas en los instrumentos fruto de la negociación colectiva, no es un recurso a disposición del empresario privado porque no tiene equivalente en el Derecho del Trabajo²⁰³⁶. Tanto el art.32.2 y 38.10 EBEP se han convertido en receptores legales de la cláusula rebus sic stantibus²⁰³⁷ en el ámbito del empleo público laboral.

²⁰³³ Señala FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.21, que “la ubicación del nuevo precepto no es aleatoria, se podía haber situado en el art.38.10 EBEP... sin embargo se prefirió el art.32.2 EBEP quizá para remarcar que de la remisión en bloque a la normativa social queda excluido este excepcional supuesto, donde el interés general hace que deban caminar de la mano funcionarios y laborales, pero no para negociar, sino justamente para lo contrario, para modificar o suspender la aplicación de lo previamente convenido”. El legislador decide extender la aplicación de esta herramienta al personal laboral, en la lógica de que “si la finalidad de la misma es proteger el gasto de personal en su conjunto...afecta por igual a ambos de empleados públicos”.

²⁰³⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit., pág.37, apunta como, a pesar de la existencia de este “doble tipo de políticas reformadoras aplicables al personal laboral por su condición de trabajadores regidos por el contrato de trabajo y, al mismo tiempo, por su condición de empleados públicos al servicio de la Administración Pública quedan afectados por las medidas de contención y reducción de gastos de personal de los presupuestos de tales entidades públicas”, las Administraciones no suelen recurrir a las medidas de flexibilidad interna que facilita la legislación laboral por su inadecuación a un empleador tan particular. También subraya RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad...op.cit.,pág.126, como resultan medidas más “eficientes” e “incisivas” las destinadas a la reducción de los costes de personal en el empleo público que las previstas en la legislación laboral, concebidas genéricamente, no teniendo como destinatario específico a la Administración.

²⁰³⁵ Unilateralidad “completamente inaceptable” en un empresario laboral que no sea la Administración Pública, en GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág.423. Para DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y...op.cit.*,pág.72, aunque el precepto limita la negociación colectiva, en ningún caso puede pensarse en “una vuelta a la unilateralidad de la determinación de las condiciones de trabajo” en la Administración Pública. Reconoce LAHERA FORTEZA, J.: “La negociación colectiva del...op.cit.,pág.1019, que se hace prevalecer el interés general, la estabilidad financiera y la corrección del déficit público sobre lo negociado colectivamente tanto con funcionarios como con laborales.

²⁰³⁶ De ningún modo puede considerarse equivalente del art.41.6 ET, GONZALO BENDICHO, A. Y CALVO BORJA, O.: “Incidencia en la Administración local de las recientes actuaciones normativas en materia de medidas de racionalización y modificación de las relaciones laborales en el sector público”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág.148.

²⁰³⁷ En la doctrina civil, existen al respecto diversas teorías de la cláusula rebus sic stantibus; de la imprevisión; de la excesiva onerosidad de la prestación; o la de la desaparición de la base del negocio,

Cláusula de la que, en cualquier caso, debe hacerse una aplicación restrictiva y excepcional puesto que ofrece una justificación al incumplimiento del principio *pacta sunt servanda*. Tanto es así que, tradicionalmente, la Jurisprudencia civil ha exigido unos requisitos sumamente rigurosos: una alteración extraordinaria de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de celebrar el contrato; una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, producida por esas nuevas circunstancias entre las partes contratantes, cuyo equilibrio se ve aniquilado; y que esas circunstancias que sobrevienen sean radicalmente imprevisibles para las partes, en el momento de celebración del contrato. De estas exigencias del ámbito civil, se hace eco la Jurisprudencia social, para limitar las excepciones al principio *pacta sunt servanda* a supuestos extraordinarios en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto²⁰³⁸. Y como reconoce el Tribunal Supremo, si esta cláusula *rebus sic stantibus* plantea dificultades aplicativas en el ámbito civil, éstas son mayores en el Derecho del Trabajo en tanto que este sector del ordenamiento dispone de reglas específicas para modificar las condiciones del contrato de trabajo (art.39 a 41 ET) y además debido a la singularidad del convenio colectivo como fuente del Derecho, al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte²⁰³⁹. Es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevinida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y más singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. Para los Tribunales, esta teoría únicamente cabe aplicarla, y siempre restrictivamente, cuando se trate de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE. Pero incluso, aún tratándose de condición individual de trabajo, la citada cláusula *rebus sic stantibus* habría de invocarse como

conforme a las cuales se posibilitaría la extinción o modificación de la relación obligatoria si se alteraran de modo trascendente e imprevisible las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes como necesarias para su desarrollo o para alcanzar el fin por ellas perseguido (STS 26/4/2007 rec.84/2006). FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit., pág.19, señala que el art.32.2 y 38.10 EBEP introducen un *ius variandi* por razones de interés general -“una válvula de seguridad semejante a la existente en la contratación pública”- y es que la Administración goza de la auctoritas “necesaria para convertir lo bilateral en unilateral, presupuesto que no concurre en la contratación laboral privada”.

²⁰³⁸ SSTS 11/03/1998 rec.2616/1997 y 16/04/1999 rec. 2865/1998.

²⁰³⁹ STS 10/6/2003 rec. 76/2002.

causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la empresa²⁰⁴⁰.

Con este art.32.2 EBEP nos encontramos ante la concesión a la Administración Pública de un mecanismo específico de descuelgue unilateral de los convenios colectivos y acuerdos, no sometido a los mecanismos generales, condicionado, eso sí, a la concurrencia de circunstancias excepcionales. Un mecanismo de descuelgue aplicable a los convenios propios o de empresa –en realidad un autodescuelgue –.

En cuanto a su concreto contenido, el precepto comienza garantizando el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos²⁰⁴¹ que afecten al personal laboral. En este sentido, recuérdese que el derecho a la negociación colectiva se reconoce en el art.15.b y 31 EBEP a todos los empleados públicos. El derecho a la negociación colectiva del personal laboral, que tiene su fundamento constitucional en el art.37.1 CE, se rige por la legislación laboral (Título III ET), sin perjuicio de los artículos del EBEP que le resulten de aplicación (art.32.1 EBEP)²⁰⁴². Los convenios colectivos son fuente de regulación de las condiciones de trabajo que tienen reconocida fuerza vinculante; si bien, el art.32.2 EBEP, tras esta declaración inicial, reconoce la posibilidad de suspender o modificar esos convenios colectivos y acuerdos ya firmados.

Como no podía ser de otra manera, esa posibilidad de modificar unilateralmente por la Administración Pública empleadora lo pactado en negociación colectiva, con lo que ello supone de menoscabo para el derecho constitucional a la negociación colectiva, ha de someterse a límites. Por ello, estamos ante una posibilidad de uso excepcional²⁰⁴³, que en ningún caso puede convertirse en un recurso ordinario por parte de la Administración Pública, y que se utiliza con el objeto de restaurar ese interés público que

²⁰⁴⁰ SSTS 19/03/2001 rec. u.d. 1573/2000 ; 26/4/2007 rec.84/2006 ; 14/10/2008 rec.129/2007. Como estudia TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit., pág.37.

²⁰⁴¹ A juicio de BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y...op.cit.*,pág.393, el EBEP es mucho más concreto cuando se refiere a los pactos y acuerdos de funcionarios, porque son instrumentos que aparecen definidos en el EBEP. Sin embargo la expresión “acuerdo” para el personal laboral incluiría diversos instrumentos gestados por la negociación colectiva estatutaria e incluso extraestatutaria.

²⁰⁴² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.20, recuerda que los preceptos del EBEP que se aplican a la negociación del personal laboral de la Administración son los relacionados con las materias incluidas y excluidas de negociación, el respeto a las limitaciones establecidas por la normativa presupuestaria en materia de retribución, la referencia a las mesas generales de negociación,...

²⁰⁴³ De su precedente, el art.38.10 EBEP, la Comisión Expertos EBEP señaló que no debería interpretarse extensivamente so pena de desvirtuar el libre ejercicio de la negociación colectiva. Sólo debería aplicarse en el caso de ausencia de otras soluciones menos traumáticas, como apunta MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.131.

coyunturalmente se encuentra amenazado (art.103 CE). Posibilidad de uso excepcional ante una situación excepcional que afecte gravemente²⁰⁴⁴ al interés público por lo que, para protegerlo, se adopta la decisión de suspender o modificar lo pactado colectivamente.

Esa amenaza al interés público – “*bien común defendido por la acción administrativa*”²⁰⁴⁵ y que debe prevalecer sobre el interés privado de los empleados públicos afectados - se deriva única y exclusivamente de una *alteración sustancial de las circunstancias económicas*, en la línea de los art.51.1 y 82.3 ET. Luego ni el art.32.2 EBEP, ni su “mellizo” el art.38.10 EBEP, permiten la inaplicación de lo pactado colectivamente si el interés público se ve afectado por otro tipo de circunstancias, esto es, no económicas. Si se tratase de circunstancias técnicas, organizativas o de producción – o incluso sociales o políticas- la Administración Pública siempre podría recurrir al art.82.3 ET, aunque lo cierto es que casi todo puede llegar a reconducirse a causas económicas²⁰⁴⁶.

La alteración de la situación económica ha de ser real o actual²⁰⁴⁷, no potencial o futurible y no debió resultar previsible²⁰⁴⁸ en el momento de suscribir el pacto o acuerdo “*porque de haberse previsto o conocido entonces el pacto o acuerdo no debió haberse aceptado*”, o se hubiera negociado en otros términos, esto es, ha de ser sobrevenida²⁰⁴⁹.

Esa alteración ha de provocar un cambio respecto de las condiciones iniciales en las que se celebró y resultar extremadamente onerosa para la Administración²⁰⁵⁰. Esto es,

²⁰⁴⁴ La gravedad ha de justificar la afección a derecho como el de libertad sindical, negociación colectiva o de seguridad jurídica, vid BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.396.

²⁰⁴⁵ GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.540.

²⁰⁴⁶ BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y...op.cit.*,pág.396 y 398.

²⁰⁴⁷ Como recoge MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*, pág.134, exige que la alteración grave de las circunstancias económicas tenga lugar mientras está vigente el convenio colectivo.

²⁰⁴⁸ En relación con la exigencia de imprevisibilidad de la alteración sustancial de las circunstancias económicas, BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...op.cit.*,pág.399, interpreta que también sería admisible cuando en el momento de la negociación, pese a existir indicios o dudas, no se tuviese la completa certeza de que la Administración Pública iba a terminar llegando a esa situación.

²⁰⁴⁹ MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.132.

²⁰⁵⁰ Para ROQUETA BUJ, R.: “El deber de...op.cit.,pág.22, supone una alteración excepcional de la base económica del negocio. Por ejemplo, vid STSJ Aragón 21/7/2014, la grave situación de crisis económica genera una fuerte caída de la actividad económica y una fuerte bajada en la recaudación. También, STSJ Baleares c-advº Baleares 24/7/2012 rec.725/2011: la situación de extrema y urgente necesidad...y también la distinta situación económica que se disfrutaba en el momento de adoptarse el Acuerdo ahora suspendido, no resulta cuestionable...obligan a afrontar y buscar soluciones expeditivas para reducir el déficit público, pues debido a la falta de ingresos ya no es posible afrontar ni soportar los gastos a los que éste se obligó en otros tiempos de bonanza económica... no es posible costear o sufragar unos derechos reconocidos superiores a los derechos que la ley dispone, reconocimiento concertado en su día bajo circunstancias económicas favorables, muy distintas a las que ahora atravesamos. En la realidad económica actual tales derechos y beneficios no son económicamente sostenibles. Y la suspensión de la aplicación de esos

ha de revestir el carácter de sustancial lo que supone que ha de ser lo suficientemente importante como para motivar la suspensión o modificación unilateral del convenio colectivo. No cualquier alteración será presupuesto para que la Administración Pública pueda recurrir al art.32.2 y 38.10 EBEP²⁰⁵¹.

No cabe duda que nos encontramos ante un precepto trufado de conceptos jurídicos indeterminados que no dejan de provocar inseguridad jurídica²⁰⁵². La expresión “*causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas*”, pese a las puntualizaciones que hemos recordado – actual, sobrevenida,...- resulta demasiado espaciosa y, si la causa que justifica la utilización por la Administración de estos preceptos es tan imprecisa, facilita su uso ya que no tendrá demasiado problema en vincular la adopción del descuelgue con la mencionada situación económica²⁰⁵³.

Tanto es así que el último párrafo de este art.32.2 EBEP intentaba proporcionar un ejemplo de “*causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas*”, indicando que se estaría ante esa situación cuando las Administraciones Públicas debiesen adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. Ese apéndice es suprimido del precepto

beneficios pactados, en aras a conseguir un equilibrio de los ingresos y gastos con la consiguiente reducción del déficit público, no supone una vulneración de su derecho fundamental de libertad sindical.

²⁰⁵¹ Para GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.540, “*la causa esgrimida ha de ser lo suficientemente grave para justificar la medida*”. Por ejemplo, “*la necesidad objetiva de reducir o suprimir algunas prestaciones de la cartera de servicios, lo que obliga correlativamente a adoptar medidas adicionales que recaen sobre el Capítulo I... la imposibilidad de hacer frente a los pagos de proveedores, a las nóminas o a cualquier otra transferencia*”, vid JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.”,pág.54.

²⁰⁵² Términos genéricos e indeterminados, un peligro para la seguridad jurídica, como reconoce FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.”,pág.23. Tanto en el art.32.2 como en el 38.10 EBEP se aprecia un claro desequilibrio en favor de la Administración empleadora, en coherencia con el papel que la CE le atribuye, que puede dejar de aplicar lo pactado con sus empleados públicos por medio de un procedimiento que le concede amplia libertad. También vid TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit.”,pág.35; MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.131.

²⁰⁵³ SSTSJ C-advo Madrid 6/7/2011 rec.1695/2010 y 30/6/2011 rec.1751/2010: la Administración ha actuado conforme al art.38.10 EBEP ya que concurren circunstancias económicas imprevisibles y sobrevenidas que justifican la suspensión parcial de la aplicación de las cláusulas de contenido económico del Acuerdo Gobierno-Sindicatos de 25 de Septiembre de 2009 por razones de interés público, sin que exista obstáculo para que dicha suspensión de lo acordado se haga mediante la vía prevista en el art.86 CE, siempre, claro es, que se cuente con los requisitos positivos y negativos exigido por dicho precepto para aprobar Reales Decretos Leyes. La gravedad e intensidad de la crisis, y el carácter urgente de reducir el déficit público, hace que no sea posible mantener las medidas retributivas acordadas. Como estudia FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.”,pág.23, que “*no debería tratarse de una causalidad a merced de quien la invoca... sin embargo acaba siendo así con solo mentar la contención del déficit público en un panorama de Administraciones, por lo general gravemente endeudadas*”.

por la DF 24.1 *Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023*. Ahora bien, entendemos que lo que se suprime del texto legal es tan solo un ejemplo expreso de esta situación y de ello no puede deducirse que si la Administración Pública ha de adoptar esas medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o el déficit público, no pueda acudir a la aplicación del art.32.2 EBEP²⁰⁵⁴. Otro ejemplo de alteración sustancial de las circunstancias económicas que asimismo sería causa de suspensión o modificación del convenio colectivo, por parte de la Administración Pública, “cuando la Administración sea objeto de una advertencia de riesgo de incumplimiento de objetivo de estabilidad presupuestaria por parte del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas” (art. 19 y ss y DA 1ª LOEPSF)²⁰⁵⁵.

La inaplicación del convenio colectivo a la que faculta el art.32.2 EBEP puede consistir en una modificación o en una suspensión que, obviamente, no ha de afectar a todo el convenio colectivo²⁰⁵⁶ sino únicamente a aquellas cláusulas que sea necesario suspender o modificar para salvaguardar el interés público²⁰⁵⁷.

La suspensión – detener o diferir por algún tiempo alguna acción u obra (RAE) – parece ser menos nociva para los intereses de los empleados públicos pues supondría dejar sin efecto, temporalmente, alguna/s de las materias o cláusulas pactadas con la Administración Pública. La modificación - transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características (RAE) – por lógica, es más agresiva ya que, además de inaplicar o dejar de cumplir unilateralmente lo previamente pactado, es sustituido por otro clausulado

²⁰⁵⁴En opinión de GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág.543, la sola existencia del plan de ajuste no puede servir de pretexto para aplicar el art.32.2 EBEP sino que habría de probarse la vinculación entre el plan y las medidas a adoptar para salvaguardar el interés público.

²⁰⁵⁵ Vid GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*,pág. 542. Por otras, SSTSJ Aragón 11/10/2017 rec.476/2017; Castilla La Mancha 30/3/2017 rec. 612/2016 FJ 3º; 27/1/2017 rec.220/2016 FJ 3º; 1/2/2017 rec. 223/2016; 30/1/2017 rec.219/2016;...

²⁰⁵⁶ Para GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*pág.538, no resultaría admisible la suspensión o modificación de la totalidad de lo acordado porque quedarían afectados el principio de intervención mínima y el de buena fe, que necesariamente han de regir la negociación colectiva de los empleados públicos. Sería tanto como pactar y después desdecirse de todo lo pactado.

²⁰⁵⁷ Subraya GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “La suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo en el sector público” en GOMÉZ MUÑOZ, M. (coord.): *Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público*, XXIII Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, 2015, pág.139, que ha de regir aquí el principio de necesidad o indispensabilidad dado que hay que intentar que la medida restrictiva propuesta por la Administración sea indispensable para la consecución para salvaguardar el interés público. Esto es, que no haya otra “que consiguiendo los mismos objetivos, esto es, siendo igual de eficaz, sea menos gravosa para los trabajadores”.

unilateralmente decidido o impuesto por la Administración Pública²⁰⁵⁸. Siendo esto así, la justificación para llevar a cabo la modificación debería ser mucho más intensa puesto que mayor es su efecto sobre el convenio colectivo – *“debe justificarse cabalmente la necesidad objetiva de la medida que se pretende y cuáles son los resultados beneficiosos que se pretende conseguir”*²⁰⁵⁹–.

La duración de la medida, sin duda, ha de estar limitada en el tiempo ya que, tanto material como temporalmente rige aquí el principio de intervención mínima. La norma utiliza los términos *“excepcionalmente”* y *“en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”*, por lo que los efectos de la aplicación del art.32.2 EBEP deberán cesar cuando desaparezca o se minore la causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las condiciones económicas o cuando el convenio colectivo que se inaplica con la misma, pierda su vigencia (la medida se mantendrá, como mucho, en tanto en cuanto tenga vigencia el convenio colectivo sobre la que se aplica). La suspensión, por definición, es algo coyuntural; de la modificación no se indica su carácter definitivo o no, pero cabe deducirse también de la excepcionalidad de la medida y de las expresiones que se utilizan –vigencia de la medida mientras persista la alteración de la situación económica²⁰⁶⁰–. Puede colegirse que la suspensión, como máximo, se mantendrá por ejercicios presupuestarios o *“por lo que reste de ellos a partir de su adopción y se extenderá hasta la aprobación de los presupuestos del ejercicio siguiente”*; por su parte, la modificación se extendería durante el tiempo de vigencia que le reste al convenio²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁸ Lo que podría recordarnos la posibilidad recogida en el art.38.7 EBEP de que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas puedan establecer, unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios cuando no se llega a acuerdo en la negociación colectiva o se agotan los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Aunque puntualiza BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y...op.cit.*,pág.401, que este precepto habilita a la Administración a modificar el cumplimiento del convenio – para lo cual cuenta con la vía del art.82.3 ET-, pero no a darle nueva redacción pues podría incurrir en un exceso competencial.

²⁰⁵⁹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *“Debilidades del marco...op.cit.,pág.56, habla de motivación adicional o reforzada. Dada la redacción del precepto, entiende que un órgano de gobierno podría simultáneamente suspender y modificar el contenido de un convenio colectivo.*

²⁰⁶⁰ Para MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.,pág.134-135, “una mejora de las circunstancias económicas que justificaron la actuación administrativa obliga a una revisión de la medida adoptada que, en el mejor de los casos, podrá suponer el retorno a la situación de origen, esto es, a la aplicación en su plenitud del pacto o acuerdo...”*

²⁰⁶¹ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: *“Debilidades del marco...op.cit., pág.56. STS c-advd 24/6/2013 rec. 434/2012 resuelve que, teniendo en cuenta la magnitud de la crisis económica que ha originado la excepcional situación existente no es desproporcionada la suspensión dispuesta: veinticuatro meses.*

En cuanto al alcance de la modificación o suspensión, la decisión no irá más allá de lo estrictamente necesario para salvaguardar el interés público (principio de intervención mínima), con lo que volvemos a toparnos con otro concepto jurídico indeterminado²⁰⁶². Así pues, el alcance de la medida de inaplicación de lo acordado colectivamente, lo establece “*precisamente esta meta, pues habrán de ceñir su operatividad a la medida estrictamente necesaria para conseguir el resultado*”²⁰⁶³. Las medidas adoptadas han de guardar la necesaria proporcionalidad, “*careciendo de justificación legal las que excedan de lo estrictamente necesario para la salvaguarda del interés público, por tratarse de una actuación excepcional que debe tener carácter restrictivo*”.

Las materias o cláusulas del convenio colectivo afectadas por la modificación o suspensión deben estar conectadas con la alteración sustancial de las circunstancias económicas y contribuir a la salvaguarda del interés público²⁰⁶⁴. Se trataría de aquellas cláusulas del convenio relacionadas o vinculadas directamente con costes laborales (gastos de personal). Normalmente, pero no exclusivamente, retribuciones salariales o complementos extrasalariales o mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social²⁰⁶⁵ porque puede afectar a otros contenidos negociales que de forma colateral tengan también repercusión económica- por ejemplo, el crédito sindical reconocido por encima del mínimo previsto legalmente²⁰⁶⁶-.

La doctrina no ve problema en que se utilice el art.32.2 EBEP para la inaplicación de cualquier condición de trabajo aunque no esté prevista expresamente en el EBEP como objeto de negociación colectiva²⁰⁶⁷. En este sentido, el EBEP no llega a concretar las materias concretas a las que puede afectar esta herramienta por lo que podría alcanzar a

²⁰⁶² GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág.538.

²⁰⁶³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.”, pág.22.

²⁰⁶⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica y...op.cit.pág.43. Obvia recordar que no cabrá modificar o suspender las cláusulas convencionales que reproduzcan normativa laboral, vid BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y...op.cit.*, pág.393.

²⁰⁶⁵ STSJ Andalucía 23/1/2014 rec.1607/2013

²⁰⁶⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit.,pág.53. Dado que son causas económicas las que van a valorarse a la hora de tomar la decisión de aplicar el art.32.2 EBEP, MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Bomarzo, 2014, pág.141, considera que “*únicamente las condiciones de trabajo que tengan conexión directa con los costes económicos pueden ser afectadas por la técnica dispositiva. No solo retribuciones salariales y extrasalariales, sino también aquellos contenidos convencionales que afecten de forma inmediata a los costes de personal*”. En la STSJ Castilla y León Burgos 9/10/2015 rec. 585/2015, se resuelve que no es posible aplicar el art.32.2 EBEP ya que el reconocimiento de un premio de jubilación, de naturaleza indemnizatoria y no una contraprestación económica por el desempeño profesional que se deben necesariamente con regularidad periódica, no produce un incremento de la masa salarial. No habiendo habido ningún incremento de costes su abono no contraviene la Ley 20/2012.

²⁰⁶⁷ En MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.130.

cualquier cláusula del convenio, si bien lo razonable, sentado lo anterior, sería que tuviesen cierto impacto económico financiero²⁰⁶⁸.

La decisión de suspender o modificar el cumplimiento de los convenios o acuerdos ya firmados corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Esto es, la medida de suspender o modificar el contenido de un convenio colectivo sólo puede tomarse *“por el órgano máximo de cada Administración Pública y no por cualquier otro que, en su momento, pudiera haber suscrito el acuerdo o pacto...”* Ni es cualquier órgano administrativo, ni tampoco *“el poder político con legitimidad para dictar normas con rango de ley”*²⁰⁶⁹. Es aquel que pueda ejercitar potestades organizativas en materia de gestión de personal²⁰⁷⁰. Aquel que pueda decidir en qué medida el gasto público debe ser recortado para contribuir a la salvaguarda del interés general y qué partidas se verán afectadas, entre ellas los gastos de personal²⁰⁷¹ – que suelen constituir una partida considerable en los presupuestos de cualquier ente administrativo –. Si bien la expresión *“órganos de gobierno”* puede dar cabida a *“diferentes formulaciones institucionales”*, excluye a los Parlamentos o cámaras legislativas²⁰⁷². La locución incluiría tanto al Gobierno del Estado o Consejo de Ministros en la Administración General del Estado; los Consejos de gobierno en las Comunidades Autónomas y *“la Junta de Gobierno Local de los municipios de gran población y a los plenos de los Ayuntamientos de régimen común y las Diputaciones Provinciales”*²⁰⁷³. Sorprende la capacidad que tanto el art.32.2 como el 38.10 EBEP reconocen a los órganos de gobierno central, autonómico o local – *“pueden incumplir o inaplicar temporalmente lo pactado y modificar lo acordado... esto es, tienen capacidad para alterar el contenido de lo previamente acordado con los representantes de los trabajadores, estableciendo una*

²⁰⁶⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,pág.58

²⁰⁶⁹ MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.126.

²⁰⁷⁰ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y...op.cit.*,pág.74.

²⁰⁷¹ MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.141.

²⁰⁷² JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.pág.58.

²⁰⁷³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,. Apuntan GONZALO BENDICHO, A. Y CALVO BORJA, O.: “Incidencia en la...op.cit.,pág.148, que en la Administración Local debe ser el Pleno puesto que es quien ratifica los convenios colectivos – ej. art.29 Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón-. SSTSJ Aragón 19/1/2014 rec.639/2014; 21/7/2014 rec.407/2014.En el caso de la Universidad Pública hay que entender que el órgano de gobierno competente para aplicar el art.32.2 EBEP es el Consejo de Gobierno, y no el Rector, como defiende la STSJ Cantabria 15/5/2015 rec.94/2015.

*regulación diferente que no ha sido negociada previamente y que es fruto de la actuación unilateral de la Administración*²⁰⁷⁴-.

Reparemos ahora brevemente en la decisión de suspender o modificar el contenido del convenio colectivo por el órgano gobierno de una Administración Pública. Estamos ante una decisión de un órgano administrativo que, facultado por una ley (art.32.2 EBEP), dispone la inaplicación temporal de parte del clausulado de un convenio colectivo²⁰⁷⁵. Se trata de un acto administrativo motivado que recoge una “*decisión en materia de gestión de los recursos humanos de la Administración Pública*”, por lo que parte de la doctrina entiende que “no se trata meramente de un acto de voluntad política”, sino de un “*acto en ejercicio de las competencias autoorganizativas de la Administración Pública pero el reconocimiento de dicha potestad no puede confundirse con discrecionalidad*”²⁰⁷⁶. No se está ante un acto discrecional sino motivado o reglado, esto es, la decisión de inaplicación del órgano de gobierno se somete a los principios de legalidad en la actuación y sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art.9.103 y 106 CE, vid Ley 39/2015 y 40/2015). Debe justificarse y documentarse²⁰⁷⁷. La adopción de tan impactante decisión en las condiciones de trabajo de los empleados públicos deberá, por una parte, justificarse en la existencia de una excepcional situación de causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas (conexión causal de la

²⁰⁷⁴ Se plantea GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*, pág.539, la posibilidad de hacer partícipes de esta decisión de suspensión o modificación a los representantes de los trabajadores, dado que no lo impide el tenor literal de estos preceptos: “*el hecho de que se reconozca una determinada capacidad a los órganos de gobierno no supone que los mismos deban utilizarla obligatoriamente de manera unilateral...*”

²⁰⁷⁵ Como observa la doctrina, “*una cosa es que una norma o un decreto ley suspenda o modifique una determinada condición de trabajo pactada en un convenio colectivo en vigor y otra muy diferente que haya una norma dentro de nuestro ordenamiento que avale la suspensión o modificación de los convenios colectivos como parte del régimen jurídico aplicable a los mismos, como hace el art.32 .2 EBEP*”, vid RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “*Jerarquía normativa vs...*op.cit., pág.39. Conforme al actual art.29 Ley 39/2015 es imprescindible la aprobación por el órgano de gobierno de la modificación o suspensión, en otro caso estaríamos ante un acto nulo de pleno derecho por infringir por violentar la normativa aplicable y atacar al derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, vid ROQUETA BUJ, R.: “*El deber de...*op.cit.,pág. 20.

²⁰⁷⁶ Para TOLOSA TRIBIÑO, C.: “*La crisis económica...op.cit.*, pág.43, “*no puede convertirse en una mera declaración irrelevante, que permita una libre apreciación de su concurrencia por parte del órgano que la adopta y a la postre una plena discrecionalidad inaplicativa*”.

²⁰⁷⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “*El párrafo segundo...op.cit.*,pág.25, recuerda que “*motivar un acto consiste en reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge...*cuando la motivación es insuficiente se estará atentando contra los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contemplados en los art.93 y 103 CE y se estará comprometiendo grave y fatalmente el derecho a la tutela judicial efectiva art.24.1 CE”. TOLOSA TRIBIÑO, C.: “*La crisis económica...op.cit.*,pág.40.

adopción de las medidas con la alteración sustancial circunstancias económicas)²⁰⁷⁸; argumentar la inexistencia de alternativas menos traumáticas a la adopción de tales medidas de inaplicación del convenio colectivo; y justificar la proporcionalidad (intensidad) de las medidas para superar tal situación de riesgo para el interés público y determinar la duración de las mismas, que deberá ser la imprescindible para retornar a esa situación de seguridad para el interés público²⁰⁷⁹. Como apunta la doctrina, la Administración Pública que adopta la decisión de aplicar el art.32.2 EBEP ha de “justificar y acreditar, con informes y datos, con carácter previo a la puesta en práctica de dicha decisión”²⁰⁸⁰.

Del tenor del precepto resulta forzoso – para que la resolución administrativa sea válida- que el acuerdo de inaplicación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad²⁰⁸¹, debiendo existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal ente las circunstancias justificativas, el contenido o intensidad de las medidas que se adoptan, así como su alcance temporal. Precizando que su adopción se rige por el principio de necesidad, que implica que no exista otra medida que consiguiendo los mismos objetivos sea menos

²⁰⁷⁸ Entienden que no queda justificada la causa de suspensión o modificación del precepto convencional, entre otras, la STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife 20/7/2017 rec.1028/2015, resuelve que no consta una situación excepcional que justifique la adopción del art.32.2 EBEP. Por lo tanto, en el plan de ajuste adoptado por el Ayuntamiento no se preveía ninguna medida de modificación o suspensión de las retribuciones del personal laboral que se estimara de aplicación necesaria para la corrección del déficit público. En la misma línea, pueden consultarse SSTSJ Castilla León Burgos 9/10/2015 rec.585/2015; Cantabria 15/5/2015 rec.94/2015;...

²⁰⁷⁹ Recuerda MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.141, que “no es legítima cualquier intervención administrativa invasiva de la negociación colectiva porque como afirma la STC 92/1992...la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, ni implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenio colectivo, lo que no solo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art.9.3 CE...” STS 28/9/2011 rec. 25/2011: “dados los términos de excepcionalidad en que está redactado el precepto, 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 acreditación. Vid también STSJ Canarias 26/6/2015 rec.57/2014 en la que se entiende que la Administración debería haber alegado y justificado, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación, la causa grave de interés público y la necesidad de suspensión o modificación del convenio colectivo para salvaguardarlo.

²⁰⁸⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...op.cit.,pág.40. También FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.25. Opina BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...op.cit.*, pág.404, que aunque la norma no esté obligando a ello, resultaría interesante incluir tal decisión de suspender o modificar lo negociado en convenio colectivo en un plan de ajuste, de empleo o instrumento semejante.

²⁰⁸¹ Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.24.

gravosa para los trabajadores, como se desprende de la propia dicción del precepto al utilizar la expresión “*en la medida estrictamente necesaria*”²⁰⁸².

Al encontrarnos con un acto reglado, va a ser controlable por los Tribunales tanto en lo que se refiere a los requisitos de procedimiento como a la causa justificativa del mismo²⁰⁸³. Ya se ha dicho que el control judicial se centrará en comprobar que se cumplen estos mínimos requisitos formales y esta relación de causalidad. Las exigencias establecidas en el art.32.2 EBEP para acordar dicha medida - “*excepcionalidad, causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público*” - no pueden constituir una cláusula o expresión vacía de significado, sino que constituyen un límite jurídico a la actuación de la Administración controlable por los Tribunales, en este caso por la Jurisdicción social, que deberán analizar en cada caso si se afecta al derecho reconocido en el art. 37.1 CE de la negociación colectiva y la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos que implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática²⁰⁸⁴. Sin embargo, los Tribunales no serán competentes para “*valorar si para la corrección del déficit público o para asegurar la estabilidad presupuestaria es preferible o no adoptar otras medidas que no supongan la suspensión o modificación del convenio colectivo en vigor*”²⁰⁸⁵. No obstante, dada la literalidad de la norma tanto en la relativo a la indeterminación de los requisitos causales²⁰⁸⁶ como en la simplicidad de los procedimentales, será complicado resolver la ilicitud de una decisión de este tipo por el órgano de gobierno correspondiente²⁰⁸⁷

²⁰⁸² STSJ C-advo Castilla la Mancha 21/3/2012 rec.832/2011. Vid FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.24.

²⁰⁸³ Recuerda ROQUETA BUJ, R.: *La reestructuración de...op.cit.*,pág.46, que “*si el pacto o el acuerdo se revocan unilateralmente sin información a las organizaciones sindicales que lo suscribieron ni motivación alguna, la resolución administrativa vulnerará el derecho a la libertad sindical procediendo en consecuencia la declaración de nulidad de pleno derecho*”.

²⁰⁸⁴ STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife 20/7/2017 rec.1028/2015.

²⁰⁸⁵ MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*,pág.145.

²⁰⁸⁶ JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit.,, pág.55, ante la parquedad de la norma a ellos les corresponde ir delimitando el alcance de la misma. “*El hecho de que la Administración haya debido tramitar y adoptar uno de los planes de ajuste, reequilibrio o económico financiero, permite una cómoda prueba a la Administración de la existencia de causa justificadora del incumplimiento*” en GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.*pág.543

²⁰⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de...op.cit, pág.55.

Como tanto el art.32.2 EBEP como el art.38.10 EBEP exigen causa grave de interés público derivada de una alteración de las circunstancias económicas, existiendo esa alteración sustancial de las condiciones económicas que coloca en riesgo grave al interés público, nos preguntamos si la Administración Pública que decide dejar sin efecto el contenido de lo pactado colectivamente, debe hacerlo simultánea y obligatoriamente sobre funcionarios y laborales o cabe la posibilidad de que queden afectados solo uno de estos colectivos, manteniendo intactas las condiciones de trabajo del otro. Esto último, entendemos que no tendría demasiado sentido ya que podría ser considerado un grave agravio comparativo al condicionar el sacrificio al régimen jurídico regulador de la prestación de servicios, dificultando la gestión de los recursos humanos.

En relación con los requisitos formales y, pese a la trascendencia de los efectos que la aplicación del art.32.2 EBEP produce, el precepto solo exige a las Administraciones Públicas que informen a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación²⁰⁸⁸. Tal parquedad de la norma, parece otorgar amplia libertad al órgano de gobierno en su actuación y, en principio, podría suponerse que bastaría con una mera información de las causas de suspensión o modificación, incluso con carácter posterior a la adopción de la medida²⁰⁸⁹. Sin embargo, la lógica y la buena fe parecen recomendar que la información o comunicación se facilite con carácter previo a la puesta en marcha o adopción de la medida.

El contenido de la información debería incluir la causa grave que justifica el recurso excepcional a la aplicación de la suspensión o modificación pero también concretar el contenido de la medida que se va a adoptar - *“una suficiente y motivada referencia a las partes concretas del acuerdo, pacto o convenio que van a quedar suspendidas y una explicación motivada acerca de cuáles son las circunstancias excepcionales que justifican la decisión...”*²⁰⁹⁰ – porque, eso será verdaderamente lo que pueda generar inquietud a sus representados (el empeoramiento de sus condiciones de trabajo) y su nexos o vinculación con la causa grave de interés público, justificar o motivar la necesidad de su adopción para conseguir el objetivo que se pretende (en qué medida va a favorecer al

²⁰⁸⁸ Repasa los paralelismos y diferencias entre el art.32.2 EBEP y el art.83.2 ET, MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...op.cit.*, pág.137, quien advierte de la mayor facilidad formal para aplicar el art.32.2 EBEP frente al procedimiento del art.83.2 ET.

²⁰⁸⁹ Al sindicato se le coloca en una posición de sujeto pasivo, un mero receptor de información, como si se quisiera mermar las funciones que les reconoce el ET en opinión de GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “La suspensión o...op.cit., pág.139.

²⁰⁹⁰ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y...op.cit.*,pág.74.

interés público) y resultar proporcional para ello, además de establecer el ámbito temporal de la misma²⁰⁹¹. Los Tribunales dejan claro que no basta con la mera notificación del acuerdo de suspensión o modificación, sino que se requiere la exposición de los concretos motivos que llevan a tal decisión, siendo insuficiente aquella comunicación que carezca de cualquier referencia a dato económico financiero u organizativo del que pudiera deducirse la situación que a juicio de la Administración Pública justificaba una modificación del alcance de la que se llevaba a cabo²⁰⁹².

No se hace ninguna referencia al procedimiento para llevar a cabo tal información sin embargo hay que descartar que se esté “*ante un procedimiento de consulta*” o “*que las organizaciones sindicales puedan emitir informe*” alguno, aunque lo deseable hubiese sido la apertura de un periodo de negociación para intentar lograr un acuerdo de inaplicación²⁰⁹³.

El precepto habla de una obligación de información, que será genéricamente subsumible en el art. 64 ET, pero que no se asocia a ninguna facultad de la representación social en la toma de la decisión, que no es fruto de la negociación, sino como ya hemos dicho reiteradamente, de carácter unilateral. Esto es, puede hablarse de una obligación

²⁰⁹¹ Para MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...* op.cit.,pág.133, “*aun cuando con la simple notificación del acto (información a posteriori) parece que pueda considerarse satisfecha la obligación legal, lo lógico sería que la Administración Pública justifique e informe de la necesidad de acudir a la medida antes de su adopción definitiva, cuya necesidad, motivación, causalidad y proporcionalidad determinará, a la postre, su cobertura legal. No es admisible, dar por cumplida la obligación legal de informar de la derogación unilateral o incumplimiento del acuerdo alcanzado por las organizaciones sindicales, con la simple publicación de la resolución administrativa que lo deja sin efecto en el diario o boletín oficial correspondiente...*” TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica...” op.cit.,pág.43. La Jurisprudencia (SSTS 20/11/2009, 3/11/2010 rec 1069/09, 25/1/2012 rec. 986/2011, 20/1/2012 rec. 492/2011, 24/6/2013 rec. 434/2012) exige que la comunicación deba ser motivada y previa a la adopción de la medida por la Administración Pública.

²⁰⁹² STSJ Canarias Santa Cruz de Tenerife 20/7/2017 rec.1028/2015.

²⁰⁹³ Quizás para facilitar agilidad a la introducción de esta medida, y para intentar minorar la oposición a la misma se opta por un trámite tan simple. Mucho más sencillo que el recogido en el art.82.3 ET. Lamenta MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...* op.cit.,pág.144, que se opte “*por el mecanismo más débil de participación de los empleados públicos, sin exigir...ningún proceso previo de negociación o consulta con los representantes de los trabajadores...lo deseable hubiera sido no solo informar sino abrir un proceso previo de negociación para intentar lograr un acuerdo...*” En opinión de GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...* op.cit.,pág.638, “*nada impide que pueda abrirse un período de negociación para establecer las modificaciones que garanticen el equilibrio en la estricta medida del interés público y el sacrificio de los empleados públicos laborales en sus condiciones de trabajo y reduzca el margen de discrecionalidad o arbitrariedad de quien tenga atribuida la competencia*”. También JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...” op.cit., pag.59, recomienda, sobre todo si las condiciones de trabajo se ven seriamente afectadas, la apertura de “*un turno de negociación o consultas con la finalidad de que tanto la Administración Pública como las organizaciones sindicales puedan compartir, al menos, parte del diagnóstico y, en su caso, alguna de las medias. Este esfuerzo negociador por parte de la Administración Pública puede ser una baza importante para defender los intereses públicos en el supuesto de que el tema fuera objeto de controversia judicial...*”

débil, cuyo incumplimiento o deficiente cumplimiento no lleva aparejado efecto específico de tipo alguno²⁰⁹⁴.

En cuanto a los destinatarios de la información, esas organizaciones sindicales que han de ser informadas, sin duda hay que informar tanto a las firmantes del acuerdo como a aquellas que optaron por no suscribirlo pero que contaban con legitimación para hacerlo en dicho ámbito²⁰⁹⁵. Sin embargo, dada la trascendencia de la medida no estaría de más incluir a todas las organizaciones sindicales con presencia en dicha Administración Pública. Y ello se deduce, pese a la omisión del precepto, del reconocimiento de los “*derechos de información del art.40.1.a EBEP y la función de vigilancia de las Juntas de Personal y los delegados de personal (art.40.1.b EBEP, 64.2 y 7 ET)...y más aún, en el caso del personal laboral, la pretensión de la Administración de incumplir lo pactado genera un derecho, no ya de mera información, sino de consulta ex art.64.5 ET, que deberá realizarse conforme al art.64.6 ET*”²⁰⁹⁶.

Tras haber sintetizado el régimen de aplicación de esta herramienta de flexibilidad interna que contiene el EBEP, puede compararse con la dispuesta en el art.82.3 ET. Sin duda a la Administración Pública le va a resultar más sencillo acudir al EBEP – siempre que se trate de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y no de otro tipo de situaciones, para las que cabrá acudir al art.82.3 ET²⁰⁹⁷ – porque no tiene que consultar ni negociar aspecto alguno, ni cabe la opción de acudir a procedimientos extrajudiciales en los que la solución la ofrezca un tercero independiente de las partes implicadas²⁰⁹⁸.

²⁰⁹⁴SSTSJ Castilla La Mancha 30/1/2017 rec.219/2016; 30/3/2017 rec. 612/2016. Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.pág.28, nos encontramos ante un escenario de “*unilateralidad pura y dura bajo la forma de discrecionalidad casi absoluta*” por lo que se hace necesario que la información incluya “*la concurrencia de las causas que justifican la medida*”; y “*a la par poder exigir a partir de unos elementos reglados la adecuada protección de cuanto previene los art.24.1, 93 y 103 CE. En fin, y no menos fundamental, compaginar la autoorganización administrativa con el respeto a la negociación colectiva*”.

²⁰⁹⁵MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de...*op.cit.pág.133. También ROQUETA BUJ, R.: “El deber de...op.cit.,pág.23, entiende que no puede excluirse a los sindicatos que no llegaron a firmar el convenio. En su opinión hay que aplicar “*las normas generales de legitimación procesal y, en consecuencia, todos los sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a ser informados de las causas de suspensión o modificación y su exclusión será contraria al principio de libertad sindical*”. En el mismo sentido, BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...*op.cit.pág.404.

²⁰⁹⁶GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...*op.cit.,pág.544.

²⁰⁹⁷Aunque las causas son más variadas en el art.82.3 ET se definen en clave de empresa privada, y se refiere únicamente a la inaplicación, frente a la modificación o suspensión del art.32.2 EBEP, vid BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral...*op.cit.pág.406.

²⁰⁹⁸Para FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Ordenación de las políticas salariales” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.y coord.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas:*

Se ha planteado desde un sector doctrinal dudas sobre la constitucionalidad del precepto, por el instrumento normativo empleado al modificar el régimen de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas afectando a uno de los elementos esenciales del derecho a la negociación colectiva como es la fuerza vinculante del convenio que dimana del art.37 CE²⁰⁹⁹.

Lo cierto es que, hasta la fecha, y a pesar de la existencia de estas dos herramientas – art.32.2 y 38.10 EBEP- no se han utilizado demasiado y ha preferido recurrirse a la vía normativa para introducir modificaciones o suspensiones de lo pactado en negociación colectiva²¹⁰⁰. En un primer momento, podría explicarse porque, al no resultar aplicable al personal laboral el art.38.10 EBEP, resultaba más adecuado acudir a un único método para todos los empleados públicos dado que había de aplicarse por la concurrencia de unas mismas circunstancias económicas, en lugar de diversificar en función del régimen jurídico de cada colectivo. Sin embargo, tras la inclusión de la medida en el art.32.2 EBEP para su aplicación al personal laboral, sigue recurriéndose a la ley para dejar sin eficacia pactos o acuerdos y convenios colectivos, sobre todo en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

Las normas que recogen estas medidas de inaplicación de lo pactado por la Administración Pública tienen el rango de ley o decreto ley. Normalmente son normas presupuestarias²¹⁰¹, aunque no necesariamente han de serlo (ley 3/2012, ley

aspectos administrativos y laborales, Comares, 2015, pág.448 y ss, en este punto el EBEP opta por un “*modelo autoritario de relaciones laborales*” y explica que “*la flexibilidad consensuada o negociada hace más comprensible el reparto de sacrificios y genera consenso social...*” Desconfía de un modelo que puede llevar a una falta de homogeneidad en las condiciones laborales de los empleados públicos ya que puede hacerse depender de la “*situación económico financiera de la Administración empleadora; y lo menos aceptable, los empleados van a poder verse cada vez más afectados directamente en sus condiciones de trabajo a consecuencia de una mala gestión económico financiera de los órganos de gobierno (políticos) de cada Administración Pública*”.

²⁰⁹⁹ GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva...op.cit.pág.427*, “*la constitucionalidad del art.32.2 EBEP y 38.10 EBEP es cuestionable pero particularmente grave cuando se trata de personal laboral por la vulneración del derecho constitucional a la negociación colectiva del art.37.1 CE...*” Puede consultarse asimismo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “*Jerarquía normativa vs...*op.cit., pág.48 y ss, quien duda de la conformidad del art.32.2 EBEP con la CE pero no del art.38.10 EBEP porque es una norma legal, y no la CE, la que reconoce a los funcionarios el derecho a la negociación colectiva,...

²¹⁰⁰ Por ejemplo, como se ha dicho, la DA 2ª RD Ley 8/2010 deja sin efecto el Acuerdo Administración Sindicatos para la función pública 2010/2012 (25/9/2009). Vid EM justificando la reducción de retribuciones a los empleados públicos. Con posterioridad el ATC 85/2011 de 7/6/2011 y el ATC pleno 104/2011 de 5/7/2011 resuelven que el instrumento colectivo - acuerdo o pacto o convenio colectivo) ha de respetar la ley y que rige el principio de jerarquía normativa.

²¹⁰¹ Advierte CRUZ VILLALÓN, J.: “*El descuelgue de...*op.cit.,pág.43, que “*la reducción presupuestaria provoca las correlativas actuaciones en cadena en el ámbito de las correspondientes leyes presupuestarias de las Comunidades Autónomas...y se produce un debilitamiento de lo pactado en convenio colectivo...estas medidas resultan de aplicación a todos los empleados públicos incluso han llegado a suponer una inaplicación total/parcial de lo recogido en el ET*”. PALOMAR OLMEDA en GARCIA

35/2010,...)²¹⁰². Y estas normas legales, que cercenan la validez del convenio colectivo deberían ser normas estatales, dado que la competencia en materia de legislación laboral es competencia exclusiva del Estado²¹⁰³.

Si bien la decisión del órgano de gobierno puede ser tanto la de suspender como la de modificar los convenios colectivos o acuerdos aplicables al personal laboral, la práctica muestra como mayoritariamente nuestras Administraciones Públicas han preferido “*la suspensión o congelación del contenido de la norma pactada*”²¹⁰⁴.

PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *La aplicación práctica de la reforma laboral*, Lex Nova, 2013 ej. “modificaciones presupuestarias incorporadas por una norma con rango de ley (lo que a juicio del TC no vulnera el derecho a la negociación colectiva (ATC 85/2011 de 7 de junio y por otras SSTs 10 y 23 abril y 19 de junio de 2012 rec.107/2011, 146/2011, 186/2011 60/2011 y 129/2011) o “utilizar normas con rango de ley para establecer reglas inalterables para quienes sean parte en un convenio, sea de carácter general (vinculando a todas las empresas y trabajadores y por consiguiente al personal laboral de la Administración Pública (ej.DA 10ª ET) o dirigidas específicamente a este colectivo (ej. RD Ley 20/2012)-“ Para RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “Jerarquía normativa vs...op.cit.,pág.38, “desde 2010, la política de recorte de gasto público para hacer frente a la crisis económica, ha hecho habitual el recurso a las modificaciones de convenios colectivos en el ámbito de las Administraciones Públicas como medio de ahorro presupuestario y recorte del déficit público”.

²¹⁰² Reconoce FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit.,pág.16, que para el Gobierno de la nación tiene menos coste político el que estas medidas las adopten las CCAA. Por ley se dejan de aplicarse mejoras pactadas en convenio colectivo; así, por ejemplo, en materia de vacaciones, permisos por asuntos particulares y por días adicionales de libre disposición (art.8 RDL 20/2012); prestación económica por incapacidad temporal (art.9 RDL 20/2012); pagas extras (art.2 RDL 20/2012);...y de manera homogénea para todos los empleados públicos, laborales o funcionarios, vid GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “La suspensión o...op.cit., pág.142.

²¹⁰³ Así lo explica, entre otros, LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Medidas laborales de las Comunidades Autónomas y negociación colectiva del personal laboral en tiempos de crisis”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013, pág.69 y ss. Comienza recordando que las Comunidades Autónomas disfrutan de potestad autoorganizativa del personal a su servicio y de competencias presupuestarias (art.156.1 CE) que, sin embargo, se ven limitadas por las competencias estatales de dirección de la actividad económica general (art.149.1.13º CE) y el principio de coordinación (art.156.1 CE), sin olvidar la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación estatal (art.149.1.7º CE). Por otra parte, el principio de jerarquía normativa en virtud del cual una norma como el convenio colectivo debería ceder ante otra norma con rango de ley, juega únicamente cuando la ley es estatal porque las Comunidades Autónomas carecen de competencias en materia de legislación laboral. Por tanto, en el caso de una norma autonómica presupuestaria u organizativa que quisiera inaplicar las condiciones de trabajo pactadas por la Administración Pública en un convenio colectivo, se vería imposibilitada al aplicarse aquí el principio de competencia y no el de jerarquía normativa. Luego si las Comunidades Autónomas quieren suspender o modificar lo pactado colectivamente, en el caso del personal laboral, deben acudir a la vía del art.32.2 EBEP o a las herramientas que le proporciona la legislación laboral. Asimismo las competencias legislativas presupuestarias u organizativas autonómicas se topan con el “derecho de negociación colectiva y en la eficacia vinculante del convenio que, de conformidad con el art.37 CE, garantiza la Ley estatal (en el art.82 ET)”. Vid también ALFONSO MELLADO, C.L.: “La negociación colectiva en el empleo público” en PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G.: *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, 2013, pág.91.

²¹⁰⁴ Reconoce FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo...op.cit., pág.21, ello quizás se explique en tanto en cuanto “*la modificación tiene un contenido más incisivo ya que altera el convenio*” y también por un motivo procedimental. Aunque el art.32.2 EBEP sólo exija informar a las organizaciones sindicales de las causas de la decisión adoptada, en el caso de optar por la suspensión “*bastará con informar de las consecuencias derivadas de la adopción de la medida en aras de hacer frente a la previa situación económico financiera de la Administración Pública en cuestión, mientras que para la modificación sería*

Y lo curioso es que algunas de esas normas – leyes o decretos leyes - justifican la introducción de estas medidas de inaplicación de lo pactado colectivamente en el art.38.10 EBEP, lo cual resulta ocioso²¹⁰⁵. Asimismo suelen recoger la superflua expresión “*quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y convenios para el personal funcionario y laboral suscritos...*”.

No es indiferente optar por la vía del texto normativo, en lugar de acudir al art.32.2 EBEP, para introducir flexibilidad en las condiciones de trabajo del personal laboral. Las consecuencias son distintas. En concreto, queremos referirnos al posterior control judicial de la medida adoptada. Si la medida de suspensión o modificación se introduce a través de la decisión de un órgano de gobierno de la Administración Pública, se podrá revisar a posteriori por la Jurisdicción ordinaria. Y ésta, como se ha dicho, podrá valorar que esa decisión administrativa se adopta de manera justificada ante causa grave de interés público derivada de la realidad de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y la proporcionalidad de las medidas para hacer frente a esa situación. De otro modo, de introducirse la medida por una norma legal estatal sólo cabe acudir a la tutela del Tribunal Constitucional – a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad - para que éste valore “*su adecuación constitucional y al respeto del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva*”²¹⁰⁶.

preciso y más complicado aportar de manera individual una motivación de la alteración individual pretendida y sus concretas repercusiones”.

²¹⁰⁵Así lo destaca JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco...op.cit., pág.53, para quien las normas con rango de ley no tienen que justificar la modificación o suspensión de lo pactado en el art.38.10 EBEP. O ROQUETA BUJ, R.: “El deber de...op.cit., Por ejemplo, en la DA 24ª Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, textualmente se indica que “*para hacer efectiva la minoración de los gastos de acción social previstos en esta Ley, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 38.10 EBEP, se suspenden los pactos y acuerdos que contengan previsiones contrarias al mismo...*”

²¹⁰⁶A juicio de DE SANDE PEREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y...*op.cit.,pág.77, “*ello supone mezclar potestades organizativas de cada Administración con poder legislativo y esto es algo que tiene efectos perniciosos*”. Asimismo vid ALFONSO MELLADO, C.L.: “La negociación colectiva en...op.cit.,pág.91. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Medidas laborales de...op.cit.,pág.71.

CAPÍTULO 14: La práctica negocial: algunos ejemplos de la incorporación de herramientas de flexibilidad interna en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas.

Tras el análisis de una pequeña muestra de la práctica negocial entre las Administraciones Públicas y su personal laboral, en las páginas siguientes, se muestran las conclusiones sobre la recepción por la misma de herramientas del ordenamiento laboral, como la movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Quiere advertirse que, ante la imposibilidad material de analizar todos los instrumentos colectivos de nuestras Administraciones Públicas, la muestra objeto de nuestro estudio se ha limitado a los convenios colectivos de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Cabildos Insulares, Diputaciones Provinciales y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

1. La movilidad funcional en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas

Este apartado distingue entre convenios colectivos que se refieren a la movilidad funcional en sentido amplio, otros que específicamente se refieren a la movilidad funcional dentro del grupo, aquellos que regulan conjuntamente la movilidad funcional fuera del grupo profesional y, finalmente, los que diferencian entre la movilidad funcional externa ascendente y descendente.

Convenios que no distinguen entre diferentes tipos de movilidad funcional.

Hay convenios que no diferencian entre movilidad funcional interna o externa, estableciendo un único régimen para ambas. Comenzando el análisis de la práctica convencional de la movilidad funcional en las Administraciones Públicas, muchos de estos convenios remiten, en esta materia, total o parcialmente a la legislación laboral²¹⁰⁷. Otros, por el contrario, tratan de concretar qué entender por movilidad funcional proporcionando una definición adaptada a las particularidades de este empresario laboral. Así, por ejemplo, se habla de la *“movilidad funcional o modificación de funciones como una potestad organizativa de la Corporación para adaptar en cada momento las*

²¹⁰⁷Art. 18 CCOL de colectivos laborales al Servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para los años 2010/2011; art.15.1 V CCOL único personal laboral de la Xunta de Galicia; art.26 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.15 VI CCOL único de ámbito de Cataluña personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008; art.26 III CCOL Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias;...

*condiciones de trabajo de sus empleados a las necesidades y circunstancias concretas del servicio público que se presta; armonizando la organización y gestión de sus medios personales con el mantenimiento de sus condiciones laborales*²¹⁰⁸.

Con carácter general, se precisa que las causas que justificarán la movilidad funcional interna y externa son razones técnicas u organizativas que lo justifiquen²¹⁰⁹; causas sobrevenidas de carácter urgente e imprescindible²¹¹⁰; necesidades excepcionales y perentorias²¹¹¹; por necesidades del servicio²¹¹²;...

Hay que señalar que, en la mayoría de los convenios analizados, trata de conjugarse los intereses de la Administración Pública y del empleado público laboral afectado por la misma ya que, en muchos casos, es preciso el consentimiento del trabajador como requisito previo a la adopción de la decisión por la Administración²¹¹³. O, en la medida de lo posible, y siempre que no afecte a las necesidades del servicio, se procurará la voluntariedad de la misma²¹¹⁴.

El procedimiento puede variar en su complejidad. Así puede precisar, simplemente, que la medida se motive y razone, comunicándose a la mayor brevedad posible al comité de empresa²¹¹⁵ o a la representación legal de los trabajadores²¹¹⁶. O que la Administración adopte la decisión tras oír a los trabajadores afectados y comunicar al comité de empresa la medida adoptada y la duración prevista²¹¹⁷.

²¹⁰⁸ Art.60 CCol Cabildo Insular de Tenerife.

²¹⁰⁹ Art.63.3 CCol único personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024; art.61.2 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.46.3 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; Art.12 CCol del personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro;...

²¹¹⁰ Art.18.2 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

²¹¹¹ Art.15.1 V CCol único personal laboral de la Xunta de Galicia; art.9 II CCol personal laboral al servicio de la Administración autonómica de Valencia.

²¹¹² Art.26 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.16 III Convenio Colectivo Personal Laboral Comunidad Autónoma de Canarias; Art.7 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011;...

²¹¹³ Art.50 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹¹⁴ Art.19 CCol por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excma Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial.

²¹¹⁵ Art.12 CCol personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro.

²¹¹⁶ Art.46.6 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²¹¹⁷ Art.12 CCol personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro.

En cambio, en otros casos, se exige la tramitación de un expediente que será autorizado por el Consejero de Presidencia y Justicia²¹¹⁸; o resolución de la consejería competente en materia de función pública, previa propuesta motivada de la secretaria general técnica de la consejería donde el trabajador preste servicios y previa comunicación e informe del Comité de Empresa²¹¹⁹.

En algún supuesto se prevé un procedimiento general en el que, tras informar a la CIV, se negociará y se llegará a un acuerdo sobre dicha medida; si bien, en situaciones excepcionales, imprevisibles o perentorias y siempre que concurran razones técnicas u organizativas podrá acordarse unilateralmente por la Administración Pública por un período máximo de cuatro días, informando posteriormente a la CIV²¹²⁰.

En cuanto a la duración se habla de duración temporal²¹²¹ o de la imprescindible para su atención de estas necesidades por parte de la Administración Pública²¹²². Aunque, en otros convenios se concreta un poco más, por ejemplo, duración máxima de un año, ampliable mediante acuerdo con la representación del personal²¹²³.

En cualquier caso se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales²¹²⁴ precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto o sin menoscabo a la dignidad de la persona²¹²⁵; o sin perjuicio de su formación y promoción profesional²¹²⁶. En otros se añade la necesidad de que se efectúe, además, sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales de la persona²¹²⁷.

²¹¹⁸ Art.65.1 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹¹⁹ Art.7 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²¹²⁰ Art.15 CCol único personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²¹²¹ Art.19 CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

²¹²² Art.15 CCol único personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada; art.63.3 CCol único personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024; art.15.1 V CCol único personal laboral de la Xunta de Galicia; art.9 II CCol personal laboral al servicio de la Administración autonómica de Valencia;...

²¹²³ Art.16 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²¹²⁴ Art.18 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art.61.1 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹²⁵ Art.60 CCol Cabildo Insular de Tenerife; art.61.3 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.15 CCol único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²¹²⁶ Art.61.3 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹²⁷ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

A modo de garantía para el empleado público afectado, tampoco es infrecuente localizar convenios en los que se establecen turnos rotatorios entre los trabajadores que reúnan los requisitos para ser objeto de una decisión de movilidad funcional. Así, por ejemplo, puede indicarse como *“una vez agotados los periodos máximos establecidos para el empleado público, si hubiera dentro de la unidad administrativa otros empleados públicos, se procederá a habilitar a los mismos, estableciéndose una rotación y sobre los tiempos máximos”*²¹²⁸.

Se recuerda que no cabrá invocar las causas del despido objetivo, de ineptitud sobrevinida o falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales, como consecuencia de dicha movilidad funcional²¹²⁹, reproduciendo literalmente el art.39.3 ET.

Convenios que regulan específicamente la movilidad dentro del grupo profesional

Abordaremos, a continuación, las conclusiones sobre aquellos convenios que regulan expresamente y de manera independiente la movilidad interna o movilidad dentro del mismo grupo profesional. En cuanto a las causas se reiteran las razones técnicas y/o organizativas que la justifiquen²¹³⁰; necesidades del servicio²¹³¹; o se opta por una expresión que incluya a todas las anteriores - razones organizativas, técnicas o de necesidades del servicio²¹³²-.

Con respecto a la duración, se habla del tiempo imprescindible para atender las necesidades que la justifique, que no podrá exceder de seis meses en un año u ocho meses durante dos años²¹³³; del tiempo imprescindible y, en todo caso, hasta la cobertura reglamentaria del mismo que deberá realizarse necesariamente en la próxima

²¹²⁸ Art.19 CCOL por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excma Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial.

²¹²⁹ Art.61.6 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹³⁰ Art.21.1 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹³¹ Art.63.1 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹³² Art.55 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹³³ Art.46.2 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; art.46 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

convocatoria de procesos de cobertura de vacantes²¹³⁴. O se concreta un período determinado - máximo seis meses²¹³⁵ o no superior a ocho meses en dos años²¹³⁶-.

En relación con los requisitos formales, en algunos supuestos se indica que la movilidad será voluntaria para el trabajador, en cuyo caso, en cada centro de trabajo o unidad, por categoría profesional, se elaborará una relación formada por trabajadores que se inscribirán voluntariamente y respecto de la que se prevé la necesidad de realizar movilidad funcional²¹³⁷. En otros casos parece ser suficiente la comunicación o información a los representantes de los trabajadores, pero a la hora de determinar los trabajadores afectados se valorará la voluntariedad de los mismos²¹³⁸. Otros la supeditan al cumplimiento por el trabajador de determinados requisitos – que sea fijo; tenga la titulación necesaria y los requisitos para el desempeño del puesto de trabajo; antigüedad de al menos un año como laboral fijo en la categoría que desempeña; desempeñar el puesto en el mismo centro o unidad para el que se quiere cubrir el puesto, no estar incurso en ningún procedimiento de régimen disciplinario, en tanto dure su tramitación, ni estar sancionado con suspensión de empleo y sueldo, en tanto esta dure²¹³⁹-. Mayoritariamente suele contemplarse, bajo distintas expresiones, un proceso negociador - que se acuerde motivadamente en el ámbito de este convenio²¹⁴⁰; información previa a la CIV para negociación y acuerdo²¹⁴¹;...

No siempre se concreta la persona responsable de la adopción de la medida. Así, por ejemplo, la persona titular de la subsecretaría u órgano competente en materia de personal²¹⁴²; o el titular de la Consejería u organismo de adscripción del trabajador o trabajadora²¹⁴³; órgano competente de función pública²¹⁴⁴.

²¹³⁴ Art.63.5 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹³⁵ Art.21.1 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹³⁶ Art.63.5 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹³⁷ Art.63.2 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹³⁸ Art.47.2 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹³⁹ Art.63.3 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹⁴⁰ Art.47.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁴¹ Art.15.1 CCol único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²¹⁴² Art.47.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁴³ Art. 14 CCol para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²¹⁴⁴ Art.55 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Se recoge como límite infranqueable el menoscabo de la dignidad de la persona afectada y sin perjuicio de su formación y promoción profesional²¹⁴⁵. También va a ser condición común que el trabajador afectado disponga de la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral y las aptitudes de carácter profesional necesarias para el desempeño del puesto de trabajo²¹⁴⁶; en algún caso se recuerda la pertenencia expresa al mismo grupo profesional²¹⁴⁷; o las derivadas del cumplimiento de los requisitos de la RPT correspondiente²¹⁴⁸. Hay convenios que plantean, si es precisa, la previa realización de procesos básicos de formación y adaptación²¹⁴⁹.

También se establecen turnos de rotación de todo el personal del mismo grupo profesional en el mismo Centro de trabajo en el que se encuentra adscrita la plaza si su número, la titulación exigida y sus capacidades profesionales lo permitiera²¹⁵⁰.

Se tratará de respetar el principio de indemnidad retributiva²¹⁵¹.

Se precisa que en ningún caso podrá ser valorado como mérito para la provisión de ese puesto de trabajo el tiempo de servicios prestados como consecuencia de la movilidad funcional²¹⁵².

O, recordando el art.39.3 ET, que no cabrá invocar las causas de despido objetivo, de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación, en los supuestos de funciones distintas a las habituales como consecuencia de la movilidad funcional²¹⁵³.

Convenios que regulan conjuntamente la movilidad fuera del grupo profesional

²¹⁴⁵ Art.47.3 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁴⁶ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.47.1 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁴⁷ Art.21.1 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹⁴⁸ Art.47.1 IV CCOL único personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁴⁹ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.13 Convenio de aplicación al personal laboral de la Diputación Provincial de Burgos; art.16 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos;...

²¹⁵⁰ Art.21.1 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹⁵¹ Art.47.3 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.55 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹⁵² Art.16 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos; art.47.6 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²¹⁵³ Art.47.4 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

En algún caso llega a definirse la movilidad externa como la efectuada entre distintos grupos profesionales del mismo o distinto grupo de nivel de titulación académica²¹⁵⁴.

En relación con las causas, válidas tanto para la movilidad ascendente como descendente, a veces se exige literalmente que concurren las del art.39.2 ET²¹⁵⁵; en otros casos se reitera la redacción del art.39.2 ET razones técnicas u organizativas que la justifiquen²¹⁵⁶; o se utilizan otras fórmulas de redacción diversa pero de semejante significado tales como por necesidades del servicio, cuando existan razones técnicas, de eficiencia organizativa o para una mejor prestación de los servicios públicos²¹⁵⁷; cuando exista una situación de necesidad urgente y transitoria para el funcionamiento de los servicios²¹⁵⁸; necesidades del servicio, mediando razones técnicas u organizativas²¹⁵⁹; o supuestos excepcionales por necesidad del servicio²¹⁶⁰; necesidades excepcionales y perentorias²¹⁶¹; causas de carácter excepcional o transitorio²¹⁶²;...

En cuanto a los requisitos formales encontramos distintos grados de exigencia. En unos casos basta con la comunicación debidamente motivada al comité de empresa²¹⁶³ o a los representantes de los trabajadores²¹⁶⁴, en línea con el art.39.2 ET. En otros se indica que se requerirá comunicación previa por escrito al afectado y a los representantes de los trabajadores²¹⁶⁵. En algún caso, los trabajadores podrán negarse a realizar trabajos de superior e inferior categoría en el caso de que la orden no sea dada por escrito²¹⁶⁶.

En otros los requisitos son mayores y se añade la necesaria comunicación a la Dirección General competente en materia de Función Pública²¹⁶⁷. O se exige acto

²¹⁵⁴ Art.60 CCol del Cabildo Insular de Tenerife.

²¹⁵⁵ Art.17 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²¹⁵⁶ Art.46 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art. 17 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²¹⁵⁷ Art.48.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General.

²¹⁵⁸ Art.28 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²¹⁵⁹ Art.62.2 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹⁶⁰ Art.12 CCol de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz 2002.

²¹⁶¹ Art.15 CCol personal laboral suscrito por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos con los sindicatos CC.OO. y CSI-CSIF.

²¹⁶² Art.10.1 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Málaga.

²¹⁶³ Art.14 CCol del personal laboral de la Diputació de Tarragona.

²¹⁶⁴ Art.60 CCol del Cabildo Insular de Tenerife; art.21.5 VI Convenio colectivo personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹⁶⁵ Art.62.6 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²¹⁶⁶ Art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias

²¹⁶⁷ Art.62.4 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

motivado por necesidad del servicio y comunicación por escrito dentro de los cinco días siguientes, al área, centro o departamento donde preste servicios el empleado, al propio empleado y al comité de empresa²¹⁶⁸. O la autorización del órgano decisorio de la Corporación, previo informe del jefe del respectivo servicio y se comunicará a los órganos de representación y secciones sindicales²¹⁶⁹. Algún convenio contiene una regulación muy completa, en este sentido – es precisa de resolución motivada del órgano de la Administración que, en cada caso, resulte competente, previa la apertura de expediente que será incoado por la Administración a instancia de la Jefatura de Personal correspondiente al puesto que se pretenda cubrir. De la resolución que en cada caso se adopte, en la que se indicará la decisión y razones de la movilidad, se dará traslado inmediato tanto al trabajador afectado como a sus representantes legales²¹⁷⁰-.

Resultan interesantes aquellos convenios en los que, a fin de evitar la proliferación del uso de esta medida, la Administración se compromete a estudiar las propuestas que, sobre modificación de plantillas, le sean formuladas por la representación de los trabajadores y las trabajadoras a través y previo informe de las respectivas Secretarías Generales Técnicas u órganos correspondientes del organismo de que se trate²¹⁷¹.

De nuevo se utiliza la expresión por el tiempo imprescindible²¹⁷² a la que suele añadirse la coletilla “*para la atención de las necesidades del servicio*”²¹⁷³ en materia de duración de la movilidad funcional. Otras veces se concreta el tiempo de duración –no superior a cinco meses durante un año o siete durante dos²¹⁷⁴-.

Los límites que se establecen para causar el mínimo perjuicio al trabajador afectado reiteran el que no se menoscabe la dignidad del trabajador y sin perjuicio de su formación y promoción profesional²¹⁷⁵; así como los del art.39.1 ET, la exigencia de las titulaciones

²¹⁶⁸ Art.12 CCol de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz 2002.

²¹⁶⁹ Art.10.1 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Málaga.

²¹⁷⁰ Art. 17 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²¹⁷¹ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias

²¹⁷² Art.8 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011; art.17 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²¹⁷³ Art.60 CCol del Cabildo Insular de Tenerife; art.48.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General; art. 17 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta

²¹⁷⁴ Art.15 CCol personal laboral suscrito por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos con los sindicatos CC.OO. y CSI-CSIF.

²¹⁷⁵ Art.12 CCol personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro; art.46 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral²¹⁷⁶. O se establecen turnos rotativos entre los trabajadores que reúnan los requisitos²¹⁷⁷ para la movilidad funcional externa.

Se efectúa un recordatorio al ET indicando que la movilidad fuera del grupo profesional, no incluidos en los supuestos contemplados, requerirá acuerdo de las partes o en su defecto el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo o las que a tal fin se hubiesen establecido en convenio colectivo²¹⁷⁸.

Convenios que regulan expresamente la movilidad funcional externa descendente

Las causas que se mencionan son razones técnicas y/o organizativas que la justifiquen²¹⁷⁹, aunque también es habitual encontrar la expresión necesidades perentorias e imprevisibles²¹⁸⁰ de la actividad productiva²¹⁸¹ o del servicio²¹⁸².

En cuanto al procedimiento, en algún convenio se prohíbe que la movilidad descendente sea obligatoria²¹⁸³. En otros, es suficiente con la comunicación al interesado y a los representantes de los trabajadores²¹⁸⁴ - comunicación u orden por escrito²¹⁸⁵ - o

²¹⁷⁶ Art.26 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.19 CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; art.46 VIII CCOL personal laboral al servicio Administración de la Junta de Comunidades Castilla La Mancha;...

²¹⁷⁷ Art.18.3 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art. 17 CCOL personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²¹⁷⁸ Art.62 VII CCOL personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹⁷⁹ Art.21.3 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²¹⁸⁰ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.48 IX CCOL personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; art.15 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada;...

²¹⁸¹ Art.61.3 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.9 CCOL personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art.14 CCOL del personal laboral de la Diputación de Tarragona; art.21.3 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía; art.15 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008;...

²¹⁸² Art.17 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos; art.48.3 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General; art.62 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón;...

²¹⁸³ Art.31 Acuerdo regulador y convenio colectivo de los funcionarios y personal laboral de la ciudad de Ceuta 2005-2007.

²¹⁸⁴ Art.18 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art.48 IX CCOL personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; art.8 CCOL de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²¹⁸⁵ Art.3.5 CCOL del Excmo Cabildo Insular de La Palma y su personal laboral; Art.9 CCOL personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

con una notificación al comité de empresa²¹⁸⁶, aunque hay casos en los que éste debe emitir un informe preceptivo²¹⁸⁷.

Aunque ha de llevarse a cabo por el tiempo imprescindible, se intenta concretar la duración máxima de la movilidad funcional descendente: sin que pueda superar en ningún caso los quince días²¹⁸⁸ o no podrá ser superior a veinte días al año²¹⁸⁹; no superior a un mes²¹⁹⁰ o con una duración no superior a dos meses²¹⁹¹ o tres meses²¹⁹² no más de cuatro meses²¹⁹³ o máxima de seis meses²¹⁹⁴. Otras veces se precisa un poco más -un máximo de quince días consecutivos y en ningún caso superar un mes en un año²¹⁹⁵ o no podrá ser su duración en su totalidad superior a un mes en un período de un año²¹⁹⁶ o de dos meses continuados o tres discontinuos en un año²¹⁹⁷.

El trabajador afectado deberá ostentar la titulación académica o profesional exigida para ejercer la prestación laboral²¹⁹⁸. Será criterio preferente para su elección el de menor antigüedad en la categoría profesional²¹⁹⁹. Se le garantiza que no podrá volver a realizar estas funciones hasta transcurrido un año desde su finalización²²⁰⁰. Y ésta ha de llevarse

²¹⁸⁶ Art.9 CCol personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art.61.3 VII CCol laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.3.5 CCol del Excmo Cabildo Insular de La Palma y su personal laboral; art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²¹⁸⁷ Art. 19 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

²¹⁸⁸ Art.21.3 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía; art.9 CCol personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art.65.1 y 2 CCol único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024;...

²¹⁸⁹ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²¹⁹⁰ Art.48 IX CCol personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; art.17 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos; Art.18 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art.62 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón;...

²¹⁹¹ Art.46.3 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; art.46 CCol personal laboral al Servicio Administración Pública Región de Murcia.

²¹⁹² Art.13 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Burgos; art.17 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²¹⁹³ Art.61.3 VII CCol personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²¹⁹⁴ Art.14 CCol personal laboral de la Diputació de Tarragona.

²¹⁹⁵ Art.8 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²¹⁹⁶ Art.48.3 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General; art. 29 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia: art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²¹⁹⁷ Art.19 CCol por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excma Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial.

²¹⁹⁸ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²¹⁹⁹ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁰⁰ Art.21.3 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

a cabo en turnos rotatorios²²⁰¹. Se recuerda que mantendrá las retribuciones de origen²²⁰² y demás derechos inherentes a su categoría profesional²²⁰³.

Convenios que regulan expresamente la movilidad funcional externa ascendente

La regulación de la movilidad funcional ascendente suele ser bastante más completa que el resto de modalidades de movilidad funcional. En algún caso se la describe como mecanismo de adaptación interna y también como instrumento de oportunidad y promoción profesional para el personal²²⁰⁴.

Las causas no difieren del resto de supuestos de movilidad funcional. Así, por ejemplo, requerirá la existencia de razones urgentes e inaplazables²²⁰⁵; necesidades del servicio así lo demanden²²⁰⁶; necesidades excepcionales del servicio²²⁰⁷; o si lo exigen necesidades del servicio²²⁰⁸ por causas que no admitan demora ni exista otro sistema posible de cobertura²²⁰⁹; cuando las necesidades del servicio lo exijan, por razones técnicas u organizativas²²¹⁰.

Suele contemplarse que esta movilidad sea voluntaria para los trabajadores así, por ejemplo, se elaborará una relación de trabajadores respecto de la que se prevé la necesidad de realizar movilidad funcional y formarán parte de dicha relación los trabajadores de cada centro de trabajo que se inscriban voluntariamente²²¹¹. Salvo casos de urgencia, se procurará mediante convocatoria pública previa en los tablones de anuncios, por un tiempo no inferior a una semana, que todo el persona aboral pueda optar a la realización de trabajo de superior categoría a la suya, lo cual siempre vendrá determinado por las necesidades del servicio²²¹². Se exige que los trabajadores sean fijos, tengan la titulación necesaria y los requisitos para el desempeño del puesto de trabajo;

²²⁰¹ Art. 19 CCOL personal laboral al servicio de Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²²⁰² Art. 15 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²²⁰³ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias

²²⁰⁴ Art. 60 CCOL del Cabildo Insular de Tenerife.

²²⁰⁵ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁰⁶ Art. 64.1 Art. 63.5 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²⁰⁷ Art. 27 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²⁰⁸ Art. 48 IX CCOL personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; art. 9 CCOL personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera.

²²⁰⁹ Art. 12 CCOL personal laboral del Consejo Insular de Ibiza.

²²¹⁰ Art. 14 CCOL personal laboral de la Diputació de Tarragona; art. 15 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008; art. 62 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; ...

²²¹¹ Art. 64.2 VII CCOL personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²¹² Art. 57 CCOL personal laboral de la Excma Diputación provincial de Sevilla.

antigüedad de al menos un año como laboral fijo en la categoría que desempeña; desempeñar el puesto en el mismo centro o unidad para el que se quiere cubrir el puesto, no estar incurso en ningún procedimiento de régimen disciplinario, en tanto dure su tramitación, ni estar sancionado con suspensión de empleo y sueldo, en tanto esta dure²²¹³.

Mayoritariamente se han localizado convenios colectivos en los que es suficiente con la comunicación a los representantes de los trabajadores²²¹⁴ o al comité de empresa²²¹⁵. Otros en los que se exige autorización del órgano competente en materia de personal previo informe de la Jefatura del Servicio respectivo²²¹⁶. O autorización mediante resolución de la consejería competente en materia de función pública, previa propuesta de la secretaria general técnica respectiva.

En algún otro convenio, el procedimiento varía en función de la duración de la movilidad. Si exceden de un mes, requerirá autorización expresa de la secretaria general previa comunicación a los representantes de los trabajadores y notificación posterior a los interesados²²¹⁷. Si excede de tres meses se exige informe previo de la CIVE²²¹⁸; o informe previo de la jefatura responsable de cada organismo o centro de trabajo y el correspondiente informe previo del Comité de Empresa, cuando exceda de los tres meses; de los inferiores a tres meses se informará al Comité de Empresa²²¹⁹.

Hay casos en los que se identifica al sujeto responsable de la decisión de movilidad - la persona titular de la Consejería competente en materia de función pública o por el órgano de decisión competente del organismo de que se trate, previa petición formulada por la Secretaría General Técnica o el órgano asimilado del organismo correspondiente²²²⁰.

Lo usual es que la duración de esta medida no se prolongue excesivamente en el tiempo. Así se habla desde una duración máxima de dos meses en un año²²²¹; o de que no

²²¹³ Art.64 VII CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²¹⁴ Art.48.5 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General.

²²¹⁵ Art.14 CCol personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro; Art.9 CCol personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias;...

²²¹⁶ Art.32 Acuerdo regulador y convenio colectivo de los funcionarios y personal laboral de la ciudad de Ceuta 2005-2007.

²²¹⁷ Art.18 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

²²¹⁸ Art.48 IX CCol personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla.

²²¹⁹ Art.19 CCol personal laboral al servicio de Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²²²⁰ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²²¹ Art.12 CCol de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz 2002

excederá de seis meses²²²² o de ocho meses²²²³ ; o que no podrá ser superior a cinco meses en un año ni de siete en dos años²²²⁴ o a seis meses durante un año u ocho durante dos años²²²⁵; o no superar los doce meses en dos años²²²⁶. Otras veces la duración es ha de ser la imprescindible y, en todo caso no superior a seis meses²²²⁷ o mantenerse hasta la incorporación de la persona titular del puesto la cobertura reglamentaria de dicha plaza o puesto²²²⁸.

En algunos casos se contempla la posibilidad de una prórroga, una vez agotado el período máximo establecido – si por excepcionales circunstancias resulta necesario prorrogar dicha situación será previamente oído el comité de empresa a quien se le remitirá informe expresivo de las circunstancias que aconsejan tal prórroga²²²⁹; o lo podrá acordar la Mesa de Negociación de Empleados públicos para un periodo determinado, por una sola vez²²³⁰.

En cuanto a la selección del trabajador afectado se realizará atendiendo a criterios objetivos²²³¹; a criterios de objetividad, idoneidad y aptitud teniendo en cuenta, a tales efectos, aptitud psicofísica para desempeñar las funciones encomendadas, que deberá ser acreditada por el Servicio de Prevención; formación en materia preventiva necesaria para desempeñar con seguridad el puesto, funciones o tareas encomendadas²²³².

Asimismo se indica que se encomendará al personal laboral del grupo profesional inmediatamente inferior²²³³, que deberá hallarse en posesión de la titulación académica o

²²²² Art.18 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; Art.46 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²²²³ Art.64.5 VII CCol personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²²⁴ Art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias; art.3.5 CCol del Excmo Cabildo Insular de La Palma y su personal laboral.

²²²⁵ Art.8 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011; art. 48 IX CCol personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; art.27 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia;...

²²²⁶ Art. 14 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²²⁷ Art.46 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²²⁸ Art.64.5 VII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.57 CCol personal laboral de la Excma Diputación provincial de Sevilla; art.64.1 CCol personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024.

²²²⁹ Art.12 CCol de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz 2002.

²²³⁰ Art.19 CCol por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excma Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial.

²²³¹ Art.48.4 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General.

²²³² Art.60 CCol del Cabildo Insular de Tenerife.

²²³³ Art. 62.3 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; Art.17 Convenio colectivo de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

profesional exigida para ejercer la prestación laboral. O se designará para ocuparlo provisionalmente al trabajador de mayor categoría y dentro de ésta al de mayor antigüedad en la misma²²³⁴, salvo que concurren circunstancias excepcionales y debidamente justificadas²²³⁵.

Hay convenios que establecen un régimen rotatorio de movilidad funcional ascendente y garantizan al trabajador un espacio temporal durante el cual no podrá ser afectado por una nueva decisión de movilidad funcional a un grupo profesional superior, salvo que no se disponga de otros trabajadores que cumplan los requisitos para el desempeño de las mismas²²³⁶. Por ejemplo, en el convenio colectivo de la Junta de Andalucía se dispone que la movilidad funcional correspondiente a categorías de un Grupo profesional superior no podrá exceder de seis meses, sin que el personal al que afecta pueda realizar estas funciones hasta transcurrido un año desde su finalización, debiendo rotar todo el personal de igual categoría profesional en el mismo centro de trabajo en que se encuentre adscrita la plaza, si su número, la titulación exigida y sus capacidades profesionales lo permitieran²²³⁷. De existir varios trabajadores capacitados para la realización de este trabajo, se establecen turnos rotativos entre ellos²²³⁸, motivándose la decisión con arreglo a los principios de mérito y capacidad. Así no podrá exceder de los seis meses²²³⁹, de seis meses consecutivos o de diez alternos. Transcurrido el período citado y persistiendo las mismas circunstancias, el desempeño de las funciones se realizarán por rotación semestral, en el supuesto de existir más de un trabajador que reúna los requisitos y las capacidades necesarias de la categoría que se va a cubrir, siempre que se desempeñen las funciones adecuadamente. El límite de los seis meses consecutivos o diez alternos no será aplicable cuando no sea posible la rotación por no existir en el centro de trabajo otros trabajadores que reúnan las condiciones necesarias de acuerdo con lo dispuesto en este punto²²⁴⁰.

²²³⁴ Art.21.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²²³⁵ Art.32 Acuerdo regulador y convenio colectivo de los funcionarios y personal laboral de la ciudad de Ceuta 2005-2007.

²²³⁶ Art. 17 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²²³⁷ Art.21.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²²³⁸ Art.9 CCol personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera; art.16 III CCol Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²²³⁹ Art.9 II CCol personal laboral al servicio de la Administración autonómica de Valencia.

²²⁴⁰ Art.15.2 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

El empleado público que realiza funciones de un grupo superior tiene garantizada la retribución correspondiente al puesto que efectivamente esté desempeñando²²⁴¹. En algunos convenios se precisa que con excepción de la antigüedad²²⁴². En otras ocasiones la redacción del convenio es mucho más precisa – *“se incrementarán en la diferencia de las retribuciones complementarias del puesto ocupado provisionalmente con respecto a las que tuviere el puesto de procedencia, considerando por separado cada uno de los complementos, sin que se pueda superar en lo que respecta al complemento de destino el nivel máximo que corresponda al empleado público por su Grupo de pertenencia. No obstante, en situaciones o servicios especiales la Mesa de Negociación de Empleados Públicos podrá acordar distintas retribuciones para los trabajos de superior categoría”*²²⁴³. Del mismo modo, se contempla la posibilidad de que el empleado público sufra un accidente de trabajo durante el desempeño de estas funciones, supuesto en el que se le garantiza la percepción de las retribuciones que viniese devengando en dicha situación²²⁴⁴.

Por otra parte, la realización de funciones de grupo superior no comporta el derecho a la consolidación de concepto o importe retributivo alguno²²⁴⁵.

Se deja bien claro en ningún caso podrán producirse ascensos por mero transcurso de tiempo de servicio prestado o ascenso automático²²⁴⁶, ni da derecho a reclamar el ascenso²²⁴⁷ aunque hubiera transcurrido el plazo del art.39 ET²²⁴⁸. Se recuerda que el único procedimiento válido para acceder a un grupo superior es superar el proceso

²²⁴¹ Art.16 III CCOL Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias.

²²⁴² Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁴³ Art.19 CCOL por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excmá Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial.

²²⁴⁴ Art.13 CCOL de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz 2002; art.19 CCOL por el que se regulan las relaciones entre el personal laboral de la Excmá Diputación provincial de Cáceres y la Corporación provincial;...

²²⁴⁵ Art.12 CCOL de trabajo del personal laboral de la Diputación Provincial de Badajoz; art.18.3 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art.15 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada; art.62.2 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²²⁴⁶ Art.16 III CCOL Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Canarias; art.18.3 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura; art.15 CCOL personal laboral suscrito por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos con los sindicatos CC.OO. y CSI-CSIF; art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁴⁷ Art.3.5 CCOL del Excmo Cabildo Insular de La Palma y su personal laboral; Art.14 CCOL personal laboral de la Diputación de Tarragona.

²²⁴⁸ Art.65.3 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; art.46.3 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

selectivo de promoción interna²²⁴⁹; o superar las oportunas pruebas convocadas siguiendo el procedimiento reglamentariamente establecido²²⁵⁰, de acuerdo con los principios constitucionales de acceso a la función pública²²⁵¹.

En algún convenio se dispone que, cuando se desarrollen funciones por un periodo superior a cinco meses en un año o siete durante dos, el trabajador podrá reclamar al órgano que corresponda, y siempre que se cumplan los requisitos legales bien la clasificación profesional adecuada por los cauces legalmente previstos y que resulten de obligado cumplimiento en el ámbito de la Administración Pública o bien la formalización de la atribución temporal de funciones con la compensación económica que corresponda. Contra la negativa de la Administración Pública podrá reclamar ante la Jurisdicción competente²²⁵².

Aunque, como se ha visto normalmente no tendrá la consideración de mérito para el acceso por el turno de promoción interna²²⁵³, otras veces se recoge justo lo contrario pudiéndose alegar como mérito a efectos de los concursos de promoción²²⁵⁴.

Finalmente advertir que algún convenio incluso recoge la posibilidad de revocar la decisión de movilidad funcional ascendente por apreciar, en el plazo de dos meses desde la encomienda de funciones, la falta de adaptación al puesto que deba desempeñar, en cuyo caso deberá emitirse informe debidamente motivado por los órganos proponentes²²⁵⁵.

2. La movilidad geográfica en la negociación colectiva de las Administraciones Públicas.

De los convenios colectivos analizados puede deducirse que la movilidad geográfica es una herramienta con menor presencia que la movilidad funcional. Las razones de esta circunstancia creemos que pueden obedecer a la mayor resistencia del

²²⁴⁹ Art.14 CCOL personal laboral del Cabildo Insular de El Hierro.

²²⁵⁰ Art.8 CCOL de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²²⁵¹ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁵² Art.9 CCOL personal laboral del Cabildo Insular de La Gomera.

²²⁵³ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.13 Convenio de aplicación al personal laboral de la Diputación Provincial de Burgos; art.17 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²²⁵⁴ Art.15 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada; art. 12 CCOL personal laboral del Consejo Insular de Ibiza; art.21.2 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²²⁵⁵ Art. 14 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

empleado público a la movilidad geográfica forzosa, pero también al hecho de la falta de operatividad en aquellas Administraciones Públicas que únicamente tienen sedes en una localidad o que geográficamente no son territorios demasiado amplios. Por ello hay convenios colectivos que ni la mencionan²²⁵⁶ o, si lo hacen, es bajo la fórmula de movilidad geográfica temporal²²⁵⁷. Y, en cualquier caso, parece preferirse el recurso a la de provisión voluntaria de los puestos de trabajo frente a la utilización de la movilidad geográfica forzosa²²⁵⁸.

Se distinguen hasta tres supuestos de movilidad geográfica en los convenios consultados: traslado a centro de trabajo distinto en la misma localidad²²⁵⁹ –lo que sería un supuesto de movilidad geográfica débil -; traslado a centro de trabajo distinto en diferente localidad sin necesidad de cambio de residencia y, por último, traslado a centro de trabajo distinto que obliga al trabajador al cambio de su residencia habitual. En los dos últimos supuestos también suele incluirse la opción de movilidad geográfica forzosa en su modalidad temporal. En otros casos directamente se prohíbe el traslado temporal o definitivo a otro centro de trabajo a determinada distancia del de origen, por ejemplo, más de 50 kilómetros²²⁶⁰.

También hay convenios que dejan abierta la posibilidad de establecer otros sistemas y fórmulas adicionales de movilidad geográfica con los representantes de los trabajadores mediante Plan de Empleo. Esto es, en instrumentos como los planes de recursos humanos podrán incluirse medidas de movilidad geográfica²²⁶¹, lo que a mi parecer, y siempre que se pueda, es lo más recomendable. Ello obligaría a planificar la introducción de este tipo de medidas, buscando la solución más eficiente para la Administración Pública que las adopta y posibilitaría la participación de los representantes de los trabajadores en decisiones que no siempre son bien recibidas por los afectados por las mismas. Así, por

²²⁵⁶ Salvo error u omisión no se han encontrado referencias a la movilidad geográfica en el IX Convenio colectivo del personal laboral de la ciudad autónoma de Melilla; Acuerdo regulador y convenio colectivo de los funcionarios y personal laboral de la ciudad de Ceuta 2005-2007; VIII Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; Convenio colectivo para personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; Convenio Colectivo del personal laboral suscrito por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos con los sindicatos CC.OO. y CSI-CSIF, por otros.

²²⁵⁷ Art.9 CCOL de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²²⁵⁸ Art.30.2 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²⁵⁹ Art.49.1 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²⁶⁰ Art.48 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²²⁶¹ Art.61.2 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón,

ejemplo, en el específico caso de traslado colectivo –con cambio de residencia- se dice que éste podrá enmarcarse en un plan de empleo o un instrumento similar de reasignación de efectivos cuya función ha de servir de soporte a actuaciones de reorganización y mejora de la distribución de los recursos humanos en un determinado ámbito. Instrumentos de reasignación de efectivos serán negociados con los representantes de los trabajadores²²⁶².

Es habitual encontrar convenios que directamente remiten en materia de movilidad geográfica a la legislación laboral²²⁶³. Otros, más elaborados en este sentido, tratan de colmar las ausencias del ET y proporcionan definiciones que pueden aportar mayor seguridad jurídica a la hora de adoptar decisiones sobre movilidad geográfica en el ámbito de empleo público laboral de una determinada Administración Pública. En este concepto lo más habitual es incluir tanto la movilidad temporal como la definitiva e implica cambio de localidad²²⁶⁴, sin especificar si exige cambio de residencia o no. En otros casos sólo se identifica la movilidad geográfica con el cambio de domicilio²²⁶⁵. O bien se considera movilidad geográfica los supuestos de movilidad que no encajen en los supuestos de movilidad que el propio convenio regula²²⁶⁶. Hay algunos convenios que sólo regulan la movilidad geográfica forzosa en casos de cambio de residencia²²⁶⁷. Y otros que consideran traslado el cambio de municipio²²⁶⁸.

Se define centro de trabajo como la unidad productiva con organización específica, dentro del ámbito de la misma localidad²²⁶⁹ o el edificio donde el trabajador desempeña sus funciones²²⁷⁰.

²²⁶² Art.22.3 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía; art.13 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²²⁶³ Art.16 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008; art.30.1 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.11 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura;...

²²⁶⁴ Art.20 CCOL personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²²⁶⁵ Art.66.3 VII CCOL personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²⁶⁶ Art.30.1 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²⁶⁷ art.61.1 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²²⁶⁸ Art.15 CCOL de treball Diputació de Barcelona; art.21 CCOL personal laboral Consejo Insular de Menorca.

²²⁶⁹ Art.49.1 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²²⁷⁰ Art.18.1 CCOL personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

En términos semejantes a los del art.40 ET, excluye expresamente a los trabajadores contratados específicamente para trabajos de carácter móvil o itinerante²²⁷¹.

Resultan interesantes los convenios que tratan de concretar cuando está justificado el cambio de residencia del trabajador afectado por la movilidad geográfica. Así no requiere cambio de residencia si el centro de destino se sitúa a una distancia de 10 kilómetros²²⁷² o a menos de 20 kilómetros de donde, habitualmente, venía prestando sus servicios²²⁷³; o hasta 30 kilómetros²²⁷⁴; o más de 40 kilómetros²²⁷⁵, aunque la distancia podrá reducirse o ampliarse cuando las circunstancias del supuesto concreto así lo aconsejen y previo acuerdo de la Comisión paritaria²²⁷⁶; o inferior a 50 kilómetros²²⁷⁷; o con distancia superior a 50 kilómetros o cambio de isla²²⁷⁸. A veces se establece un límite máximo de distancia para la movilidad geográfica, por ejemplo, una distancia de 50 kilómetros²²⁷⁹.

Se utiliza asimismo la expresión alejamiento del domicilio habitual, para referirse al que comporte tanto una mayor distancia como una mayor dificultad en el transporte²²⁸⁰.

En cuanto a los desplazamientos temporales con cambio de residencia a veces, no siempre, se diferencian de los traslados definitivos. Se considera desplazamiento si su duración es inferior a 12 meses en tres años, y si es superior es traslado²²⁸¹. Estos desplazamientos se limitan a periodo no superior a cuatro meses durante un año u ocho durante dos años²²⁸²; no superior a un año²²⁸³; desplazamientos temporales superiores o

²²⁷¹ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia; art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²²⁷² Art.9 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²²⁷³ art.66.3 VII Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²²⁷⁴ Art.70 CCol único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024.

²²⁷⁵ Art.69 CCol único para el personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024; art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²²⁷⁶ Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²²⁷⁷ Art.50.5 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²²⁷⁸ Art.50.4 Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado

²²⁷⁹ Art.48 VIII CCol personal laboral servicio Administración Junta Comunidades de Castilla La Mancha.

²²⁸⁰ Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²²⁸¹ Art.18 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²²⁸² Art.48.2VIII CCol personal laboral servicio Administración Junta de Comunidades Castilla La Mancha.

²²⁸³ Art.9 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz; art.21 CCol personal laboral del Consejo Insular de Menorca.

inferiores a un mes de duración pero nunca excederán del límite máximo de un año²²⁸⁴, aunque si el desplazamiento supone que la persona trabajadora no pueda pernoctar en su domicilio, la duración de éste no podrá ser superior a tres meses²²⁸⁵; hasta el límite de un año²²⁸⁶; no superiores a seis meses²²⁸⁷; o no superior a 6 meses en un año u 8 meses en dos años²²⁸⁸;...

En cuanto a las razones de la movilidad geográfica, hay convenios que se conforman con reproducir, total o parcialmente, las causas enumeradas en el art.40 ET mientras que otros tratan de ofrecer una definición adaptada a la condición de un empresario laboral que además es una Administración Pública. En algunos casos no se diferencia entre las causas justificadoras de la movilidad voluntaria y las de movilidad forzosa²²⁸⁹. En otras, se proporciona una definición aplicable a cualquier decisión de movilidad forzosa: razones de interés general y demandas sociales²²⁹⁰; necesidades del servicio debidamente motivadas o por modificación o extinción de la unidad o del destino de adscripción²²⁹¹

Aunque la tónica general es la de requerir un mayor nivel de exigencia a la Administración Pública a medida que la decisión pueda implicar un mayor perjuicio al trabajador afectado, esto es, dependiendo de si la movilidad es temporal o definitiva o en la misma localidad, fuera de ella sin cambio de residencia o fuera de ella con cambio de residencia. De este modo si el traslado es temporal a centro de trabajo distinto misma localidad han de alegarse necesidades del servicio debidamente motivadas por escrito²²⁹². Si es definitiva a centro de trabajo distinto pero dentro de la misma localidad se exige que responda a necesidades del servicio²²⁹³; supuestos de reducción de actividad²²⁹⁴,

²²⁸⁴ Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²²⁸⁵ Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

²²⁸⁶ Art.9 CCOL de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011; art.51 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²²⁸⁷ Art.21 CCOL personal laboral de la Excma Diputación Provincial de Ávila; art.38 CCOL personal laboral de la empresa Diputación de Valladolid.

²²⁸⁸ Art.48VIII CCOL personal laboral al servicio Administración Junta de Comunidades Castilla La Mancha.

²²⁸⁹ Art.66.1 VII CCOL personal laboral al servicio de Administración de Comunidad Autónoma Cantabria.

²²⁹⁰ Art.13.1 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada

²²⁹¹ Art.15 CCOL de treball de la Diputació de Barcelona.

²²⁹² Art.48.2 VIII Ccol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; art.21 CCOL personal laboral de la Excma Diputación Provincial de Ávila.

²²⁹³ Art.49.1 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado, art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.18.1 CCOL personal laboral Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²²⁹⁴ Art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia;

reestructuraciones administrativas²²⁹⁵; razones técnicas, organizativas o productivas²²⁹⁶; razones técnicas u organizativas debidamente justificadas a otros del mismo nivel de complemento de categoría y complemento singular sin que ello suponga cambio de municipio²²⁹⁷;...

Cuando, además de cambiar de centro de trabajo, la movilidad geográfica es temporal e implica también traslado a distinta localidad se exigen necesidades de su organización²²⁹⁸; razones técnicas y organizativas que lo justifiquen²²⁹⁹;... Si este traslado es definitivo ha de responder a razones técnicas, organizativas o de prestación del servicio²³⁰⁰; razones técnicas, organizativas o productivas²³⁰¹; razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos²³⁰²; necesidades del servicio²³⁰³; a supuestos de reducción de actividad, reestructuraciones administrativas o necesidades del servicio debidamente motivadas por escrito²³⁰⁴;

En el supuesto menos favorable para el trabajador, cambio de centro de trabajo que además conlleva el cambio de su residencia, se necesitan razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos²³⁰⁵; por necesidades del servicio o por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas probadas que así lo justifiquen²³⁰⁶, en el caso de ser temporal. Si el traslado es definitivo se precisan razones técnicas u organizativas que lo justifiquen²³⁰⁷; razones técnicas, organizativas o de prestación del servicio²³⁰⁸; razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor

²²⁹⁵ Art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²²⁹⁶ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²²⁹⁷ Art.13 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²²⁹⁸ Art.9 CCOL de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²²⁹⁹ Art.21 CCOL personal laboral del Consejo Insular de Menorca.

²³⁰⁰ Art.70 CCOL único para el personal laboral Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024; art.48 VIII CCOL personal laboral al servicio Administración Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁰¹ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.9 CCOL personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz

²³⁰² Art.50.1 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia;

²³⁰³ Art.18.1 CCOL personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³⁰⁴ Art.47.1 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁰⁵ Art.51 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.47 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²³⁰⁶ Art.20 CCOL personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²³⁰⁷ Art.11 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

²³⁰⁸ Art.69 CCOL único para el personal laboral de la Administración Comunidad de Madrid 2021-2024.

prestación de los servicios públicos²³⁰⁹; razones técnicas, organizativas o productivas que lo justifiquen²³¹⁰; razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen²³¹¹, considerando en algún caso tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la Administración, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial²³¹² o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial²³¹³. Aún utilizando estos términos, más propios de la empresa que del ámbito público, en algún convenio colectivo se entiende que concurren estas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la Administración Pública a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca la satisfacción del servicio público que en cada caso tenga encomendado²³¹⁴.

También abundan los convenios que recogen un orden de prioridad de permanencia en cuanto a los trabajadores afectados por los traslados. Normalmente la prelación tiene en cuenta, salvo renuncia expresa a ese derecho²³¹⁵, la condición de representante legal de los trabajadores²³¹⁶. Así como la situación familiar o personal del trabajador²³¹⁷ como la edad del trabajador -personas mayores de 50 años²³¹⁸- o su discapacidad²³¹⁹; si tiene a su cargo menores de edad, personas mayores de 70 años o enfermos de menor edad o personas con discapacidad²³²⁰; si es víctima de violencia de género o pertenece a una familia monoparental²³²¹; si es titular de una familia numerosa²³²². Asimismo suele tenerse en cuenta la antigüedad del trabajador en la Administración Pública²³²³ o la

²³⁰⁹ Art.50.1 CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.47 CCol personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²³¹⁰ Art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; Art.13.2 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³¹¹ Art.22.1 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía; art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³¹² Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta.

²³¹³ Art.43 V Col único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³¹⁴ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³¹⁵ Art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²³¹⁶ Art.43 V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³¹⁷ Art.22.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³¹⁸ Art. 20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²³¹⁹ Art.48 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³²⁰ Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³²¹ Art. 20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

²³²² Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares.

²³²³ Art.22.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

distancia de su actual puesto de trabajo a aquel al que va a ser trasladado²³²⁴. En algún caso se mezclan circunstancias personales y del puesto de trabajo, así, por ejemplo, tendrán preferencia las personas del mismo Servicio y en su defecto del Área; en su defecto, las del municipio más próximo o con mejores facilidades de desplazamiento; en su defecto, las que tengan menores cargas familiares; y, finalmente, en defecto y en igualdad de condiciones, las de menor antigüedad²³²⁵.

Nos hemos encontrado con regulaciones muy completas en este sentido así, por ejemplo, el Convenio Colectivo del Principado de Asturias recoge la siguiente lista de prioridades: 1º) representantes sindicales; 2º) personas cuyo cónyuge trabajase por cuenta ajena, siempre que no sea posible también su traslado a la localidad objeto del mismo por no existir puesto de trabajo vacante para él o ella en el organismo o empresa en que preste servicio; 3º) personas con discapacidad física; 4º) personal laboral con hijos y/o hijas con discapacidades y otro tipo de parientes en la misma situación con quienes conviva el trabajador o la trabajadora, así como quienes tengan personas mayores a cargo; 5º) titulares de familia numerosa; 6º) personal con hijos y/o hijas en edad escolar; 7º) personal con mayor antigüedad en la Administración Pública y 8º) personal cursando estudios oficiales en la localidad donde residan²³²⁶.

Respecto a los requisitos formales para implementar la decisión de movilidad geográfica, varían en función del menor o mayor perjuicio que puedan ocasionar al trabajador afectado. Sin especificar a qué supuesto concreto de movilidad geográfica se refieren, hay convenios colectivos que exigen informe previo de la Comisión paritaria del convenio²³²⁷; o que los expedientes de movilidad geográfica serán autorizados por el Consejero de Presidencia y Justicia²³²⁸; o necesidad de autorización por Decreto de Presidencia²³²⁹; que se acordarán mediante resolución de la Consejería competente en materia de función pública, previa propuesta de la Administración empleadora donde

²³²⁴ Art.18.3 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²³²⁵ Art.13 CCOL único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²³²⁶ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³²⁷ Art.18 CCOL colectivos laborales al Servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi para los años 2010/2011.

²³²⁸ Art.66.4 VII CCOL personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²³²⁹ Art.37 CCOL personal laboral de la empresa Diputación de Valladolid.

presta servicios el trabajador afectado y previa comunicación e informe del Comité de Empresa²³³⁰.

Por lo general, son más garantista si la decisión es definitiva o si implica cambio de localidad de trabajo o incluso de localidad de residencia. Encontramos convenios en los que, sin embargo, no se diferencian estas circunstancias y simplemente se exige la notificación por la Administración a la persona afectada, así como al Comité de Empresa, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad²³³¹; la información previa a la CIV²³³²; la notificación al trabajador con una antelación mínima de dos meses.

En el supuesto de traslados dentro de la misma localidad no suele advertirse diferencias procedimentales en función de si la decisión es definitiva o temporal. Así habrá que ponerlo en conocimiento de los representantes legales²³³³, en algún caso se establece que en el plazo de tres días²³³⁴. En cuanto al contenido de esta información o puesta en conocimiento, en algún convenio, además de comunicar previamente su decisión a los representantes legales de los trabajadores, habrá de informarles de las razones de ésta²³³⁵; en otros casos sólo se habla de información puntual a los representantes de los trabajadores²³³⁶.

Si la movilidad geográfica implica cambio de centro de trabajo en diferente localidad pero sin cambio de residencia, las exigencias formales varían de unas Administraciones Públicas a otras. En algunos convenios simplemente se exige comunicación al afectado²³³⁷. En otros se comunica a la representación de los trabajadores²³³⁸; cuando el desplazamiento dure más de 30 días se deberá comunicar al personal por escrito, con 15 días de antelación, en el que se hará constar tanto las razones del mismo como la duración

²³³⁰ Art.9 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011.

²³³¹ Art.20 CCol personal laboral al servicio de Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²³³² Art.13 CCol único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada

²³³³ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³³⁴ Art.18.1 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³³⁵ Art.47.2 VIII CCol personal laboral al servicio Administración Junta de Comunidades Castilla La Mancha.

²³³⁶ Art.21 CCol personal laboral de la Excmá Diputación Provincial de Ávila.

²³³⁷ Art.21 CCol personal laboral del Consejo Insular de Menorca.

²³³⁸ Art.18.1 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

aproximada del desplazamiento²³³⁹. O ha de garantizarse audiencia previa a del Comité de empresa²³⁴⁰.

Hay casos en los que se exige una fase negociadora²³⁴¹ o un período de consultas. Por ejemplo, si la lejanía del nuevo puesto de trabajo es superior a 10 kilómetros, se negociará previamente en la Comisión de Convenio, sin perjuicio de lo establecido en la legislación laboral vigente para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo²³⁴². O se remite al período de consultas con la representación legal de los trabajadores en los términos de art.40.2 ET, tras la cual la Administración notificará al personal afectado y a la representación legal del personal laboral la decisión final con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad²³⁴³ En otros supuestos es necesario el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores²³⁴⁴; y de no alcanzar éste en un plazo de 60 días, se produce una remisión a la legislación en vigor sobre la materia²³⁴⁵.

Habitualmente resulta más compleja para la Administración Pública la adopción de la decisión de cambio de centro de trabajo con cambio de localidad de residencia. Aquí vamos a encontrar convenios que reflejan situaciones muy heterogéneas con o sin distinción de la temporalidad del traslado, o con o sin diferenciar si el traslado es individual o colectivo.

En algún caso se requiere informe del comité de empresa e información al trabajador²³⁴⁶; o se implica a la comisión paritaria quien deberá conocer la cuestión antes de la resolución²³⁴⁷. Basta con la notificación a la persona afectada, así como a los representantes legales de los trabajadores con una determinada antelación mínima, por ejemplo, 30 días naturales a la fecha de su efectividad²³⁴⁸. Dicha notificación expresará

²³³⁹ Art.38.2 CCol personal laboral de la empresa Diputación de Valladolid.

²³⁴⁰ Art.16 CCol de treball de la Diputació de Barcelona.

²³⁴¹ Art.61.3 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²³⁴² Art.22.6 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁴³ Art.48 VIII CCol personal laboral al servicio Administración Junta Comunidades de Castilla La Mancha

²³⁴⁴ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón

²³⁴⁵ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón

²³⁴⁶ Art.9 CCol de trabajo de la empresa personal laboral al servicio de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2008, 2009, 2010 y 2011

²³⁴⁷ Art.9 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz.

²³⁴⁸ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia; art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta; art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

las causas que motivan el traslado, el centro de trabajo al que se le traslada y la fecha a partir de la cual debe surtir efecto²³⁴⁹.

En otros casos se requiere período de consultas con la representación legal de los trabajadores en los términos de art.40.2 ET, tras la cual la Administración notificará al personal afectado y a la representación legal del personal laboral la decisión final con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad²³⁵⁰.

También suele exigirse previo acuerdo con la representación de los trabajadores y las trabajadoras²³⁵¹; información previa a la CIV para la negociación y acuerdo²³⁵². De no alcanzarse acuerdo – en los supuestos en los que se contempla un plazo de negociación - en un plazo de 60 días, remisión a la legislación en vigor sobre la materia²³⁵³.

En otros casos, si el trabajador o trabajadora no aceptara el traslado, la persona responsable de la Administración que tenga la competencia para solicitarlo lo pondrá en conocimiento de la Comisión del Convenio para que, previo informe de la representación legal del personal correspondiente, adopte la decisión definitiva. Adoptada esta en sentido positivo, se estará al procedimiento establecido en el art.40.1 ET²³⁵⁴. En algún convenio se requiere la previa aceptación personal. Si no se aceptara el traslado, la Corporación lo pondrá en conocimiento de la CIV para que, previo acuerdo, adopte la decisión definitiva. Adoptada ésta en sentido positivo, se estará al procedimiento establecido en el artículo 40 (hay que entender del ET), según se trate de traslado individual o colectivo²³⁵⁵.

Aunque no son muchos, algún convenio diferencia entre traslado individual y colectivo²³⁵⁶, y remite para diferenciar un supuesto de otro a los umbrales de trabajadores previstos en el ET²³⁵⁷. A veces, tras esta diferenciación, se produce una remisión al ET en cuanto al procedimiento²³⁵⁸. En otros, en cambio, se regula el procedimiento a seguir que en el caso de la Administración General del Estado, de tratarse de traslado individual,

²³⁴⁹ Art.22.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁵⁰ Art.48 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁵¹ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³⁵² Art.13 CCol único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²³⁵³ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²³⁵⁴ Art.22.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁵⁵ CCol único del personal laboral al servicio de la Diputación Provincial de Granada.

²³⁵⁶ Art.50.2 CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²³⁵⁷ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³⁵⁸ Art.11 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

exige negociación en la correspondiente subcomisión paritaria en el plazo de quince días desde su presentación con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión y posteriormente se notificará la decisión de movilidad a la persona afectada y a su representación legal y sindical con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Y cuando el traslado sea colectivo dispone que irá precedido de un período de consultas con la representación legal de los trabajadores, remitiendo al ET. Finalizada la negociación o el período de consultas la decisión de traslado será comunicada al personal laboral afectado y a la subcomisión paritaria correspondiente con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad²³⁵⁹.

Ocasionalmente se precisa que los traslados colectivos necesitarán el acuerdo de la Comisión del Convenio, una vez adoptado el cual remite al procedimiento del art.40.2 ET²³⁶⁰.

En cuanto al desplazamiento temporal con cambio de residencia suele exigirse la simple comunicación o información a la persona afectada, por escrito y con antelación suficiente a la fecha de su efectividad - quince días o no inferior a 15 días naturales en el caso de desplazamiento superior a 3 meses y de 5 días naturales cuando exceda de 15 días²³⁶¹ -, haciéndose constar tanto las razones del desplazamiento como la duración aproximada de éste²³⁶². O además de al trabajador, comunicación por escrito a su representación sindical y a la Subcomisión paritaria correspondiente, con quince días de antelación- o con una antelación mínima de 10 días laborales a la fecha de su efectividad²³⁶³, haciendo constar las razones del mismo y la duración aproximada²³⁶⁴.

Se contempla la obligación de la Administración de informar periódicamente a los representantes de los trabajadores sobre los desplazamientos. Así, con carácter semestral se informará de los desplazamientos temporales que se realicen al comité de empresa y a las secciones sindicales de las organizaciones presentes en la comisión paritaria²³⁶⁵.

²³⁵⁹ Art.50.3 CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²³⁶⁰ Art.22.3 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁶¹ Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³⁶² Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²³⁶³ Art.48 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁶⁴ Art.51 Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²³⁶⁵ Art.70.3 CCol único para el personal laboral Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024.

La designación del concreto trabajador afectado por la decisión de movilidad geográfica, en algún supuesto, precisa de la elaboración previa de unos criterios generales que permitan determinar los trabajadores afectados por la misma se negociarán con el Comité de Empresa²³⁶⁶. En otros casos, la decisión de aplicar la movilidad geográfica tomará en consideración que el trabajador afectado ostente la categoría profesional y cualificación necesaria para desempeñar el puesto de destino y que no exista en un centro de trabajo más próximo otra persona con el mismo perfil profesional y cuyo traslado fuera posible²³⁶⁷.

Es llamativa la previsión de uno de los convenios en el que se indica que sólo podrán promoverse medidas de movilidad geográfica cuando en la localidad en la que preste servicios el personal afectado no exista un centro en el que, por necesidades de los servicios debidamente motivadas por escrito, pueda desarrollar las funciones propias de su categoría o grupo profesional. De no existir en la localidad donde preste servicios un puesto de trabajo con estas condiciones podrá optar voluntariamente por ocupar un puesto de otra categoría o grupo inferior antes de realizarle una movilidad a localidad distinta²³⁶⁸.

A veces se establece un determinado plazo para incorporarse al nuevo puesto de trabajo. Aplicables también a los supuestos de concurso, si no implica cambio de residencia se establece un plazo de 3 días hábiles y de implicarlo se contempla un plazo de un mes, que computan desde el día siguiente al de la publicación o notificación de la resolución correspondiente²³⁶⁹.

Se procurará que el traslado cause las menores molestias al trabajador²³⁷⁰. Se garantiza al trabajador afectado por el traslado el derecho a percibir la totalidad del salario²³⁷¹ y el respeto de la categoría profesional del puesto de procedencia, como también el mantenimiento de cualquier otra condición más favorable que tenga reconocida²³⁷². No suele especificarse mucho más salvo que la movilidad geográfica implique un cambio de localidad donde llevar a cabo la prestación de servicios. En estos casos, lo habitual es que se compensen, con mayor o menor generosidad, los gastos que

²³⁶⁶ Art.30.3 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia.

²³⁶⁷ Art.22.2 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁶⁸ Art.15 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁶⁹ Art.52 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²³⁷⁰ Art.11 V CCOL personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

²³⁷¹ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³⁷² Art.20 CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

el trabajador ha de abordar con motivo de estos desplazamientos a su nuevo lugar de trabajo²³⁷³. De este modo lo normal es abonarle los gastos de viaje y dietas a que hubiera lugar. También se diferencia en función de la distancia, así por ejemplo, se tendrá derecho a percibir los gastos de viaje y a la media dieta o a la dieta reducida a centros de trabajo situados hasta 30 kilómetros; y en el caso de ubicarse a más de 30 kilómetros de su residencia habitual, se tendrá derecho a percibir gastos de viaje y dieta²³⁷⁴. O se establece una escala de euros por kilómetro variable en función de distintos tramos de kilómetros, desde un mínimo de 15 a un máximo de 50 kilómetros²³⁷⁵. O el alejamiento del domicilio habitual de la persona trabajadora se indemniza por una sola vez con una cuantía fija que variará en función de los kilómetros de distancia al nuevo puesto de trabajo, desde un mínimo de 10 kilómetros a más de 40²³⁷⁶. O una indemnización en cuantía fija pero variable, en función de si la distancia del nuevo centro de trabajo es superior a 20 ó 35 kilómetros, pero inferior a 50 kilómetros, salvo que la Administración facilite medio de transporte²³⁷⁷. Destacamos el Convenio colectivo del Principado de Asturias por su detallada regulación en este sentido. Cuando como consecuencia de la distancia existente entre los centros de trabajo ubicados en distintas localidades, y por la mayor distancia a recorrer o por las dificultades de transporte se ponga de manifiesto que se ocasiona un perjuicio al trabajador o trabajadora, procederá la indemnización en cuantía equivalente al coste de desplazamiento en línea regular. Si no existiera línea regular, la indemnización se calculará según el coste fijado en concepto de kilometraje, tomando siempre como referencia una distancia superior a 20 kilómetros. No obstante, si se apreciaran circunstancias excepcionales, alegadas por cualquiera de las partes, que aconsejaran modificar el criterio fijado en función de los 20 kilómetros de distancia podrá ser objeto de negociación dentro del plazo de los 60 días previsto en este caso, la procedencia de la indemnización²³⁷⁸. También llama la atención algún convenio que computa como jornada laboral el tiempo necesario para el desplazamiento²³⁷⁹.

Mayores son las compensaciones del trabajador que se ve obligado a cambiar de residencia. Habitualmente se le da preferencia para ocupar las vacantes de su categoría

2373 Art.61.1 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2374 Art.70 CCOL único personal laboral de la Administración de la Comunidad de Madrid 2021-2024.

2375 Art.48 VIII CCOL personal laboral al servicio Administración Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

2376 Art.20 CCOL personal laboral al servicio de la Administración de Comunidad Autónoma Islas Baleares.

2377 Art.50.5 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

2378 Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias

2379 Art.21 CCOL personal laboral del Consejo Insular de Menorca

que se produzcan en el lugar de origen y la Administración Pública habrá de informarles de las que haya en cada momento²³⁸⁰. Preferencia para ocupar las vacantes que se produzcan en el centro, localidad o en su defecto provincia de procedencia²³⁸¹. Derecho de preferencia que solo podrá ser ejercido una vez²³⁸². O derecho que podrán ejercitar, transcurrido un año desde el traslado, en los términos que se establezca en la respectiva convocatoria, para ocupar las vacantes de necesaria provisión de su grupo o categoría profesional que se produzcan en la localidad de origen durante los dos años inmediatamente siguientes²³⁸³.

Se establece igualmente como garantía que haya de transcurrir un período mínimo de tiempo para que el trabajador pueda verse afectado por otra nueva decisión empresarial de movilidad geográfica. Un plazo mínimo de 2 años²³⁸⁴ o de 4 años desde la anterior²³⁸⁵. O de 5 años desde el proceso anterior, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas y previa negociación con los representantes legales de los/las trabajadores/as²³⁸⁶.

Se incorporan medidas para conciliar la vida familiar y profesional. En el supuesto de que el trabajador trasladado curse estudios o tenga hijos en edad escolar, se procurará que el traslado se efectúe fuera del período lectivo ordinario²³⁸⁷. O se garantizará la obtención de plazas en centros oficiales educativos para los hijos del personal trasladado o, en su defecto, se garantizará el abono de los gastos de escolarización²³⁸⁸. La Administración gestionará colegios y guarderías de los hijos de los afectados por el traslado²³⁸⁹. O si el traslado afectara a una trabajadora en estado de gestación su

²³⁸⁰ Art.20 CCol personal laboral al servicio de la Administración Comunidad Autónoma Islas Baleares

²³⁸¹ Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes de ésta

²³⁸² Art.11 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura

²³⁸³ Art.18.2 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos

²³⁸⁴ Art.9 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz.

²³⁸⁵ Art.22.5 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁸⁶ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.50.4 CCol personal laboral de la Administración General del Estado

²³⁸⁷ Art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.48 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha; art.32 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Zaragoza.

²³⁸⁸ Art.20.2 CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³⁸⁹ Art.9 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz.

efectividad se demorará, a petición de ésta, hasta la finalización de la suspensión por maternidad²³⁹⁰.

Se reconoce al cónyuge o conviviente de hecho de la persona trasladada, que trabaje en la misma Administración Pública, derecho al traslado a la misma localidad²³⁹¹ o a la más cercana a ésta, si hubiera puesto de trabajo vacante²³⁹². En otros casos se precisa que el cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad a la conyugal, habrá de estar incluido en el ámbito del mismo convenio colectivo²³⁹³. De no haber puesto, tendrá derecho preferente para ocupar la primera vacante de su categoría profesional que se produzca, o de otra categoría dentro del mismo grupo profesional, siempre que tenga la titulación necesaria y capacidad para el desempeño del nuevo puesto²³⁹⁴.

No pueden dejar de mencionarse, por último, las compensaciones económicas que, normalmente, incluyen la atención de los gastos de traslado del trabajador y sus familiares²³⁹⁵ al nuevo destino y los gastos de mudanza de mobiliario y enseres²³⁹⁶ o los de alquiler. Se han encontrado convenios en los que se prevén compensaciones económicas que pueden incluir una indemnización en cuantía fija al trabajador trasladado que se incrementa, por ejemplo, en un 20% por cada persona que conviva a sus expensas y que efectivamente se traslade²³⁹⁷. En el supuesto de no facilitarle vivienda se le abonarán 4.508 euros, más un 20% por cada persona que viva a sus expensas y que efectivamente se traslade²³⁹⁸. La indemnización a percibir por el trasladado es de menor cuantía o inexistente si la Administración le proporciona vivienda²³⁹⁹. En otras ocasiones

²³⁹⁰ Art.48 CCOL personal laboral al Servicio de la Administración Pública de la Región de Murcia; art.48 VIII CCOL personal laboral al servicio Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²³⁹¹ Art.18.2 CCOL personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²³⁹² Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.20 CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; art.43 V Ccol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²³⁹³ Art.22.4 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁹⁴ Art.22.4 VI CCOL personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²³⁹⁵ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.61.1 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.50.4 CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²³⁹⁶ Art.22.2 VI CCOL personal laboral Administración General de la Junta de Andalucía; art.18 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²³⁹⁷ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³⁹⁸ Art.13.1 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

²³⁹⁹ Art.61.1 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.20.2 CCOL personal laboral al servicio de la Administración Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

la compensación se establece en dietas - indemnización de 2 dietas²⁴⁰⁰ ó 3 dietas enteras por cada persona que viva a sus expensas y que efectivamente se traslade²⁴⁰¹ u 8 dietas²⁴⁰²;

En algún caso se establece una horquilla de indemnización y la cantidad concreta que recibirá el trabajador afectado se determinará en función del traslado efectivo de residencia y los perjuicios causados al trabajador, correspondiendo a la comisión paritaria fijar la cuantía definitiva teniendo en cuenta las condiciones particulares que concurren en cada caso²⁴⁰³. O se incluyen unas cuantías mínimas por dietas, indemnizaciones y gastos de transporte y mudanza, aunque se negociará con el afectado la cuantía concreta²⁴⁰⁴.

Llama la atención el convenio que contempla un préstamo en lugar de una indemnización no reintegrable. Cuando el traslado de la empleada o empleado público le implique un cambio de residencia, en base a la distancia al lugar de destino, se le concederá un anticipo reintegrable de hasta 18.000 euros para adquisición de vivienda, previa justificación, a devolver en 48 mensualidades²⁴⁰⁵.

En el caso de movilidad geográfica temporal que implique cambio de residencia, es curiosa la redacción de algún convenio en el que se dice que de autorizar al personal laboral para su desplazamiento a utilizar vehículo propio, percibirá la indemnización prevista en la legislación vigente²⁴⁰⁶. Lo normal es que se prevea el abono de los gastos de viaje y dietas²⁴⁰⁷. O incluso una indemnización por cada día que dure el desplazamiento²⁴⁰⁸.

También se reconocen días de permiso retribuido pensados para que el trabajador pueda visitar su lugar de procedencia. De este modo, el personal afectado tendrá derecho

²⁴⁰⁰ Art.61.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁴⁰¹ Art.13.1 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias; art.50.4 CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴⁰² Art.22.2 VI CCol personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía.

²⁴⁰³ Art.11 V CCol personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura.

²⁴⁰⁴ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²⁴⁰⁵ Art.18 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²⁴⁰⁶ Art.38 CCol personal laboral de la empresa Diputación de Valladolid.

²⁴⁰⁷ Art.51.1 CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado; Art.20 CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

²⁴⁰⁸ Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

a tres días laborales de estancia en su domicilio por cada mes de desplazamiento²⁴⁰⁹; o cinco días laborales de estancia en el domicilio de origen por cada mes de desplazamiento, sin que se computen los del viaje, cuyos gastos serán a cargo de la Administración de la Comunidad Autónoma²⁴¹⁰. O de cuatro días laborales por cada tres meses de traslado, sin computar los días de viaje y siendo a cargo de la Administración los gastos de viaje²⁴¹¹; cinco días laborales por cada tres meses de desplazamiento, pero alegando causas justas²⁴¹²,...

El trabajador afectado por el traslado definitivo podrá rescindir su contrato de trabajo tendrá derecho a recibir la indemnización que se fije, como si se tratará de una extinción por causas tecnológicas o económicas - veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades²⁴¹³-, salvo acuerdo más favorable de la Comunidad Autónoma²⁴¹⁴. En algunos supuestos se mejora la indemnización prevista en el ET y ésta se eleva hasta 30 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades²⁴¹⁵; o de 40 días con un máximo de 12 mensualidades.

3. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la práctica negocial del personal laboral de las Administraciones Públicas

En primer lugar, cabe destacar que no puede decirse que esta herramienta de flexibilidad interna se recoja de manera generalizada en los convenios colectivos consultados²⁴¹⁶. Además, bastantes de los convenios que la recogen remiten todo el régimen de modificación sustancial de condiciones de trabajo a la legislación laboral²⁴¹⁷; en otros se establece el art.41 ET como regulación subsidiaria²⁴¹⁸ supletoria²⁴¹⁹; o se

²⁴⁰⁹ Art.38 CCol personal laboral de la empresa Diputación de Valladolid.

²⁴¹⁰ Art.20 CCol personal laboral al servicio de la Administración de Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²⁴¹¹ Art.48 VIII CCol personal laboral al servicio Administración Junta Comunidades Castilla La Mancha.

²⁴¹² Art.9 CCol personal laboral de la Diputación Provincial de Cádiz; Art.18.2 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²⁴¹³ Art.43 V CCol único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

²⁴¹⁴ Art.20 CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

²⁴¹⁵ Art.18 CCol personal laboral de la Administración General de la Comunidad de Castilla León y organismos autónomos dependientes.

²⁴¹⁶ Art.46 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.63 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.50 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha;...

²⁴¹⁷ Art.63.2 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.12 Convenio de aplicación al personal laboral de la Diputación Provincial de Burgos.

²⁴¹⁸ Art.14 VI CCol único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008.

²⁴¹⁹ Art. 8.3 CCol Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias

efectúa una parcial remisión al ET²⁴²⁰; o una mención al art.41 ET, entre otros, en materia de organización del trabajo reconociendo las facultades de información y audiencia de los trabajadores²⁴²¹. Llama la atención algún convenio que, curiosamente, en esta materia remite al EBEP - *“si a consecuencia de la organización del trabajo se originaran modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, bien de carácter individual bien de carácter colectivo, las mismas se articularán de conformidad con lo previsto en el EBEP y demás normativa de aplicación”*²⁴²².-.

Sorprende el convenio colectivo de la Ciudad Autónoma de Ceuta al incluir que los proyectos de reorganización administrativa que impliquen modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los trabajadores, tendrán el siguiente tratamiento: información previa previamente a las Centrales Sindicales firmantes del presente Convenio de los proyectos de cambios organizativos que impliquen transformaciones del régimen jurídico de un servicio u organismo o reasignación de efectivos de personal. En la fase de elaboración del proyecto de cambio de marco jurídico del servicio u organismo afectado o de realización de los trabajos técnicos necesarios para la reasignación de efectivos, la Administración negociará con los sindicatos sobre la repercusión que tales procesos tengan en las condiciones de trabajo del personal afectado. Y finalizado el cambio de marco jurídico o los trabajos técnicos para la reasignación de efectivos, la Administración negociará con los sindicatos el destino, régimen y condiciones que se acuerden, así como los posibles cursos de adaptación o reciclaje que fueren necesarios²⁴²³.

En cuanto a las causas que posibilitan su aplicación, en algunos convenios se enumeran literalmente las del ET - *“deberán venir motivadas en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”*²⁴²⁴; o enumerándose se les dota de definición – esas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción *“se entenderá que concurren cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una mejor organización de sus recursos”*²⁴²⁵-. Otros

²⁴²⁰ Art.15 CCOL de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²⁴²¹ Art.8.15 V CCOL sobre regulación de condiciones de trabajo de empleados de Diputación de Alicante.

²⁴²² Art.33.2 CCOL personal laboral de la Diputación Provincial de Córdoba.

²⁴²³ Art.44 Acuerdo regulador y convenio colectivo de los funcionarios y personal laboral ciudad de Ceuta 2005-2007.

²⁴²⁴ Art.63.2 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón; art.70 VII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Art.18 CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

²⁴²⁵ Art. 70.1 VII CCOL personal laboral al servicio de Administración Comunidad Autónoma de Cantabria.

omiten la causa económica, manteniendo las causas técnicas, organizativas o productivas²⁴²⁶; o se habla de causas técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos²⁴²⁷. Hay convenios que, prescindiendo de las causas económicas y productivas, añaden como causa *“la mejor prestación de los servicios públicos que lo justifiquen”*²⁴²⁸.

En menor número, hay convenios que facilitan una enumeración de causas específicas para la Administración Pública, e incluso llegan a definir las. Así se habla de *“probadas razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos. Se entenderá que concurren dichas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la prestación del servicio público en el ámbito del departamento u organismo, a través de una más adecuada organización de sus recursos humanos”*²⁴²⁹.

En relación con el concepto de modificación sustancial, lo habitual es efectuar una remisión a la legislación laboral²⁴³⁰ y también en cuanto a las condiciones de trabajo modificables se remiten o se reproducen todas las mencionadas en el art. 41 ET²⁴³¹. Los menos, regulan expresamente la modificación de ciertas condiciones de trabajo. Por ejemplo, en el caso del Convenio Colectivo de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, se concretan las funciones que pueden ser objeto de modificación unilateral por el empresario. Expresamente se dice que: *“las funciones, cuando excedan de los límites que para movilidad funcional prevé el art. 46 del convenio colectivo –en términos semejantes al art.40 ET, sin que en ningún caso pueda implicar la reclasificación profesional del personal afectado, ni corresponder a categorías profesionales inferiores a las de su grupo profesional salvo que en este último caso acepte voluntariamente ocupar un puesto de otra categoría profesional de grupo inferior para el que cumpla los*

²⁴²⁶ Art. 14 VI CCol único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008.

²⁴²⁷ Art.15 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos; art.12 CCol de aplicación al personal laboral de Diputación Provincial de Burgos.

²⁴²⁸ Art. 50 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴²⁹ Art.46.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴³⁰ Art.46.1 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴³¹ Art.18 CCol personal laboral al servicio de Administración de la Comunidad Autónoma Islas Baleares.

requisitos previstos en el Anexo III". A veces los convenios añaden la expresión "otras materias distintas de las anteriores, previo acuerdo en la Comisión Negociadora"²⁴³².

En cuanto a las formalidades para adoptar la decisión de implementar esta medida de flexibilidad interna suele producirse una remisión al procedimiento de modificación individual o colectivo al ET²⁴³³. A veces se concreta a quién corresponde, dentro de la Administración, adoptar la decisión de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo. Así por ejemplo, en la AGE será "la persona titular de la Subsecretaría u órgano competente en materia de personal"²⁴³⁴.

Habitualmente se contempla un procedimiento único para ambos tipos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, lo cual suele resultar favorable a los trabajadores afectados por la modificación individual. En algún caso se incluye, como requisito previo, el informe favorable de los y/o las representantes legales de los trabajadores y de las trabajadoras, que deberá emitirse en el plazo de 15 días hábiles; a tal efecto les será entregado informe relativo a la incidencia en las condiciones de trabajo de las personas que resulten afectadas. Si transcurrido el plazo previsto no se hubiese recibido el informe de los y/o las representantes legales del personal, o el emitido no fuese favorable, las modificaciones sustanciales serán resueltas conforme a lo previsto en las disposiciones legales en la materia²⁴³⁵.

En otros se habla de que la modificación sustancial debe estar precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores/ras de duración no inferior a 15 días²⁴³⁶. En otros convenios se habla de negociación previa con los representantes de los trabajadores²⁴³⁷-. Se concreta, aunque la redacción es semejante a la del ET, en qué ha de consistir el período de consultas. De esta manera se recoge que "el periodo de consultas debe hacer referencia a las causas que motivan la decisión de la Administración y a la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, y también a las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores/ras afectados. Durante el

²⁴³² Art. 50.1 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴³³ Art.70.2 VII CCOL personal laboral al servicio Administración de Comunidad Autónoma de Cantabria.

²⁴³⁴ Art.46.2 IV CCOL único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴³⁵ Art. 8.3 CCOL Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias

²⁴³⁶ Art.14 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008; art. 50.2 VIII CCOL para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴³⁷ Art.63.3 VII CCOL Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

periodo de consultas, las partes deben negociar de buena fe de cara a la obtención de un acuerdo”²⁴³⁸.

Tras el período de consultas, la Administración notificará al personal afectado y a la representación legal del personal laboral la decisión final, con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad²⁴³⁹.

De no alcanzarse acuerdo en el periodo de consultas las actuaciones se elevarán a la Comisión Paritaria. De persistir el desacuerdo, la Administración podrá efectuar de forma motivada dicha modificación previa notificación a las personas afectadas y a la representación legal del personal laboral, con una antelación mínima de 15 días²⁴⁴⁰.

Como dispone el art.41.5 ET si el período de consultas finaliza sin acuerdo, se notifica la decisión a los trabajadores afectados y ésta surte efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Algunos convenios recogen una regulación algo diferente. De esta manera, por ejemplo, “en caso de desacuerdo, la Administración tiene que notificar la decisión tomada a los trabajadores/ras afectados y a sus representantes legales, y, previamente a la fecha efectiva de aplicación de la decisión de la Administración, se tiene que abrir un plazo de 30 días”²⁴⁴¹.

Hay algunos convenios, no obstante, que concretan el procedimiento individual o colectivo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Comenzando con la modificación individual encontramos algunos convenios que refuerzan los requisitos formales para una mayor garantía del empleado público afectado, introduciendo mayores “trabas” a la Administración Pública que adopte la decisión de introducir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo, se establece una obligación de negociación en la correspondiente Subcomisión Paritaria en el plazo de quince días desde su presentación, con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión. Tras la cual, la decisión de modificación se notificará a la persona afectada y a su representación legal y sindical con una antelación mínima de

²⁴³⁸ Art.14 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008.

²⁴³⁹ Art. 50.2 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴⁴⁰ Art. 50.2 VIII CCOL personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴⁴¹ Art.14 VI CCOL único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat de Cataluña del período 2004/2008.

quince días a la fecha de su efectividad, así como a la Subcomisión paritaria²⁴⁴². O también se prevé negociación en la Mesa General de Negociación, con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión. Con posterioridad a dicha negociación, la decisión de modificación se notificará al trabajador afectado y a sus representantes legales y sindicales, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad²⁴⁴³.

En cuanto a la modificación colectiva, la negociación colectiva suele establecer también un procedimiento específico. Se concreta también la documentación o información que la Administración Pública debe hacer llegar a los representantes de los trabajadores – por ejemplo, una memoria justificativa de las causas o motivos de la modificación propuesta, así como de las medidas a aplicar y sus referencias temporales²⁴⁴⁴ -, con lo cual creemos se subraya la necesidad de buena fe en la fase de consulta y, en su caso de negociación, por parte de la Administración empleadora. En algún caso se dispone que finalizada la negociación o período de consultas la decisión de modificación se notificará a la personal laboral afectado y a la Subcomisión paritaria correspondiente con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad²⁴⁴⁵.

En el caso de no llegar a acuerdo sobre la modificación con los representantes de los trabajadores, si la decisión es impugnada ante la Jurisdicción social, se contempla la suspensión de la aplicación de la medida hasta que recaiga sentencia que declare si la misma es justificada o injustificada²⁴⁴⁶. Se incluye, con finalidad pedagógica para los empleados públicos, que en el supuesto de que la sentencia declare que es injustificada, no se podrá en marcha, la modificación de condiciones de trabajo²⁴⁴⁷.

Respecto a las garantías para el trabajador afectado por la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo, generalmente los convenios se remiten a las previstas en el art.41 ET²⁴⁴⁸. Se garantiza, en todo caso, el mantenimiento del salario, previo a la modificación, del puesto de origen - en el caso de modificación de funciones “el

²⁴⁴² Art.46.2 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴⁴³ Art.15.2 CCol de los empleados públicos y personal laboral de la Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²⁴⁴⁴ Art.46.2 IV CCol único para el personal laboral de la Administración General del Estado; art.15.2 CCol de los empleados públicos y personal laboral Diputación Provincial de Jaén y sus organismos autónomos.

²⁴⁴⁵ Art.46.2 IV CCol único personal laboral de la Administración General del Estado.

²⁴⁴⁶ Art.63.3 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁴⁴⁷ Art.63.3 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁴⁴⁸ Art. 70.3 VII CCol personal laboral al servicio Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

trabajador o la trabajadora tendrá derecho al salario base y a los complementos que deriven de la relación de puestos de trabajo para el puesto desempeñado, salvo que ello suponga una minoración de sus retribuciones, en cuyo caso percibirá el salario base y los complementos que correspondan al puesto de origen”²⁴⁴⁹-. Se le posibilita participar en el primer traslado que se convoque sin limitación en cuanto al periodo de permanencia en el anterior puesto de trabajo²⁴⁵⁰.

En algunos convenios colectivos se habla de una *novación ex lege* ante la introducción de cualquier modificación sustancial de las condiciones de trabajo –“Cuando se produzcan modificaciones de las condiciones de trabajo, incluidos los cambios de categoría profesional, de conformidad con lo previsto en este Convenio y en la legislación vigente, operará la novación del contrato ex lege. Si la variación afecta a los términos establecidos, de forma escrita en éste, se modificará expresamente el mismo”²⁴⁵¹-.

Asimismo se reconoce el derecho a la rescisión de su contrato, siempre que la condición modificada no sea el sistema de trabajo y rendimiento (art.41.1.e ET) y a la indemnización de 20 días de salario por año de servicio pero mejorando la del ET que es tan sólo de nueve meses, y aquí se reconocen doce meses²⁴⁵².

²⁴⁴⁹ art. 50.2 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

²⁴⁵⁰ Art.63.3 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁴⁵¹ Art.63.1 VII CCol Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

²⁴⁵² Art. 50.2 VIII CCol personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

CONCLUSIONES

Primera: La intensa actividad de incesante prestación de servicios públicos que debe llevar a cabo la Administración Pública, con recursos siempre insuficientes y necesidades sociales crecientes y continuamente cambiantes de los ciudadanos, además de exigir una redistribución equitativa de los recursos públicos, obliga a dotarla de medios que le proporcionen flexibilidad suficiente para ir adaptándose a la realidad de nuevas coyunturas económicas y sociales y tecnológicas, en respuesta al cumplimiento del encargo constitucional de satisfacción del interés general y realización del Estado de bienestar. Por designio constitucional, la Administración Pública ha de actuar con objetividad, eficacia y eficiencia y, por ello, dentro de su potestad de autoorganización, precisa de flexibilidad. En esa necesidad de flexibilidad no hace sino incidir también la exigencia del cumplimiento del compromiso constitucional con la estabilidad presupuestaria y la prioridad absoluta del pago de la deuda, que van a introducir rigidez en la actuación de la Administración limitando o incluso reduciendo, sus posibilidades de gasto. En estas circunstancias se hace imprescindible una gestión impecable de los responsables de lo público que habrán de contar con medios adecuados que le faciliten agilidad en la gestión de sus recursos materiales y humanos.

Segunda: La adopción de esas medidas de flexibilidad en la gestión de sus recursos humanos debe llevarse a cabo tras una planificación estratégica de los mismos y ha de tener en cuenta la configuración de la RPT. Sólo tras un análisis de la realidad del empleo en cada Administración Pública, a la vista de disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos, se estará en condiciones para adoptar las decisiones más certeras sobre la necesidad de suprimir puestos de trabajo o de crearlos. O, en su caso, de adoptar medidas de flexibilidad interna. A su vez, la planificación estratégica de los recursos humanos precisa de la existencia de una auténtica dirección profesional, especializada en la gestión y selección del personal, y de la implantación de unos sistemas de evaluación del desempeño que verdaderamente cumplan con su función. Todo ello resulta básico para el correcto funcionamiento y modernización de la Administración y la calidad del servicio público; pese a ello, y recogiénose como obligatorias ya en el EBEP, son asignaturas pendientes de la gestión del empleo público.

Tercera: El ajuste de las condiciones de trabajo de los empleados públicos a través de medidas de flexibilidad de salida debería ser la última de las vías a explorar por el gestor público, dado que la prestación continuada de servicios públicos precisa de la permanencia en su trabajo de empleados públicos. La flexibilidad de salida no será posible con los funcionarios de carrera a los que se les reconoce el derecho a la inamovilidad en su condición de tales, por mantener una relación subjetiva con la Administración Pública, de la que no pueden verse privados, salvo en los supuestos predeterminados en la ley. La inamovilidad no puede contemplarse únicamente como una prebenda del funcionario de carrera, sino como una institución del Derecho Administrativo que, junto al régimen de responsabilidades o al de incompatibilidades, protege el correcto funcionamiento de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, el derecho a la inamovilidad impone un límite a la potestad de organización de la Administración Pública ya que le impide poner fin a su relación de servicio por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A los empleados públicos en régimen laboral sólo se les garantiza la estabilidad en el empleo conforme a la cual el contrato de trabajo se mantendrá y no será extinguido unilateralmente por el empresario, salvo que exista una causa justa. La relación laboral proporciona, en este sentido, mayor flexibilidad al empleador público dado que podrá acudir al despido por causas económicas, técnicas y organizativas si así lo justifica la protección del interés general. La derogación de la DA 16ª ET no impide a la Administración seguir aplicando a esta medida. La citada DA contenía una modulación o adaptación del régimen general del despido al empleador público pero, en la actualidad, desaparecida la misma y ante la ausencia de prohibición expresa, no hay impedimento para que, en aras del interés general, la Administración Pública pueda seguir recurriendo a los art.51 y 52.c ET.

Cuarta: La Administración Pública no dispone de la fluidez del empresario privado a la hora de incorporar nuevos efectivos a su plantilla. El actual sistema de acceso al empleo público, necesariamente garantista, introduce rigidez y, a la postre, genera temporalidad en el empleo público. La existencia de puestos de trabajo en los que no se puede elegir el régimen jurídico aplicable ya que, conforme al art.9.2 EBEP, deben ser ocupados por funcionarios y otras exigencias de la normativa administrativa que ralentizan la incorporación de nuevos efectivos fijos - que el puesto de fijo figure en la RPT, dotación presupuestaria, inclusión en la OEP, convocatoria pública de acceso,

condicionamiento de las tasas de reposición,...-, invitan a acudir al empleo temporal que, justificado por la urgencia y necesidad, le proporciona mayor flexibilidad al permitirle obviar buena parte de los anteriores trámites.

Por otra parte, como el sistema de acceso al empleo público es un elemento esencial para la existencia y adecuado funcionamiento del Estado Social de Derecho, el propio texto constitucional y el EBEP, que optan por el sistema de mérito, exigen a los procesos selectivos respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, entre otros. Como de lo que se trata es de que todos los ciudadanos tengan las mismas oportunidades de acceso al empleo público y de que, entre los mejores, se seleccione a los más cualificados en pro de el servicio al interés general sea el más eficaz y eficiente posible y no se vean comprometidas la objetividad y la imparcialidad del funcionamiento de la Administración Pública, los empleados públicos se seleccionan a través de procesos reglados y por órganos de selección predeterminados por la norma. Sin embargo, aún estableciendo la normativa que lo regula un marco generoso, al imponer, en realidad, pocos límites a su celebración, lo cierto es que en la práctica los procesos selectivos se han convertido en un mecanismo que introduce rigidez en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas y que favorece, probablemente sin pretenderlo, el crecimiento de la temporalidad – en cuyos procesos selectivos se exige celeridad y la exigencia de igualdad, mérito y capacidad se muestra un tanto descafeinada-. Los responsables de gestión de recursos humanos, que normalmente no cuentan con especialización en materia de selección, se encuentran desbordados y siguen sintiendo la ausencia en nuestra Administración de verdaderos directivos profesionales. Los órganos seleccionadores no son ni lo cualificados ni lo imparciales que deberían por lo que habría que recurrir a órganos de selección especializados y permanentes, opción que asimismo contempla el propio EBEP. Y los procesos selectivos resultan muy poco ágiles, se dilatan mucho en el tiempo, exigen gran sacrificio a los candidatos y aparecen alejados de las funciones reales de los puestos de trabajo a cubrir. En suma, este sistema fracasa en la captación y retención del talento que se siente atraído por la empresa privada que le proporciona retribuciones que la Administración Pública, con sus limitaciones de gasto, no puede ofrecer. Todo ello afecta a la eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público.

Quinta: Aún cuando se admiten restringidamente las prestaciones de servicios temporales, porque pueden proporcionar mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública, la permanencia en el empleo debe ser la nota

generalizada del mercado de trabajo, tanto público como privado, y a ello obliga el cumplimiento de la Directiva 1999/70/CE. La regla ha de ser, por tanto, que los funcionarios mayoritariamente lo sean de carrera y que la Administración Pública celebre contratos fijos y contratos fijos discontinuos. Sin embargo, la concertación de estos contratos laborales fijos presenta más trabas que en el empleo privado ya que la normativa administrativa obliga a que el puesto de trabajo esté contemplado en la RPT, incluido en la OEP, que cuente con dotación presupuestaria y que, entre otras, respete las limitaciones de las tasas de reposición. Y a éstas, cabe añadir los inconvenientes que, por ejemplo, en el contrato de fijo discontinuo plantea la legislación laboral al remitir parte de su regulación al convenio colectivo sectorial, como sucede en materia de criterios del llamamiento, posibilidad de crear bolsas de empleo o su celebración a tiempo parcial.

Sexta: El empleo temporal es necesario porque proporciona flexibilidad de entrada a la Administración Pública en el servicio al interés general, sin embargo, esta flexibilidad no puede conseguirse a costa de la desprotección y el abuso del empleado público. Tras las reformas de 2021 puede producirse una fuga de empleo público temporal en régimen de Derecho Laboral al mucho menos garantista régimen Administrativo ya que, al cese del funcionario interino, la normativa administrativa no contempla compensación alguna, lo que le permite un significativo ahorro de costes. Hay que valorar positivamente el que se limite el nombramiento de funcionarios interinos por vacante a un plazo máximo de tres años, lo que puede servir como medida preventiva para evitar un uso abusivo de esta figura; sin embargo, se amplía significativamente la duración del nombramiento por exceso o acumulación de tareas y se mantiene el nombramiento para la ejecución de programas de carácter temporal con una duración de tres años, ampliable hasta doce meses más -que parece plagiar al derogado contrato por obra o servicio - con lo cual no parecen justificarse las razones de urgencia y necesidad que motivan su nombramiento y da la sensación de lo que se busca, sobre cualquier otra cosa, obtener una flexibilidad superior a la proporcionada por la legislación laboral.

Séptima: En cuanto al ordenamiento laboral, la apuesta por la estabilidad en el empleo es clara, presumiéndose el carácter indefinido de los contratos. Ello no es incompatible con la existencia de contratación temporal para la atención de necesidades que revistan carácter coyuntural, porque es un elemento necesario para el funcionamiento de la empresa por la flexibilidad que proporciona, pero sí lo es con el abuso o fraude en la utilización de la misma. La excesiva temporalidad, además de precarizar a los

ciudadanos afectados, lastra nuestra economía y, en el caso del empleo público, afecta al correcto al funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho.

Tradicionalmente el ordenamiento laboral ha sido muy generoso con la Administración Pública al facilitarle un régimen de contratación temporal que modula el régimen jurídico común de estos contratos y sus efectos, así como al concebir modalidades específicas para uso exclusivo por el empleador público. Asimismo, nuestros Tribunales se han mostrado benevolentes cuando quien ha hecho un uso abusivo de la contratación temporal ha sido el empleador público. El recurso a la contratación temporal para atender necesidades de mano de obra estructurales, soluciona coyunturalmente el problema de atención ininterrumpida del servicio público pero coadyuva a generar una gran masa de empleados públicos temporales en condiciones abusivas y de precariedad, situación que a lo largo del tiempo y hasta la fecha, no ha sido percibida como una cuestión demasiado conflictiva o prioritaria ni para las distintas Administraciones Públicas, beneficiadas de la precariedad de parte de sus empleados públicos, ni para los sucesivos gobiernos que se han limitado a tolerarlas.

Octava: La reforma laboral no contempla apenas especialidades para la Administración en cuanto a los nuevos contratos temporales por circunstancias de la producción y por sustitución. Del régimen jurídico de los mismos cabe concluir, además de la inseguridad jurídica que está generando a los distintos operadores jurídico el tenor -quizás premeditado – de su redacción, las limitaciones de su aplicación al empleo público. En el caso del contrato por circunstancias de la producción, si se sostiene que la Administración no puede verse afectada por la negociación colectiva sectorial, a la que se le permite ampliarlo hasta un año, limitará su duración a seis meses y esto supondrá un aliciente para desplazar la temporalidad hacia el régimen administrativo. El contrato de sustitución de la persona trabajadora mantiene alguna especialidad porque, cuando se celebra para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, su duración podrá ser superior a los tres meses previstos para la empresa privada. La Jurisprudencia, con base en el asunto IMIDRA, sostiene que la duración máxima ha de ser de tres años, sin embargo la normativa, a diferencia del funcionario interino por vacante, sigue sin establecer expresamente un plazo máximo de duración de este contrato en el empleo público. En este sentido, la genérica remisión de la DA 4ª RD Ley 32/2021 a “*los términos establecidos en la Ley 20/2021*” sigue siendo demasiado confusa por lo que, en aras a la

seguridad jurídica y a una mayor protección de los trabajadores, sería deseable que la normativa se hiciese eco de este sentir de los Tribunales.

Novena: La normativa sigue contemplando modalidades contractuales temporales de uso exclusivo por la Administración así es que, además de los anteriores, ésta puede concertar contratos temporales asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y también aquellos que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos finalistas de la Unión Europea, de cuyo régimen jurídico apenas se dice. Su duración se plantea como incierta dado que será la que resulte necesaria para la culminación del programa o proyecto. Y una vez ejecutado éste, y previa denuncia, el contrato se extingue, pero no se prevé expresamente indemnización, aunque cabría pensar en aplicar la del art.49.1.c ET.

La existencia de una regulación especial en materia de contratación laboral, en el ámbito universitario e investigador, tiene su razón de ser en la búsqueda de la adaptación de la normativa laboral a las singularidades propias de este sector del empleo público, en el que se trata de canalizar una carrera profesional que conjuga formación, con docencia e investigación. En cuanto a la LOSU, nefasta ley que, con la práctica oposición de todos los destinatarios de la norma, de un día para otro, dibuja un esquema incompleto y confuso de contratos laborales, que no prevé un régimen transitorio de adaptación, que delega la indispensable concreción de su régimen jurídico al desarrollo reglamentario, autonómico y efectúa constantes llamadas a la autonomía universitaria y a la negociación colectiva para la concreción de aspectos clave de la relación de servicio de estos empleados públicos, ya está causando graves problemas de gestión y de financiación a los responsables de las Universidades Públicas. Suprime el contrato temporal de ayudante y aligera los requisitos para acceder al contrato temporal de ayudante doctor para hacerlo más atractivo, no exigiéndose ya acreditación, pero no se prevé indemnización a su finalización. Temporales también serán los contratos de profesores visitantes y distinguidos, así como el nuevo contrato de profesor sustituto que podría convertirse en la diana de la precariedad del profesorado universitario y acabar atendiendo a gran parte de las necesidades de mano de obra temporal que antes de la LOSU se atendían mediante el contrato de asociado a tiempo parcial.

Las modalidades de contratación de trabajo específicas del personal investigador que prevé la LCTI, además de atraer el talento, ambicionan reducir la precariedad de este

colectivo de empleados públicos y establecer pasarelas entre los investigadores y el personal docente e investigador universitario. Se mantiene el contrato predoctoral que a su extinción puede concatenarse con el también contrato de duración determinada de contrato de acceso de personal investigador doctor. Para ambos contratos se contempla una indemnización a su finalización por expiración del tiempo convenido, de doce días por año de salario por año de servicio. El contrato de investigador distinguido puede celebrarse por la duración que las partes acuerden con investigadores doctores de reconocido prestigio. Se prevé que, además de su rescisión por causas procedentes, pueda extinguirse por desistimiento del empleador, con preaviso de tres meses por escrito y con derecho a una indemnización en cuantía igual a la del despido improcedente.

Décima: Los macro procesos de estabilización de plazas, actualmente en ejecución, plantean dudas sobre si esta vía escogida como solución para la reducción drástica del empleo temporal – no exigida específicamente por la UE – es la idónea, y si no debería haber ido precedida de un análisis profundo de las necesidades cualitativas y cuantitativas de mano de obra a medio plazo. De alguna manera había que dar solución a los empleados públicos que sufrían esta situación de precariedad pero, aunque no se habla de consolidar personas sino de estabilizar plazas, el acceso a la condición de funcionario de carrera o laboral fijo por concurso o por concurso oposición, en la que la experiencia en puestos semejantes va a tener mucha relevancia, causa preocupación por el peligro de desnaturalización de los principios de igualdad, mérito y capacidad al priorizar el mérito sobre la capacidad. Los propios funcionarios de carrera lo han entendido como una desprofesionalización de su oficio; y los opositores, potenciales futuros funcionarios que, sin experiencia profesional en el sector público, han sentido que se desvanecen sus posibilidades de acceso. De cualquier forma, estos procesos pueden considerarse un clásico recurrente en nuestro empleo público por lo que, probablemente, no serán los últimos.

Decimoprimer: Hacia el futuro, la precariedad y el abuso en la contratación temporal en el empleo público pretenden evitarse a través de las medidas incluidas de la DA 17ª EBEP, algunas de previsible y dudosa eficacia práctica ante la carencia de elementos para hacerlas efectivas y por el riesgo de quedarse en un mero precepto programático. La exigencia de responsabilidad a los gestores públicos ante irregularidades en materia de contratación temporal y nombramientos de funcionarios interinos puede quedarse, como viene comprobándose en la práctica, en papel mojado. Es

por ello que debería implantarse un régimen de responsabilidades que constituya un mecanismo proporcionado, eficaz y verdaderamente disuasorio de futuros incumplimientos.

El golpe definitivo que pretende asestarse a los contratos temporales y los nombramientos de funcionarios interinos que superen sus plazos máximos de duración con el reconocimiento de una compensación económica, de veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, puede servir para mejorar la situación del funcionario interino. Sin embargo, su reconocimiento a los contratados laborales temporales, así como la nulidad de pleno derecho de dichos contratos, plantea múltiples interrogantes y sigue ofreciendo mucha menor protección que la declaración de fijeza del art.15 ET. Cabe cuestionarse también si, con la inclusión de esta compensación económica, además de recaer en el erario público y no en el verdadero responsable, se está dando cumplimiento a las exigencias del TJUE por no resultar lo bastante desincentivadoras para que la Administración cese en su hábito de ignorar las medidas de reducción de la temporalidad.

Decimosegunda: La creación jurisprudencial del indefinido no fijo surge para conciliar, en el empleo público laboral, la protectora normativa laboral con el cumplimiento de la normativa administrativa de acceso al empleo público. Aunque en la mayoría de las ocasiones, el acceso a la condición de trabajador indefinido no fijo se ha producido como efecto, aunque modulado, de la aplicación de las garantías previstas en la normativa laboral en favor de la estabilidad en el empleo de los trabajadores temporales, esto es, como solución protectora ante el fraude o el abuso en la contratación temporal, ha terminado convirtiéndose en el comodín al que acaba recurriéndose cuando la garantía ofrecida por el ordenamiento laboral es la fijeza de una relación laboral, y ello, con independencia de que estemos ante un trabajador con un contrato de duración determinada sobre el que se ha cometido fraude o abuso.

El reconocimiento de la condición de indefinido no fijo surge como una suerte de mejora de la posición del trabajador así calificado respecto del trabajador temporal regular. En la actualidad, se defiende su naturaleza predominantemente temporal y su régimen jurídico se asemeja al de los trabajadores fijos, ya que la diferencia entre unos y otros se encuentra en el modo de acceso a la plaza que ocupan y en la garantía de permanencia en ella, que, para los indefinidos no fijos sólo alcanza, hasta que sea cubierta por los pertinentes procedimientos reglados. Cualquier otra diferenciación entre los fijos

y los indefinidos no fijos ha de contar con una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, esta no deja de ser una solución frente al fraude incompleta – considerablemente peor que el fijo del sector privado - puesto que coloca al trabajador en una situación de riesgo permanente ya que, la Administración Pública puede en cualquier momento decidir crear la plaza – de no existir previamente- en la RPT y a continuación incluirla en la OEP para su provisión reglamentaria – selección a la que podría presentarse el indefinido no fijo con el riesgo de no ser el candidato seleccionado finalmente para ocuparla – o amortizarla– poniéndose fin a la relación laboral de este trabajador.

Tras los procesos de estabilización regulados por la Ley 20/2021, es posible que muchos de los indefinidos no fijos existentes en la actualidad en nuestro empleo público desaparezcan, felizmente después de haber obtenido plaza como fijos o, en el peor de los casos, al haber visto extinguida su relación laboral con la Administración Pública tras la cobertura reglamentaria de la plaza que ocupaban. Habrá que aguardar a comprobar los efectos de la aplicación de la DA 17ª EBEP que puede funcionar a suerte de dique de contención para una de las principales fuentes de creación de trabajadores indefinidos no fijos. Sin embargo, salvo que se idee otra solución – como ha sucedido con los trabajadores fijos en los que se ha subrogado la Administración Pública, tras una reversión de servicios públicos, en los que se opta por la fijeza condicionada al objeto de la transmisión-, todos aquellos otros supuestos en los que la solución protectora del ordenamiento laboral sea el reconocimiento de fijeza, seguirán siendo origen de nuevos indefinidos no fijos.

Decimotercera: Resulta incoherente que el art.15 ET limite la contratación temporal y apueste por el contrato indefinido- en el sentido de fijo- que ha de ser la regla general de contratación laboral en nuestro país y después siga manteniendo intacta la redacción del art.8 EBEP que distingue entre fijos, temporales e indefinidos – vocablo, que tanto para la doctrina y Jurisprudencia, en el ámbito del empleo público, se refiere al indefinido no fijo-.

O también puede colegirse que la normativa laboral específica del empleo público recupera el sentido original de la inclusión del vocablo “indefinido” en el art.8 EBEP, cuando con el mismo se quería tener en cuenta, entre los empleados públicos laborales, la situación específica de los profesores de religión, trabajadores que celebran un contrato con la Administración Pública no temporal pero sometido a condición resolutoria. Así, el contrato de actividades científico técnicas del art.23 bis LCTI, pese a declararse

formalmente indefinido, condiciona su existencia tanto a la pervivencia de la línea de investigación como al mantenimiento de las fuentes de financiación de esa actividad investigadora, por lo que esta figura podría no sortear el riesgo de temporalidad y precariedad del que venía huyendo. A la finalización de esta relación laboral le corresponderá la indemnización que resulte procedente. Nada más precisa la norma pero, sin duda, habrá que sopesar la conexión en este contrato entre financiación y línea de investigación a la hora de determinar la causa extintiva. Ante la ausencia de mayor precisión, podría acudir a los art.51 y 52.c ET, o incluso entender aplicable la causa de despido objetivo prevista en el art.52.e ET.

En su afán de lucha contra el falso profesor asociado, quizás sin la necesaria reflexión sobre la solución más adecuada y excusándose en las exigencias del TJUE, se transforma de contrato temporal parcial en contrato indefinido a tiempo parcial (art.79 LOSU). Y aquí se plantean, además de problemas presupuestarios, el dilema de cómo conciliar la legítima expectativa de los profesores ayudantes doctores a convertirse en profesorado permanente con el reconocimiento del carácter indefinido del profesorado asociado. Este contrato se extingue por el cumplimiento de una de las dos condiciones resolutorias previstas por la norma: una subjetiva, pérdida sobrevenida de los requisitos que hicieron posible su contratación - dejar de ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico - o una objetiva, desaparición de las necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional, se entiende que a través del art.51 ó 52.c ET.

Preocupa que, pese a los buenos propósitos tanto de la LOSU como de la LCTI en pro de la estabilización y de la mejora de las condiciones laborales de universitarios e investigadores, estas nuevas figuras tengan que enfrentarse, además de acuciantes problemas de financiación, tanto a la imprecisión como a los silencios de la norma y acaben generando una nueva bolsa de precariedad, con trabajadores de segunda, no plenamente fijos.

Decimocuarta: De la revisión de la doctrina del TJUE sobre el empleo público temporal español, se deduce la incompleta e insuficiente transposición de la Directiva 1999/70/CE a nuestro ordenamiento interno. Los efectos del incumplimiento de la normativa sobre empleo temporal son mucho más contundentes de tratarse de un empresario privado. En el caso de la Administración parecen poco efectivos para sancionar el abuso y para prevenir o disuadir de futuros comportamientos abusivos. Así, por ejemplo, la cuantía de las compensaciones o indemnizaciones que se reconocen al

trabajador temporal afectado, en muchos casos, son insuficientes dado que son las mismas que se reconocen en los supuestos de lícita extinción contractual. Las nuevas medidas introducidas en la normativa interna española en materia de lucha contra la temporalidad no abarcan a todo el espectro de posibles afectados – recuérdese que sigue sin contemplarse indemnización a la finalización del contrato de sustitución o la del nombramiento del funcionario interino-. Del mismo modo, la mejorable técnica legislativa utilizada para regular estas medidas y las nuevas figuras contractuales plantea muchos interrogantes y crea zonas de sombra en las que puede presagiarse el nacimiento de nuevos espacios de precariedad.

Decimoquinta: El recurso a la flexibilidad interna debería ser prioritario y el más utilizado por la Administración Pública tanto por las dificultades de aplicar medidas de flexibilidad de entrada y de salida, como por resultar la más coherente con el respeto a la estabilidad en el empleo y a la vez permitida dentro de la inamovilidad relativa del funcionario de carrera. Sin embargo, con frecuencia prefiere sustituirse por la flexibilidad de entrada, sobre todo, por empleo temporal.

La flexibilidad interna para el empleado público laboral en el EBEP es una buena muestra del confuso sistema de fuentes aplicable a esta relación laboral. En esta materia se plantea un esquema de fuentes bifronte: por un lado, lo previsto en la negociación colectiva – que, por regla general, tomará como modelo el Derecho del Trabajo- y, en su defecto, la normativa de funcionarios. Y esta confusa redacción quizás confía en que, o bien sea por lo convenido por los negociadores del convenio colectivo o bien, en su defecto, por la aplicación de las medidas de flexibilidad del ordenamiento administrativo, se produzca una homogeneización de las mismas que facilite la gestión de sus dualizados recursos humanos.

Comparado con el ordenamiento laboral, el ordenamiento administrativo contempla un menor número de instrumentos de flexibilidad interna, sin embargo, la Administración, debido a su cercanía al poder político, no tiene excesivas dificultades para introducir los ajustes que necesite por vías mucho más expeditivas de las que dispone un empresario privado. A través de la publicación de normativa - presupuestaria, sobre todo-, de urgencia y de su potestad reglamentaria puede conseguir de manera directa los objetivos pretendidos.

Hablar de flexibilidad interna en este ámbito del Derecho es hacerlo de la provisión de puestos de trabajo o la movilidad. La movilidad voluntaria está ampliamente extendida e incluso es reclamada por los propios funcionarios, pero la aplicación de distintas medidas de movilidad forzosa -sobre todo, la geográfica- es menos frecuente por el rechazo que produce en éstos. Sin embargo, una mejor redistribución de efectivos a través de la movilidad intraadministrativa y de la, menos explorada, movilidad interadministrativa, podría ser una medida para reconducir los posibles excedentes de empleados públicos a zonas con déficit, para una mejor atención del interés general y de la contención del gasto. Posibilidad que, de alguna manera, deberían incentivarse para resultar atractivos a los empleados públicos.

Decimosexta: El recurso por la Administración Pública a medidas de flexibilidad interna del ordenamiento laboral puede suponer, además de la elaboración de un plan de ordenación de recursos humanos, la necesidad de modificar la RPT. En cuanto a la movilidad funcional, el principal problema que plantea la aplicación del art.39 ET a los empleados públicos laborales es el encaje entre los grupos profesionales establecidos por la negociación colectiva, con las descripciones de los puestos de trabajo, más o menos completas, que efectúe la RPT. Del mismo modo, la posibilidad de reclamar el ascenso por realización de funciones superiores a las del grupo profesional durante un determinado tiempo, se limita a lo dispuesto en el convenio colectivo, pero condiciona la promoción del personal laboral al cumplimiento de los requisitos de igualdad, mérito y capacidad, porque en otro caso se vulneraría el art.103.3 CE. La movilidad geográfica del ET se entiende como una movilidad forzosa por lo que, aún contando con garantías para el trabajador afectado, al empleado público laboral les resultan más seductoras las previsiones de la norma administrativa en la que es habitual la voluntariedad en la movilidad, procurando conciliar los intereses de la Administración y de sus empleados.

En cuanto al art.41 ET, la Jurisprudencia admite de manera muy restringida y excepcional la condición más beneficiosa en el ámbito de las relaciones laborales del empleo público. Resulta complicado pensar en su existencia, fruto de la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo, cuando nos encontramos ante un empresario que debe actuar al servicio del interés general, obligado por los principios de legalidad e igualdad y sometido a las limitaciones presupuestarias; o en su nacimiento de un acuerdo extraestatutario, por los problemas de admisión de la negociación de pactos por la Administración al margen del ET. No obstante, en el caso de apreciar la presencia de una

condición más beneficiosa y tener que modificarla a través del art.41 ET, surge la dificultad de identificar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en la Administración Pública, que este precepto exige; porque ni es suficiente justificar la modificación sustancial en la genérica potestad de autoorganización de la Administración, ni introducir la modificación a través de una modificación de la RPT sin seguir el procedimiento del art. 41 ET.

Decimoséptima: La modificación, a través del art.82.3 ET, de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de convenio colectivo resulta plenamente aplicable a la Administración Pública. Los convenios de los que se poder descolgarse son convenios colectivos estatutarios de empresa o propios, dado que como se sostiene jurisprudencialmente la Administración Pública no puede quedar afectada por lo dispuesto en un convenio colectivo sectorial del que no ha formado parte ni está representada por las asociaciones empresariales firmantes del mismo. En la aplicación por el empleador público de esta herramienta del ordenamiento laboral suscitan interrogantes, por ejemplo, la redacción de las genéricas causas que necesariamente deben concurrir, poco acorde con el cometido de servicio público al interés general que da sentido a la existencia de la Administración Pública. En cuanto al procedimiento de inaplicación de lo dispuesto en un convenio colectivo, y ante la ausencia de acuerdo, debería plantearse, por ejemplo, aplicar unos procedimientos comunes de solución extrajudicial de conflictos tanto a laborales como a funcionarios dado que comparten un mismo empleador y con ese mismo empleador celebran pactos y acuerdos. También se cuestiona la imparcialidad del arbitraje de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma para decidir sobre la inaplicación de un convenio colectivo en el que es parte, como empleadora, la Administración Pública. Puede concluirse, en cualquier caso, que este mecanismo probablemente no sea el elegido prioritariamente por la Administración puesto que tiene a su disposición herramientas de menor complejidad aplicativa.

El mecanismo específico de descuelgue del art.32.2 EBEP, por lo que supone de menoscabo al derecho constitucional a la negociación colectiva, restringe su aplicación a la concurrencia circunstancias excepcionales y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las condiciones económicas y por el tiempo estrictamente necesario, conceptos jurídicos indeterminados, con un redacción demasiado espaciosa, que la actual redacción del precepto no trata de concretar. Las cláusulas a

modificar o suspender serán las estrictamente necesarias para salvaguardar el interés público y puede colegirse que ha tratarse de cláusulas relacionadas con gastos de personal, o que de algún modo tuvieran algún tipo de impacto económico. Ante la concurrencia de causas económicas extraordinarias, por su mayor sencillez, se prefiere esta herramienta a la del art.82.3 ET, ya que la Administración ni se ve obligada a negociar aspecto alguno con los representantes de los trabajadores, ni a acudir a procedimientos extrajudiciales en los que la solución la ofrezca un tercero independiente de las partes implicadas. Simplemente se exige informar a las organizaciones sindicales de las causas de modificación o suspensión, aunque hay que entender que, por la gravedad de sus efectos, tal decisión deberá motivarse y en ningún caso podrá tratarse de un acto discrecional. En la práctica, y a pesar de la existencia tanto del art.82.3 ET como del art.32.2 EBEP – y la del art.38.10 EBEP para los funcionarios-, la Administración elige la vía normativa para introducir modificaciones o suspensiones de lo pactado en negociación colectiva, lo cual, sin embargo, complica el posterior control judicial por parte de los afectados.

Decimoctava: La negociación colectiva en el sector público, aunque hay algún convenio que omite cualquier referencia a la flexibilidad interna, no ha tenido problemas en recoger estas instituciones para su aplicación al ámbito del personal laboral, por lo que normalmente no hay que acudir a lo previsto en esta materia para los funcionarios. En estos casos, suele producirse una remisión del convenio colectivo a lo dispuesto por la normativa laboral, si bien adaptando la definición de las causas y modulando el procedimiento de aplicación a las singularidades del empleador público. De los convenios colectivos analizados puede deducirse que la que tiene menor presencia es la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y que la movilidad geográfica es una herramienta menos frecuente que la funcional. Ello puede responder a la lógica mayor resistencia del empleado público y sus representantes sindicales a la movilidad geográfica forzosa, pero también al hecho de la falta de operatividad en aquellas Administraciones Públicas que únicamente tienen sede en una localidad o que geográficamente no abarca un territorio demasiado amplio.

Decimonovena: Si la Administración actúa sometida al principio de legalidad, como empresario laboral ha de ser un ejemplo de sujeto cumplidor de sus obligaciones y no parte principal del problema de la generación de temporalidad en nuestro mercado de trabajo. Y debería ser contundente en la exigencia de responsabilidades a aquellos gestores públicos a los que les encomiende la gestión del empleo público. Pero, al mismo

tiempo, la prestación de servicios por cuenta ajena, dependiente y retribuida para las Administraciones Públicas precisa de una regulación especial. La aplicación generalizada de las instituciones del Derecho común del Trabajo a la Administración Pública genera muchos problemas e inseguridades al gestor público y agravios comparativos con el resto de los laborales de nuestro mercado de trabajo, colocando en situaciones de precariedad a muchos empleados públicos. La inacción del legislador delega, de hecho, en los Tribunales el ir parcheando medidas para dar solución a las demandas de los afectados. El legislador debe de dejar de mirar para otro lado y regular la relación laboral especial de empleo público para facilitar el trabajo de los gestores de recursos humanos de la Administración Pública, dar seguridad jurídica y mejorar sus condiciones laborales, y aprovechar la ocasión para dar completo cumplimiento en el ámbito del empleo público a lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE.

Vigésima: La posibilidad de utilizar herramientas de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos de la Administración Pública va a ser crucial para el mantenimiento del Estado social en los próximos años porque, hay que retornar a la disciplina fiscal, previa a la pandemia, a la que España se comprometió. Los compromisos de equilibrio presupuestario, la necesaria reducción tanto del déficit como de la deuda, nos abocan muy probablemente a un sombrío escenario económico en el que habrá que incrementar impuestos y/o reducir gastos públicos.

Por otra parte, la sensación de colapso por la falta de empleados públicos y de desconexión de la Administración Pública de las necesidades de la gente real es cada vez más palpable. De la Administración que sirve con objetividad al ciudadano, se ha pasado al ciudadano “sírvese-usted-mismo” al que se le ha impuesto, el uso de la tecnología para relacionarse con la Administración Pública y al que se le presupone un considerable manejo a nivel de usuario, ignorando la profunda brecha digital hoy existente. Cuando se habla de modernizar y mejorar el funcionamiento de la Administración, los políticos, como si de un remedio infalible se tratase, lo fían todo a la digitalización y al uso de la IA. Pero lo cierto es que, a día de hoy, el empleado público es la pieza esencial para que la Administración Pública siga dando cumplimiento al mandato constitucional de garantizar la calidad, eficacia y eficiencia en el servicio al interés general. En todo este contexto, será fundamental un uso real de la planificación estratégica de los recursos humanos encabezada por verdaderos directivos profesionales.

No a muy largo plazo, la clase política de nuestro país debería mostrar generosidad y altura de miras para llevar a cabo, en un contexto económico que se augura no demasiado propicio y en un entorno tecnológico y social extremadamente cambiante y voluble, la reforma que nuestra Administración Pública y, en particular, la regulación de su empleo público precisa. Debería ser una reforma meditada y profunda, que tuviera en cuenta a los especialistas que en ella trabajan, una reforma que creyese en un destino justo y redistributivo del gasto público, priorizando el interés general. Sin una Administración independiente, eficaz y eficiente el Estado de bienestar, una de las mayores conquistas de nuestra civilización, peligra.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV.: Suplemento especial Reforma Laboral 2012. La opinión de los expertos, Aranzadi, 2012
- AA.VV.: El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociación colectiva (2013-2015), CCOO, Fundación 1º de mayo, Ed. Francias Lefebvre, 2016
- ABASCAL, G.: “Neoliberalismo y servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, nº 16, 2001
- AGIS DASILVA, M.: El lugar de trabajo: fijación y modificación, Tirant lo Blanch, 1999
- AGUILERA IZAGUIRRE, G.: La calidad como parámetro de actuación de la Administración Pública, *Actualidad Administrativa*, nº 22, 2010
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El principio de “causalidad” en la contratación temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pág. 317-342.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo” en MONTROYA, A. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012
- ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Resistencia judicial a la estricta defensa del interés empresa en detrimento del interés trabajo en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 6, nº 3, BIB 2013\1182
- ALAMEDA CASTILLO, M.T. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo”, *Trabajo y Derecho*, nº 14, 2016.
- ALBERTÍ ROVIRA, E.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- ALBI IBAÑEZ, E., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. y ZUBIRI, I.: *Economía Pública I*, Ariel, 3ª edición, 2009
- ALDOMÁ BUIXADÉ, J.: “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público” en DEL REY GUANTER, S.(Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008
- ALEGRE ÁVILA, J.M.: “El sistema de carrera administrativa” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.271 y ss
- ALEMÁN PÁEZ, F.: *El encuadramiento profesional*, MTSS, 1995
- ALEMÁN PÁEZ, F.: “Pactos extraestatutarios y modificación empresarial de condiciones colectivas de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 12/20122/2012, 2012 (BIB 2012\645)
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “El control judicial de la modificación sustancial de las condiciones, la movilidad funcional y la movilidad geográfica”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “La negociación colectiva en el empleo público” en PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G.: *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, 2013
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo”, *Trabajo y Derecho*, nº 37, 2018
- ALFONSO MELLADO, C.L.: “Los abusos de temporalidad en el empleo público: la viabilidad de las vías de consolidación del personal indefinido no fijo”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 186, 2018
- ALIAGA RODRÍGUEZ, R.: “Los motivos en los ceses de “libre designación””, *Diario La Ley*, nº 9843, 5/5/2021
- ALMEIDA CERREDA, M.: “La redelimitación de las competencias de los municipios en materia de educación, sanidad, salud y servicios sociales y su transferencia parcial a las Comunidades Autónomas” en QUINTANA LÓPEZ, T.(Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “El grupo profesional como presupuesto de flexibilidad interna”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2012, BIB 2012\987
- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico, CARL, Sevilla, 2002
- ALMUNIA, J.: “España en la Unión Económica y Monetaria: la estabilidad presupuestaria”, *Civitas Revista Española de Derecho Europeo*, nº 14, 2005
- ALONSO BRAVO, M.: “Flexibilidad interna, modificación contractual y trabajo decente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021

- ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “Las deudas de la Administración y el principio de estabilidad presupuestaria”, *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 124, 2004
- ALONSO OLEA GARCÍA, B.: “Los conceptos de trabajador por cuenta ajena, asegurado social y ciudadano de la Unión Europea según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sus consecuencias y controversia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 62, 2017
- ALTÉS TÁRREGA, J.A.: “La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria”, *Trabajo y Derecho*, nº 50, 2019
- ALVAREZ ALONSO, D.: “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- ALVÁREZ CONDE, E.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- ALVÁREZ CUESTA, H.: “Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación sustancial de condiciones” en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, H. (dir.): *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
- ALVÁREZ DEL CUVILLO, A.: “El impacto de la jurisprudencia del TJUE en el ordenamiento español en materia de contratación temporal: cuestiones no resueltas” en MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019
- ÁLVAREZ GARCÍA, S. y CANTARERO PRIETO, D.: “Disciplina fiscal, transparencia y visibilidad de las políticas de ingresos y gastos públicos”, Hacienda Pública Española, Monografías 2004
- ÁLVAREZ GIMENO, R.: “La modificación sustancial del tiempo de trabajo: régimen jurídico y alternativas” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- GOREALVAREZ GIMENO, R.: “Las condiciones más beneficiosas en el ámbito de la Seguridad Social”, *Documentación Laboral*, nº 114, Vol II, 2018
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios: de las normas a las prácticas”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014
- ÁLVAREZ MONTERO, A.: “¿El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores corrige irracionalidades de la gestión pública? A veces; nunca si son ilegales”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 405, 2016
- ALVAREZ RENDUELES, J.R.: “La Política económica de la Unión Europea”, *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº2, 1994, pág.195
- ALZAGA RUIZ, I.: “Las irregularidades esenciales en la contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitarias”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Volumen I, 2009
- AMOEDO SOUTO, C.A.: “La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de medios propios. El caso TRAGSA”, *Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 8, 2004
- AÑÓN CALVETE, J.: “Primacía del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 232/2015, de 5 de noviembre)”, en Noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10895-primacia-del-derecho-de-la-union-europea-a-proposito-de-la-stc-232-2015-de-5-de-noviembre/ (consultado el 10/10/2018).
- APARICIO, J.: “Ni por la forma ni por los contenidos. No a esta reforma de la Constitución”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011
- ARAGÓN REYES, M., en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009
- ARAGÓN REYES, M.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011,
- ARBONÉS LAPENA, H.I.: “Algunos aspectos críticos del modelo de negociación colectiva tras las reformas de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 9/2013, BIB 2013\20
- ARELLANO, D. Y CABRERO, E.: “La Nueva Gestión Pública y su teoría de la organización: ¿son argumentos antiliberales? Justicia y equidad en el debate organizacional público”, *Gestión y Política pública*, Vol. XIV, nº 3, 2005
- ARENAS VIRUEZ, M.: “Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015

- ARETA MARTÍNEZ, M.: “La eficacia del Derecho de la Unión Europea en materia de igualdad de trato y no discriminación laboral por razón de edad”, *Documentación Laboral*, nº 114, vol.II, 2018
- ARGÜELLES BLANCO, A.R. y FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: “Flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo y derechos laborales” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- ARRIBAS LÓPEZ, J.A.: “La jornada de trabajo de los empleados públicos y el RD-Ley 20/2011: una oportunidad perdida que se puede recuperar”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 837, 2012 (BIB 2012/405)
- ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant lo Blanch, 1994
- ARROYO YANES, L.M.: *La ordenación de la función pública contemporánea: la carrera administrativa (1808-1963)*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, 1996
- ARROYO YANES, L.M.: “La provisión de puestos de trabajo y a movilidad en el EBEP”, en DEL REY GUANTER, S.(Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008
- ARROYO YANES, L.M.: “La evaluación del desempeño en la función pública: ámbito de operatividad y contexto administrativo”, ambos en FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, 2012
- ARROYO YANES, L.M.: “Las plantillas orgánicas y las relaciones de puestos de trabajo en el empleo público laboral” en AA.VV.: *La función pública local: del Estatuto básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.
- ARROYO YANES, L.M.: “El nuevo régimen del funcionario interino en plaza vacante tras el decreto-ley 14/2021, de 6 de julio. Del funcionario interino de duración indeterminada al funcionario interino temporal”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021
- ARUFE VARELA, A.: “Tres modelos distintos de formalización del estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos del estatuto español”, *Temas Laborales*, nº 96, 2008
- ARUFE VARELA, A.: “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *Iustel*, nº 40, 2015.
- ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La condición más beneficiosa: una visión general”, *AS*, nº 7, 2011
- ASQUERINO LAMPARERO, M.J.: “La contratación temporal en el empleo público”, *IUSLabor*, nº 3, 2022
- AUER, P Y CAZES, S. (Comp.): *La estabilidad del empleo en una época de flexibilidad*, Informes OIT, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: “Alternancia y reconstrucción de la Constitución económica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, 2011
- BAENA DEL ALCÁZAR, M.: “Privatizaciones y misiones de servicio público” en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- BALLESTER LAGUNA, F.: *La condición más beneficiosa*, Comares, 2001,
- BALLESTER LAGUNA, F.: “¿Es posible reducir la jornada de trabajo por la vía del artículo 41 ET? La aportación a este debate de la reforma laboral de 2012 en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013
- BALLESTER LAGUNA, F.: “¿Qué ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Brief_AEDTSS_Fernando_Ballester_3pags.pdf (visitada 21/3/2022)
- BALLESTER LAGUNA, F.: “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de 2021”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 472, 2023
- BALLESTER PASTOR, MA.: “Los retos pendientes en la normativa jurídico laboral española en torno a la Estrategia Europa 2020”, *Revista de Derecho Social*, nº 54, 2011
- BALLESTER PASTOR, MA.: “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 62, 2013
- BALLESTER PASTOR, M.A.: “La flexibilidad interna o el fortalecimiento del ius variandi empresarial en contexto: los defectos del modelo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013

- BALLESTER PASTOR, I.: “El contrato eventual por acumulación de tareas en la Administración originado por un déficit de personal exige aludir a las concretas circunstancias extraordinarias que lo justifiquen”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 2, 2021.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022
- BAQUERO AGUILAR, J.: “El “indefinido no fijo” y el sector público en nuestro país”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nº 1, 2020
- BAQUERO AGUILAR, J.: “La temporalidad en las Administraciones Públicas: ¿un problema “aún/no” resuelto? Comentario crítico al Real Decreto Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción temporal del empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, nº 61, 2022
- BAQUERO AGUILAR, J.: *La desnaturalización de los principios constitucionales de igualdad, mérito capacidad y publicidad en el acceso al empleo público*, Laborum ediciones, 2022
- BARCIELA PÉREZ, J.A.: “El planteamiento de la cuestión prejudicial por los tribunales nacionales”, *Carta Tributaria*, nº 45, 2018
- BAREA TEJEIRO, J.: “Reflexiones sobre cómo reducir el déficit público”, *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº2, 1994.
- BAREA, J.: “Crisis camino de la recesión” en CARAMÉS VIÉTEZ, L., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. Y PEDRAJA CHAPARRO, F. (dir.): *Siempre la Hacienda Pública. Ensayos en homenaje al profesor Enrique Fuentes Quintana*, Civitas Thomson Reuters, 2009
- BARRAGÁN MORALES, J.L. y VILA TIERNO, F.: “Cesión ilegal en el marco de la Administración Pública. La trascendencia de los elementos fácticos en el fallo judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 409, 2017
- BARTHÉLEMY, J. y CETTE, G.: “Droit social: pourquoi et comment le refonder?”, *Droit Social*, nº 9, 2012
- BARZELAY, M.: *La Nueva Gestión Pública. Un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas*, Fondo de Cultura Económica, Mexico,
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “Primeras aproximaciones a la reforma laboral del RDL 32/2021”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Miguel-Basterra-LA-REFORMA-LABORAL.pdf (visitado 15/1/2022)
- BASTIDA FREIJEDO, F.J.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- BAYLOS GRAU, A.: “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 15, 1999
- BAYLOS GRAU, A.: “El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, nº 44, 2008
- BAYLOS, A.: “Lealtad constitucional, Estado Social y límite al déficit público”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011
- BAYLOS GRAU, A.: “Una reforma laboral “clasista”, antisidicalista y desreguladora” en <http://www.ccoo.es/cscceo/menu.do?Inicio:303920> (13/02/2012).
- BAYLOS GRAU, A.: “La reforma laboral del año 2021”, *Net21*, nº 7, 2021
- BAYONA DE PEROGORDO, J.J.: “El procedimiento de gasto público y su control”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 13, 1982
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La supresión o modificación unilateral de obligaciones pactadas en contrato de trabajo o convenio colectivo en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*”, *REDT*, nº 96, 1999
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma, Bosch, 2001
- BELLOD REDONDO, J.F.: “Techo de gasto y estabilidad presupuestario”, *Presupuesto y gasto público*, nº 65, 2011
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. : *El cumplimiento de las obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *La estabilidad en el empleo: Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters, 2011
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Fundamentación dogmática de la “alteración” unilatera del contrato de trabajo”, *IUSLabor* 1/2015

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Diego Porras: STSJ País Vasco reconoce 20 días a interino por sustitución de empresa privada (y un importante voto particular)” en <https://ignasibeltran.com/2016/12/07/diego-porras-stsj-pais-vasco-reconoce-20-dias-a-interino-por-sustitucion-de-empresa-privada-y-un-importante-voto-particular/> (visitada 13/2/2017)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Cese de funcionario interino y de personal estatutario eventual, readmisión y conversión a indefinidos no fijos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017

BELTRÁN HEREDIA, I.: “El TC declara inconstitucional la DA 26ª Uno de la Ley de Presupuestos de 2017: impacto en los procesos de reversión de la Administración Pública” en https://mail.unizar.es/?_task=mail&_caps=pdf%3D1%2Cflash%3D0%2Ctiff%3D0%2Cwebp%3D1&_uid=71836&_mbox=INBOX&_action=show (consultado el 13/11/2018)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, *Revista del Derecho VLex*, nº 162, 2017

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Impacto del asunto “de Diego Porras” en la jurisdicción contencioso administrativa”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº18, quincena del 30 sep.al 14 oct.2017, Ref.2216/2017, pág.2216, Wolters Kluwer

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Recepción judicial interna de los casos “de Diego Porras”, “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”, *Diario La Ley*, nº 9113, sección dossier, 8 de enero de 2018,

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: Funcionarios interinos, doctrina TJUE «Castrejana López» y derecho a readmisión obligatoria previa a declaración de indefinidos no fijos (y ¿es extensible al ámbito laboral?) en <https://ignasibeltran.com/2016/12/20/funcionarios-interinos-doctrina-tjue-castrejana-lopez-y-derecho-a-readmision-obligatoria-previa-a-declaracion-de-indefinidos-no-fijos-y-es-extensible-al-ambito-laboral/> (vista 30/11/2018)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “COVID-19 y medidas sociolaborales de emergencia”, *Iuslabor*, nº 1, 2020

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Las medidas para reducir el empleo público temporal a la luz de asunto IMIDRA y del RD Ley 14/2021”, *Temas Laborales*, nº 159, 2021

BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.: Indefinidos no fijos: Una figura en la encrucijada, Bomarzo, 2021

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ I.: “Geometría variable de la MSCT por la COVID-19” en <https://ignasibeltran.com/2021/11/18/geometria-variable-de-la-msct-por-la-covid-19/> (visitada el 25/11/2021)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La temporalidad laboral en las Administraciones Públicas tras las reformas de 2021”, *Revista de Derecho Social*, nº 97, 2022

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La Ley 20/2021 y estabilización del personal de las sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios del sector público”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 468, 2022

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “RD Ley 32/2021 y derogación de la DA 16ª ET: ¿Las Administraciones Públicas pueden despedir por la vía de los art.51 y 52.c ET?”, <https://ignasibeltran.com/2022/01/27/rdley-32-2021-y-derogacion-de-la-da-16a-et-las-administraciones-publicas-pueden-despedir-por-la-via-de-los-arts-51-y-52-c-et/> (visitado 28/1/2022)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “RD Ley 32/2021 y diferencias entre el contrato temporal por circunstancias de la producción (art.15 ET) y el fijo discontinuo (art.16 ET): taxonomía de una nube de conceptos jurídicos indeterminados “ en <https://ignasibeltran.com/2022/01/17/rdley-32-2021-y-diferencias-entre-el-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-art-15-et-y-el-fijo-discontinuo-art-16-et-taxonomia-de-una-nube-de-conceptos-juridicos-indeterminados/> (visitada 25/4/2022)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Régimen normativo del contrato fijo discontinuo (art.16 ET) y de la contratación temporal (anterior y posterior al RD Ley 32/2021)” en <https://ignasibeltran.com/la-contratacion-temporal-laboral/#ind20> (visitada 25/6/2022)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reversión en servicio público: el rechazo a subrogar al personal describe un despido nulo si se superan los umbrales descritos en la Directiva 98/59 (STSJ And\Sevilla 25/10/22)” en <https://ignasibeltran.com/2022/11/07/reversion-en-servicio-publico-el-rechazo-a-subrogar-al-personal-describe-un-despido-nulo-si-se-superan-los-umbrales-descritos-en-la-directiva-98-59-stsj-andsevilla-25-10-22/> (visitada 9/11/2022)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Reversión y fijeza (condicionada) del personal subrogado”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, Vol.8, 2022

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La administración no puede ser condenada a una indemnización sancionadora por abuso de la temporalidad: una valoración crítica (STS/C-A 22/2/23)” en <https://ignasibeltran.com/2023/03/09/la-administracion-no-puede-ser-condenada-a-una-indemnizacion-sancionadora-por-abuso-en-la-temporalidad-una-valoracion-critica-sts-c-a-22-2-23/> (visitada 8/3/2023)

- BENAVENTE TORRES, I.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario”, *Temas Laborales*, nº 126, 2014
- BENAVIDES VICO, A.: *El ajuste de las condiciones laborales*, Lex Nova Thomson Reuters, 2013
- BENEYTO JUAN, L.R.: “Las nuevas fórmulas presupuestarias de la eficacia en la asignación de los recursos”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22, 1984
- BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C.: “Matices y reservas a la acelerada aplicación de las “doctrina Diego Porras”: emergen los votos particulares en la sala vasca de suplicación”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 20177
- BERMÚDEZ PALOMAR, V.: “La laboralización de la función pública local y el Estatuto Básico del Empleado Público: la ruptura del modelo constitucional de empleo público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº 23, 2010 LA LEY 14781/2010
- BERNAL DE PABLO-BLANCO, P. : “Empleo Público temporal en fraude de ley: algo se mueve”, *Diario La Ley*, nº 9842, 2021
- BIURRUN ABAD, F.J, MELÉNDEZ MORILLO VELARDE, L. Y PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Cuestiones laborales de Derecho Social Comunitario*, Aranzadi Thomson Reuters, 2002
- BIURRUN MANCISIDOR, G.: “La recepción de la doctrina del TJUE en la Jurisdicción Social. Los casos más relevantes. La incidencia de la Jurisprudencia del TJUE en la Jurisdicción Social”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 190, 2018
- BLASCO JOVER, C.: “Especialidades en relación a la modificación de la prestación laboral: movilidad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo” en BLASCO PELLICER, A. Y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, 2019
- BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*, CES, 1995,
- BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación” en GUTIÉRREZ VELASCO, I. (dir): *Balance crítico de la reforma laboral*, Tirant lo Blanch, 2018, pág.97
- BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos en la Administración pública”, *Aranzadi Social*, nº 4/2002, BIB 2002/533
- BOLTAINA BOSCH, X.: *El personal laboral y medidas de adecuación a la crisis en la administración local*, Excma Diputación provincial de Granada, CEMCI, 2013
- BOLTAINA BOSCH, X.: “Un análisis “DAFO” de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: Debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades”, *Temas Laborales*, nº162, 2022
- BOLTAINA BOSCH, X.: “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021
- BOIX PALOP, A. Y SORIANO ARNANZ, A.: “Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 20, 2021
- BOSCH, N. y SOLLÉ-OLLÉ, A.: “Reforma de la Administración Local. Punto de vista del IEB” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013
- BOTO ALVÁREZ, A.: “Redimensionamiento del sector público local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014,
- BUENO CAMPOS, E.: *Organización de empresas. Estructura, procesos y modelos*, Pirámide, Madrid, 2010
- BUITRAGO ESQUINAS, E.M. y ROMERO LANDA, L.B.: *Economía de la Unión Europea. Análisis económico del proceso de integración europeo*, Pirámide, 2013
- BUSTOS GISBERT, A. : *Curso básico de Hacienda Pública*, Colex, 2ª ed, 2011
- CABERO MORÁN, E.: “La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 88, 2022.
- CABEZA PEREIRO, J.: “Sobre una triple clasificación de la condición más beneficiosa”, en AA.VV.: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 1993
- CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto de trabajador en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, nº 113, 2018
- CABEZA PEREIRO, J.: “Contratos por circunstancias de la producción y por sustitución y reglas generales de contratación temporal: la hora del análisis”, *Revista de Derecho Social*, nº 98, 2022

- CABRERA BAZÁN, J.: “Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo” en AA.VV.: *Estudios de Derecho de Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980
- CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Volumen I, 2009
- CAIRÓS BARRETO, D.M.: “El nuevo contrato indefinido en el ámbito de la investigación: el contrato de actividades científico técnicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-nuevo-contrato-de-trabajo-indefinido-en-el-ambito-de-la-investigacion-el-contrato-de-actividades-cientifico-tecnicas/> (visitado 28/6/2022)
- CAIRÓS BARRETO, D.M.: “Implicaciones de la derogación del contrato para obra o servicio determinado del art.15.1.a) LET sobre los contratos de obra o servicio derivados de proyectos de investigación”, NET21, nº 8, 2022, <https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/> (visitada 4/5/2022)
- CALVO GALLEGU, F.J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, nº 114, 2012
- CALZADA I OLIVERAS, E.: “El art.50.1.a ET tras la Ley 3/2012 ¿Una medida de flexibilidad interna?”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- CÁMARA DEL PORTILLO, D.: “Los profesores asociados: ¿fraude de ley en la contratación temporal?”, *Diario la Ley*, nº 8806, Sección Tribuna, 19/7/2016
- CÁMARA VILLAR, G.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- CAMARERO, M. y TAMARIT, C. (Coord.): *Economía de la Unión Europea*, Civitas Thomson Reuters, 8ª ed., 2019
- CAMAS RODA, F.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el arco de las reformas de 2010 de la normativa laboral”, *Revista de Derecho Social*, nº 54, 2011
- CAMPS RUIZ, L.M.: “La condición más beneficiosa” en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 1993
- CAMPOS DAROCA, J.M.: *La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral*, Bosch, 2013,
- CAMPOS DAROCA, J.M. y ZAFRA MATA, D.: *Consolidación y estabilización del empleo público temporal*, Wolters Kluwer, 2022
- CAMPOS ACUÑA, C. y LAGO PEÑAS, S.: “La necesaria (y fallida) reforma de la Administración Local” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013,
- CAMPS RUIZ, L.M.: “La condición más beneficiosa” en III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 1993
- CANAL FERNÁNDEZ, L.: “La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público: presupuestos, incoherencias e incógnitas”, *Actualidad Administrativa*, nº 7-8, 2022.
- CANO GALÁN, Y.: “Indemnización por cese de trabajador indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza”, *Diario La Ley*, nº 8983, 2017
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”, *Revista de Administración Pública*, nº 176, 2008, pág.161 y ss.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El funcionario interino en la Jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 12, 2017
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “El abuso en el nombramiento de personal funcionario interino y su estabilización en la Administración. Propuestas de debate”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 21, 2021
- CAPODIFIERRO CUBERO, D.: “El régimen jurídico del profesorado contratado en el sistema universitario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 104-I, 2016,
- CARAZO LIÉBANA, M.J.: “Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 27, 2011
- CARBONERO REDONDO, J.J.: “Interinos y empleo público, panorama después de la tormenta”, *Revista de Actualidad Administrativa*, nº 2, 2022
- CARMONA CUENCA, E.: *El Estado social de Derecho en la Constitución*, CES, 2000
- CARRATALÁ TERUEL, J.L Y LABADO SANTIAGO, J.M.: “Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública”, *Tribuna Social*, nº 13, 1993.

- CARRIZOSA PRIETO, E.: “Clasificación profesional y cambio de funciones. La apuesta por la polivalencia funcional”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009.
- CASAS PARDO, J.: *Curso de Economía*, Tirant lo blanch, 2007
- CASCAJO CASTRO, J.L.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Editorial Reus, S.A., 10ª edición, Madrid, 1967
- CASTELLS ARTECHE, J.M.: “La actual coyuntura de la Administración prestadora de servicios públicos” en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- CASTILLO BLANCO, F.A.: “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público”, *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, nº 86, 1995
- CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998
- CASTILLO BLANCO, F.A.: “Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas” en AA.VV.: *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, 2003
- CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015
- CASTILLO BLANCO, F.A.: “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados” en <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506064> 28/04/2016 (consultado 18/7/2018).
- CASTILLO BLANCO, F.A.(Dir.) y VILA TIerno, FA. (Coord): *Público y privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, INAP, 2019
- CASTILLO BLANCO, F.A.: “Un sistema de empleo público distópico: ¿sería preciso reformar el EBEP?”, *Documentación Administrativa*, nº 7, 2020
- CASTRO ARGÜELLES, M.A.: *Formas Alternativas de Contratación de Trabajo: de los Contratos de Actividad a la Descentralización Productiva*, Thomson Aranzadi, 2007,
- CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo” en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dir): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas Thomson Reuters, 2012
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Suspensión del contrato de trabajo y reducciones de jornadas por causas objetivas”, *Revista de Trabajo Universidad de Huelva*, 2009
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El descuelgue: problemas aplicativos y primeras experiencias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11, 201 (BIB 2014\120)
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El nuevo contrato fijo-discontinuo en la Reforma Laboral de 2011” en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2011: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2011
- CAZORLA PRIETO, L.M.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Aranzadi Thomson Reuters, 11ª edición, 2011
- CHIAVENATO, I.: *Administración en los nuevos tiempos*, McGraw Hill, Bogotá, 2002,
- CIALTI, P.H.: “Las reformas laborales de 2011 y el personal laboral sustituto por vacante en el sector público”, *Trabajo y Derecho*, nº 99, 2023
- COMÍN COMÍN, F.: *Historia económica mundial*, Alianza Editorial, 2011
- CONDE MARÍN, E.: “Una apuesta por el trabajo a distancia” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- CONDE PÚMPIDO TOURÓN, T.: “Las condiciones más beneficiosas de alcance colectivo y la tesis de la contractualización”, *DL*, nº 114, Vol II, 2018,
- CONTRERAS PELÁEZ, F.J.: *Defensa del Estado Social*, Universidad de Sevilla, 1996. REQUE

- CORDERO SAAVEDRA, L.: “Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus derecho administrativo?”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2000 (BIB 2000\176)
- COSSÍO DÍAZ, J.R.: Estado social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989
- COSTA REYES, A.: “La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 467, 2022
- COTARELO, R.: *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª edición, 1990
- CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Suspensiones y excedencias del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011, pág.299 y ss
- CRUZ VILLALÓN, J.: Estatuto de los Trabajadores comentado, Tecnos, 2003
- CRUZ VILLALÓN, J.: “Los expedientes de regulación de empleo en las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 49, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la Reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El descuelgue de convenios en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Temas Laborales*, nº 117, 2012
- CRUZ, J.: “Hacia un nuevo modelo laboral en España”, *Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho*, nº 68, 2012
- CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/el-sistema-red/>
- CUADRADO ZULOAGA, D.: “Entes públicos de derecho privado: necesidad de su replanteamiento”, *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2012
- CUESTA, C. *El Mundo*, 2/6/2013
- CUESTA REVILLA, J.: “Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014
- CUETO PÉREZ, M.: “Incidencia de la nueva Ley de la Ciencia en el régimen jurídico de las Universidades”, *RAP*, nº 187, 2012, pág.269-304.
- DE CARRERAS SERRA, F.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- DE CASTRO MARÍN, E.: *El “descuelgue” de convenio colectivo*, Tirant lo Blanch, 2016
- DE ESTEBAN, J.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011
- DE GREGORIO MERINO, A.: “El Derecho de la Unión y el Tratado de estabilidad, coordinación y gobernanza en la Unión Económica y Monetaria”, *Revista de Derecho Europeo*, nº 45, 2013
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “La segunda “enmienda” a la Constitución Española de 1978 (II)”, *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2011
- DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011
- DEL PESO Y CALVO, C.: “La estabilidad en el empleo”, *Revista de Política Social*, nº 70, 1966
- DEL REY GUANTER, S.(Dir.): Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, 2008
- DEL SAZ, S.: Contrato laboral y función pública, Marcial Pons, 1995
- DE LA HUCHA CELADOR, F.: “La reforma del art.135 de la Constitución: estabilidad presupuestaria y deuda pública”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, nº 153, 2012
- DE LA HUCHA CELADOR, F.: “La reforma constitucional de la deuda pública”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, nº 153, 2012
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. : “Subrogación convencional y sucesión legal de empresas”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 2, 2016
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. : “Problemas laborales en la remunicipalización de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, nº 17, 2016
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. : “El acuerdo con los representantes de los trabajadores blindará la modificación sustancial de las condiciones de trabajo...pero no siempre (Comentario a la SAN de 11 de noviembre de 2021), en

<https://www.elforodelabos.es/el-acuerdo-con-los-representantes-de-los-trabajadores-blinda-la-modificacion-sustancial-de-las-condiciones-de-trabajo-pero-no-siempre-comentario-a-la-san-de-11-de-noviembre-de-2021/>

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El nuevo régimen de suspensión de jornada y de reducción de contratos por causas ETOP y por fuerza mayor. Una apuesta por la estabilidad y la formación en el empleo”, *Labos*, vol. 3, 2022.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “RDL 32/2021: el fin de los contratos temporales que conocíamos. Régimen transitorio hasta su definitiva desaparición”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-temporales.-Regimen-transitorio-ana.pdf> (visitado 16/2/2022)

DE LA VILLA GIL, L.E.: “Sobre la actividad normativa de las Comunidades Autónomas y de las Universidades en materia de contratación laboral del profesorado universitario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 6, 2004

DE LA VILLA GIL, L.E.: “El Estatuto Básico del empleado público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 14, 2007

DE LA VILLA, L.E Y LÓPEZ CUMBRE, L.: *Los principios de Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, 2003

DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R.: “La segunda “enmienda” a la Constitución Española de 1978 (II)”, *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2011

DE NIEVES NIETO, N.: “El acceso al empleo público laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011

DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública, Lex Nova, 2006

DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.: “El empleo público en tiempos de crisis: comentario a las últimas disposiciones normativas”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Iustel, nº 24, 2011.

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: “La aplicación de la Reforma laboral en el sector público” en GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.: *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, Lex Nova Thomson Reuters, 2013

DE SOTO RIOJA, S.: 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, Servicio de Publicaciones, Universidad de Huelva, 2012.

DE VAL TENA, A.L.: “La modificación y extinción de la condición más beneficiosa”, *DL*, nº 114, Vol II, 2018

DE VICENTE DOMINGO, R.: El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública, Tirant lo Blanch, 1997

DESDENTADO DAROCA, E.: Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, Bomarzo, 2016

DÍAZ AZNARTE, M.T.: El principio de condición más beneficiosa en el ordenamiento jurídico laboral, Bosch, 2001,

DIÉGUEZ CUERVO G.: “Estabilidad en el empleo y contratos temporales”, *REDT*, nº 2, 1980

DÍEZ ESTEBAN, A.: “Flexibilidad interna y reforma laboral”, *Revista Capital Humano*, marzo 2012.

DÍEZ PICAZO, L.: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias, Thomson Civitas, 6ª ed., 2008, pág.329.

DILLA CATALÁ, M.J.: “La inevitable flexibilidad de las condiciones laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 25, 2007

DILLA CATALÁ, M.J.: “Suspensión, reducción temporal de jornada y fuerza mayor” en MONTOYA MELGAR, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012.

DOGANOC DE LEÓN, M.: “Comentarios a la disposición adicional 17ª del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, nº 11, 2022

DOMENECH, R., GARCÍA, J.R. Y ULLOA, C.: “Hacia un mercado de trabajo más flexible y seguro”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J.M. y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M.: “Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional en España”, *Diario la Ley* nº 7760 (LA LEY 17854/2011), 2011

DUQUE GONZÁLEZ, M.: “El contrato fijo discontinuo tras el RD-Ley 32/2021: la introducción del trabajo a llamada en el ordenamiento español”, *Trabajo y Derecho*, nº 97, 2023

ECHENIQUE CONDE, A.: “A propósito de la futura Ley de Estabilidad Presupuestaria”, *Partida Doble*, nº 242, 2012

EGUARAS MENDIRI, F.: “Una aproximación a las sentencias de 5 de junio de 2018. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asuntos C-574/16 y C-677/16”, *Revista de Jurisdicción Social*, nº 190, 2018

- EMBED IRUJO, A.: La constitucionalización de la crisis económica, Iustel, 2012
- ENÉRIZ OLAECHEA, F.J.: “La reciente reforma de la Constitución española: los principios de estabilidad presupuestaria y de limitación de la deuda pública”, *Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2011
- ESCRIBANO LÓPEZ, F.: *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981
- ESCUADERO, R.: “La reforma constitucional y los juristas del Reino”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011
- ESCUADERO ALDAY, R.: “Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de 2011”, *Euomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, 2012
- ESPÍN SAEZ, M.: “El trabajo a distancia ¿flexibilidad o difuminación de las fronteras del Derecho del Trabajo? en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013, pág.541 y ss.
- ESTEVE SAGARRA, A.: “Situación de los trabajadores tras la subrogación” en *Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública*, Universidad de Valencia, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=9iDYa-V9GdI>, (visitado 1/10/2022)
- ESTEVE SAGARRA, A. y ITUREN OLIVER, A.: “Situaciones problemáticas y fraudulentas tras las reversiones y la sucesión de empresas contratistas”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 470, 2022
- EZQUERRA ESCUDERO, L.: “Comentarios a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Diego Porras”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016
- FABREGAT MONFORT, G.: “Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art.47 ET”, *Trabajo y Derecho*, nº 17, 2016
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “Algunas reflexiones sobre la STJUE en el asunto de Diego Porras: análisis crítico y efectos sobre el ordenamiento laboral español”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016
- FALGUERA BARÓ, M.A.: “De nuevo sobre la contratación temporal en las Administraciones públicas: un intento de análisis casuístico (y una defensa del derecho del trabajo) tras las recientes reformas legales”, *Revista de Derecho Social*, nº 98, 2022
- FERIA BASILIO, I.R. y PÉREZ GUERRERO, M.L.: “El contenido normativo del convenio colectivo estatutario tras la reforma laboral” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- FERNÁNDEZ 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 Aranzadi*, nº 12, 2004 (BIB 2004/859)
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Ordenación de las políticas salariales” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir. y coord.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 11, 2012
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La reposición del derecho a la prestación por desempleo en situaciones de suspensión y reducción de jornada por causas empresariales: puntos críticos” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013, pág.1413 y ss
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D.: “Los municipios y las mancomunidades en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014,
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, 2003
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en la función pública: Entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Ediciones Cinca, 2004.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2006
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “El párrafo segundo del artículo 32 del Estatuto Básico del Empleado Público: una solución con numerosos interrogantes”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L.C.: “La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local*.

Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, Tirant lo Blanch, 2014,

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTIN, Volumen I, 2009

FERNÁNDEZ FIGUEROA, F. (Coord.): *Guía práctica sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014

FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (2017)”, *Diario La Ley*, Nº 9044, 2017

FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La condición más beneficiosa: concepto, nacimiento, consolidación, modificación y extinción”, *Diario La Ley*, nº 9286, 25 de octubre de 2018

FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: “La presunción de indefinición del contrato de trabajo y sus excepciones en el nuevo artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores”, *Diario la Ley*, nº 10060, Sección Dossier, 3 de mayo de 2022

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M.A.: “Estabilidad presupuestaria y calidad del gasto público”, *Información Comercial Española, ICE, Revista de Economía*, nº 826, 2005

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Reformas en materia de Seguridad Social y empleo derivadas de la crisis económica (Ley 3/2012, de 6 de julio y Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio)”, *RTSS CEF Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 353-354, 2012

FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “Reordenación de servicios públicos y reversión al municipio. Aplicación de la Directiva 2001/23/CE”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 417, 2017

FERNÁNDEZ PRIETO, M.: “La reducción de la temporalidad en el empleo público”, <https://www.net21.org/la-reduccion-de-la-temporalidad-en-el-empleo-publico/> (visitada 25/6/2022).

FERNANDEZ RAMOS, S.: “Los falsos empleados públicos: el personal eventual”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 34, 2013

FERNÁNDEZ VILLALÓN, L.A.: “La reducción de la jornada de trabajo como medida de flexibilidad interna: articulación de los diversos instrumentos legales”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012

FERRADANS CARAMÉS, C.: “La reordenación del sector público tras la crisis: Algunos efectos jurídico laborales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas*, nº 155, 2012

FERRADANS CARAMÉS, C.: “La inaplicación de las condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 171, 2014, BIB 20144505

FERRADANS CARAMÉS, C.: “El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones Públicas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 173, 2015, BIB 2015676

FONDEVILA ANTOLÍN, J.: “Breve reflexión sobre las especialidades en la extinción de las relaciones jurídico laborales en las Administraciones Públicas, con especial referencia al despido improcedente”, *Diario La Ley*, tomo 4, 2001 (LA LEY 20154/2001)

FRAGUAS MADURGA, L.: “La modificación sustancial de condiciones de trabajo y la reforma laboral de 2012: régimen jurídico, perspectivas y puntos críticos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 357, 2012

FUENTES QUINTANA, E.: *Hacienda Pública. Introducción y presupuesto*, Rufino García Blanco, 1990, Madrid.

FUENTES QUINTANA, E.: *Lecciones de economía española*, AECA, 2009

FUENTES RODRÍGUEZ, F.: “Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Administración Pública” en GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (coord.): *Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público. XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, 2015

FUENTES VEGA, S.: *Presupuesto y control de los gastos del Estado*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Telecomunicaciones, Madrid, 1984

FUENTES VEGA, S.: *Realidad y racionalidad en el control del sector público*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986

FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “La libre circulación de los empleados públicos”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2003

FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Administración Pública*, nº 174, 2007

FUENTETAJA PASTOR, J.A.y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012

FUENTETAJA PASTOR, J.A.: “El funcionario interino: entre la temporalidad y la estabilidad”, *Documentación Administrativa*, nº 7, 2020

GALA DURÁN, C.: “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012: la nueva regulación de la clasificación profesional, la movilidad funcional y geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012

GALA DURÁN, C.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral de 2012”, *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, Vol 1, 2013

GALÁN DEL FRESNO, J.M.: “Las administraciones públicas españolas frente a la recesión económica (primera parte)”, *Actualidad Administrativa*, nº 5, 2009 (LA LEY 41642/2008)

GALÁN DEL FRESNO, J.M.: “Las administraciones públicas españolas frente a la recesión económica (segunda parte)”, *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2012

GALÁN DEL FRESNO, J.M.: “Las administraciones públicas españolas frente a la recesión económica (tercera parte)”, *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2012

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 12ª ed, 2015

GARCÍA BLASCO, J.: “La negociación colectiva en la Administración Pública: una breve aproximación a las cuestiones pendientes” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L.: *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015

GARCÍA BLASCO, J. (dir.): *La negociación colectiva en el sector público*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

GARCÍA BLASCO, J.: “Reforma laboral, infracciones en el orden social y reforzamiento del papel de la Inspección de Trabajo”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/juan-garcia-blasco.pdf> (visitado 23/2/2022)

GARCÍA BLASCO, J y DE VAL TENA, A. (Dir.): *Crisis económica y empleo: La experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021

GARCÍA BLASCO, J.: “Empleo público universitario y contratación laboral en la reciente Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU): del grupo normativo regulador a las fuentes del Derecho de aplicación”, Briefs AEDTSS., 31. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023 (visitado 11/04/2023)

GARCÍA GARCÍA, J.L.: “La constitucionalización de los principios presupuestarios”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22, 1984

GARCÍA MURCIA, J.: “El devenir de la legislación laboral y social tras las profundas reformas del período 2010-2012”, *Foro Nueva Epoca*, vol. 16, nº 2, 2013

GARCÍA MURCIA, J.: “Condición más beneficiosa y negociación colectiva”, *DL* nº 114, Vol II, 2018,

GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021

GARCÍA NINET, J.I.: “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013.

GARCÍA ORTEGA, J.: “El contrato fijo discontinuo tras el RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de reforma laboral”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/ref-fijos-disc-2.pdf>, (visitada 15/2/2022)

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012

GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *La aplicación práctica de la reforma laboral*, Lex Nova, 2013

GARCÍA REY, M.L.: “Los empleos en la Administración Pública y la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea”, *Alcalibe*: Centro asociado a la UNED Ciudad de la Cerámica, nº 4, 2004.

GARCÍA RUBIO, F.: *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley, Madrid, 2011

GARCÍA RUBIO, M.A.: “Flexiguridad y reformas laborales: propósitos y resultados”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018

- GARCÍA SÁNCHEZ, I.M.: “La nueva gestión pública: evolución y tendencias”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 47, 2007
- GARCÍA TORRES, A.: “Las particularidades del contrato de trabajo en el empleo público”, *Lan Harremanak*, nº 36, 2017
- GARCÍA TREVIJANO GARNICA, E.: “¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas* nº 72, 1995
- GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral. Comentarios a la Reforma laboral 2021 y 2022*, Atelier, 2022
- GARRIDO FALLA, F. Y OTROS: *Comentarios a la Constitución*, Tercera edición, Civitas, 2001
- GIL FRANCO, A.J.: “Aproximación al sistema competencial municipal básico diseñado por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Competencias propias versus competencias delegadas”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 4, 2014
- GIL PLANA, J.: “La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas*, nº 155, 2012
- GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V.: “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, nº 9069, Sección doctrina, 26 de octubre de 2017, Ed. Wolters Kluwer,
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La reforma laboral de la contratación de 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf> (consultado 1/7/2022)
- GIMENO FELIU, J.M.: “El principio de eficiencia” en AA.VV.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, *La Ley*, 2010
- GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, 1996
- GODINO REYES, M.: “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas*, nº 81, 1997
- GOERLICH PESET, J.M. Y NORES TORRES, L.E.: “Reestructuración de plantilla en el ámbito de la Administración Local: nuevos problemas interpretativos tras la aprobación del Estatuto Básico”, *Revista Estudios Locales*, nº 112, 2008
- GOERLICH PESSET, J.M.: “Flexibilidad interna y negociación colectiva en la reforma de 2012”, *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012
- GOERLICH PESET, J.M.: “¿Es necesario revisar el marco normativo de la contratación temporal?”, *Documentación Laboral*, nº 110, vol.II, 2017
- GOERLICH PESET, J.M.: “Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022.
- GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRE, L.E.: “Descentralización en el sector público: aspectos generales” en BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUER, M. (Dir.): *Las relaciones laborales del sector público*, Tirant lo Blanch, 2019
- GOERLICH PESET, J.M.: “Situación de los trabajadores tras la reversión ¿Cuándo pueden cambiar las condiciones laborales de personal a extinguir?” en Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública, Universidad de Valencia, 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=qnSjxTDhrpI> (visionado 30/9/2022).
- GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA,, J.R., Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, 2022
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “La prevención y represión del abuso de la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas. Comentario a la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.12, nº 2, 2020
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas de contratación tras el Real-Decreto Ley 32/2021”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022
- GÓMEZ ALVAREZ, T.: “Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, nº 7, 2005 (BIB 2005\1341)
- GÓMEZ ASENSIO, J.A.: “Las relaciones de puestos de trabajo. Un enfoque práctico en Ayuntamientos de menos de 5.000 habitantes”, *Diario La Ley*, nº 9914, Sección Tribuna, 16/9/2021, Wolters Kluwer
- GÓMEZ BAHILLO, C.: “Reflexiones sobre el Estado de Bienestar”, *Proyecto Social*, nº 6, 1998
- GÓMEZ CABALLERO, P.: “El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022

- GÓMEZ LINACERO, A.: “Rescisión unilateral del contrato de trabajo por modificación sustancial de las condiciones”, *Diario La Ley*, nº 6129, Sección Doctrina, 19/10/2021
- GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: “La contratación flexible en el empleo público. Luces y sombras” en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. y SPINELLI, C. (Dir.): *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018
- GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social Estudios Financieros*, nº 404, 2016.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “Los contratos de trabajo a tiempo parcial y a distancia como instrumentos de flexibilización organizativa en la empresa” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013, pág.557 y ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2013 BIB 2013/53
- GONZÁLEZ IGLESIAS, M.A.: “Las provincias tras la modificación de la Ley de bases de régimen local efectuada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.): *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, 2014
- GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M.: “Disciplina presupuestaria, estabilidad económica y eficiencia de las finanzas públicas”, *Papeles de Economía Española*, nº 100, 2004
- GONZÁLEZ SALINAS, P. Y LIZARRAGA BONELLI, E. (Coord.): Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, Thomson Civitas, 2005.
- GONZALO BENDICHO, A. Y CALVO BORJA, O.: “Incidencia en la Administración local de las recientes actuaciones normativas en materia de medidas de racionalización y modificación de las relaciones laborales en el sector público”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por la Administración?” en <https://www.elforodelabos.es/2019/11/es-posible-el-reconocimiento-unilateral-de-la-condicion-de-indefinido-no-fijo-por-parte-de-la-administracion/> (consultado 10/1/2020)
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Tiene fecha de caducidad la temporalidad en la Administración? (I). La insuficiente respuesta de los Tribunales” en <https://www.elforodelabos.es/2021/07/tiene-fecha-de-caducidad-la-temporalidad-en-la-administracion-i-la-insuficiente-respuesta-de-los-tribunales/> (consultado 20/4/2022)
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Tiene fecha de caducidad la temporalidad en la Administración? (II). La insuficiente respuesta de los Tribunales” en <https://www.elforodelabos.es/2021/07/tiene-fecha-de-caducidad-la-temporalidad-en-la-administracion-ii-la-insuficiente-respuesta-del-legislador/> (consultado 20/4/2022)
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “Nuevos retos en la gestión del empleo público tras las últimas reformas”, *Trabajo y Derecho*, nº 91-92, 2022
- GORDO GONZÁLEZ, L.: “¿Se extingue el contrato por sustitución por vacante en la Administración Pública a los tres años? El RDL 32/2021 sigue presentado interrogantes casi un año después de su aprobación” en <https://www.elforodelabos.es/2022/12/se-extingue-el-contrato-por-sustitucion-por-vacante-en-la-administracion-a-los-tres-anos-el-rdl-32-2021-sigue-presentando-interrogantes-casi-un-ano-despues-de-su-aprobacion/> (consultado 3/12/2022)
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Flexibilidad interna y reorganización de la actividad productiva en la reforma laboral de 2010”, *Actualidad Laboral*, nº 4, 2011
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El descuelgue del convenio colectivo estatutario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 34, 2013
- GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022
- GÓRRIZ GOMEZ, B.: “Abuso en la contratación temporal: la expresión “sucesivos contratos de trabajo de duración determinada” incluye la prórroga automática de contratos de trabajo de duración determinada”, *Diario La Ley*, nº 9847, 2021
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., MELLADO RUIZ, L. y ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.L.: *Manual básico de Derecho del Empleo Público*, Tecnos, 2013
- GUALDA ALCALÁ, F.J.: “Las reformas económicas, los recortes sociales y la reforma laboral: ¿Existe política de empleo?”, *Revista de Derecho Social*, nº 58, 2012
- GUERRERO VIZUETE, E.: “El régimen jurídico del descuelgue empresarial tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 33, 2013

- GUINDO MORALES, S. y MORENEO PÉREZ, J.L.: “La conversión en indefinido no fijo del personal interino por vacante en el sector público por fraude y uso abusivo tras la dilación injustificada a la hora de proveer la plaza”, *La Ley Unión Europea*, nº 101, Marzo 2022, Wolters Kluwer.
- GUTIÉRREZ, A.: “Un error, por los principios y por las cifras”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011
- GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: “La suspensión o modificación de lo pactado en convenio colectivo en el sector público” en GOMÉZ MUÑOZ, M. (coord.): *Reforma de las Administraciones Públicas y empleo público*, XXIII Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Junta de Andalucía, 2015.
- HERNÁNDEZ DE LA TORRE, J.M.: “Sobre el uso y abuso del término empleados públicos”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 25, 2004,
- HERRERA MOLINA, P.M.: “Las leyes de estabilidad presupuestaria: una perspectiva jurídico constitucional”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 29, 2002
- HIERRO HIERRO, F.J.: “La movilidad (voluntaria, forzosa,...) de los empleados públicos tras la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011
- IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022
- IGLESIAS OSORIO, B.C.: “La cláusula rebus sic stantibus en el ámbito laboral. Una prolongación del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores en tiempos de crisis”, *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 472, 2023
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público” en DEL REY GUANTER, S.(Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Las instituciones locales en tiempos de crisis: reforma institucional y gestión de recursos humanos en los gobiernos locales”, *Fundación Democracia y Gobierno Local*, nº 25, 2011
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Estrategias para modernizar la gestión pública de recursos humanos den un contexto de contención presupuestaria: efectos de las medidas de ajuste, instrumentos de planificación y medidas de innovación”, *Revista Vasca de Gestión de Personal y Organizaciones Públicas*, nº 4, 2013
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “La Reforma Local: primer análisis de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Anuario Aragonés de Administración Local 2013*, mayo 2014
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Primer análisis de impactos sobre las Entidades Locales, Jornada en la Diputación Provincial de Zaragoza, 14 de marzo de 2014.
- JIMÉNEZ DÍAZ, A.: “La reforma constitucional y la limitación del déficit público”, Instituto de Estudios Fiscales, Documento nº 3, 2012
- JIMÉNEZ RIUS, P.: “Algunas razones del caos financiero y presupuestario en las Administraciones Públicas españolas”, *Diario La Ley*, nº 7778, 2012 (LA LEY 22118/2011)
- KAHALE CARRILLO, D.T.: “El trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías: el teletrabajo” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013, pág.577 y ss.
- KAHALE CARRILLO, D.T.: Los nuevos contratos de trabajo y la transformación del mercado de trabajo. La reforma laboral de 2021. Aspectos laborales y de Seguridad social, *Laborum*, 2022
- LAGARES, M.: “El profesor Fuentes Quintana y los Pactos de la Moncloa”, en CARAMÉS VIÉTEZ, L., GONZÁLEZ PÁRAMO, J.M. Y PEDRAJA CHAPARRO, F. (dir.): *Siempre la Hacienda Pública. Ensayos en homenaje al profesor Enrique Fuentes Quintana*, Civitas Thomson Reuters, 2009
- LAGUNA DE PAZ, J.C.: “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 136, 1995
- LAHERA FORTEZA, J.: Los contratos temporales en la unificación de doctrina, *La Ley*, 2001,
- LAHERA FORTEZA, J.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (Comentario a la STS 27/5/2002)” *Relaciones Laborales*, nº 23, 2002, LA LEY 2906/2002
- LAHERA FORTEZA, J.: “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público al a luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7 de septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y C-180/04) (1)”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2007 (LA LEY 1723/2007)

- LAHERA FORTEZA, J.: “Nuevas perspectivas en materia de suspensión del contrato del trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, pág. 301 y ss
- LAHERA FORTEZA, J.: “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas” en BLASCO PELLICER, A. y LÓPEZ BALAGUEZ, M.: *Las relaciones laborales en el sector público*, Tirant lo Blanch, 2019
- LAHERA FORTEZA, J.: “Las cinco modalidades del nuevo contrato de trabajo fijo discontinuo”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/LAS-CINCO-MODALIDADES-DEL-NUEVO-CONTRATO-FIJO-DISCONTINUO-lahera-brief-AEDT.pdf> (visitada 25/6/2022)
- LAGUNA HOZWARTH, E.: “El fenómeno de la flexiseguridad y su afectación en la regulación de las relaciones laborales en España”, *Revista de Derecho Social*, nº 80, 2017
- LAPUENTE GINÉ, V.: “Reforma de la Administración Local en España” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013,
- LARENZ, K.: *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956
- LASARTE ALVÁREZ, J. (coord) y otros: *Manual General de Derecho Financiero, Parte General*, Tomos primero y segundo, Comares, 1998
- LINDE PANIAGUA, E.: “La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público” en FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, 2012
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2010
- LLANO SÁNCHEZ, M.: “¿Existe un adecuado equilibrio entre flexibilidad externa y flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012?” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013
- LLOBERA VILA, M.: “Contratación temporal irregular en Administraciones Públicas y novación posterior a través del contrato administrativo de interinidad fundado en norma foral”, *Aranzadi Social*, nº 62, 2011 (BIB 2011\1727)
- LLORENTE, P.: “Algunos apuntes a propósito del Real Decreto Ley 32/2021”, *Diario La Ley*, <https://www.cuatrecasas.com/resources/algunos-apuntes-a-proposito-del-real-decreto-ley-32-2021-4132-4330-3220-v.2-61d81ccb6bc6e232691740.pdf?v1.18.0.202203281113> (visitada 25/4/2022)
- LOMAS HERNÁNDEZ, V.(coord.): *Régimen Jurídico del personal estatutario de los servicios de salud: problemática y cuestiones prácticas*, Aranzadi, 2017;
- LÓPEZ ANIORTE, M^a.C.: “Límites a la proliferación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración Pública”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n^o 411, 2017
- LÓPEZ BALAGUER, M.: “Nuevas perspectivas en materia de clasificación profesional y movilidad funcional en la empresa” en THIBAUT ARANDA, J. (dir): *La Reforma Laboral de 2012: Nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley Wolters Kluwer, 2012
- LÓPEZ BALAGUER, M.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”, en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 3, 2017, pág. 141-142.
- LÓPEZ DÍAZ, A.: “La formulación constitucional de la estabilidad presupuestaria en España”, *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 157, 2013
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal laboral de las Administraciones Públicas” (BIB 1996\95), *Aranzadi Social*, nº 7, 1996.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: *La relación laboral de empleo público*, Thomson Reuters, 2009
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Reformas de 2012 y empleo público laboral”, en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: “Medidas laborales de las Comunidades Autónomas y negociación colectiva del personal laboral en tiempos de crisis”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- 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”, *Documentación Administrativa*, nº 218-219, 1989

LÓPEZ HERNÁNDEZ, A.: “La contratación laboral temporal a partir del caso de Diego Porras (C-596/2014)” en <https://forelab.com/wp-content/uploads/la-contratacion-laboral-temporal-a-parti-del-caso-de-dporra-aitana-lopez-hernandez.pdf> (visitada 1/1/2019).

LÓPEZ INSUA, B.M Y MONEREO PÉREZ, J.L.: “El concepto de “trabajador a tiempo determinado” en el marco comunitario: la figura del indefinido no fijo como “sanción” a la Administración Pública ante el abuso de la temporalidad”, *La Ley Unión Europea*, nº 106, 2022

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”, *RDS*, nº 64, 2013

LÓPEZ PÉREZ, J.F.: “Funcionarios, preferiblemente interinos”, *Diario La Ley* nº 9134, Sección doctrina, 7/2/2018, Ed. Wolters Kluwer

LÓPEZ PÉREZ, J.F.: “¿Qué hacer con el trabajador indefinido no fijo de las Administraciones Públicas? ¿Movilidad con su plaza a otro puesto?”, *Diario La Ley*, nº 9773, 2021, Wolters Kluwer

LÓPEZ PARADA, R.: “Puntos críticos de la Sentencia de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-596/14, de Diego vs Ministerio de Defensa”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016

LÓPEZ TERRADA, E.: “La reforma laboral de 2012 y las modalidades de contratación”, *Arxius*, nº 28, 2013

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: Nuevos retos en las Organizaciones Burocráticas*, Thomson Aranzadi, 2007

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Aproximación crítica al nuevo estatuto básico del empleado público”, *Actualidad Administrativa*, nº 16, 2007

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: “Nueva Gestión Pública (NGP): la necesidad de un cambio real y no sólo dogmático”, *Actualidad Administrativa*, nº 10, 2008

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Permisos y licencias de los funcionarios públicos*, Aranzadi Thomson Reuters, 2009

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

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El caso de Diego Porras, un aldabonazo frente a la temporalidad del mercado de trabajo español http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2017/02/lousada_noticias_cielo_n2_2017.pdf (visitada 20/4/2019)

LUJÁN ALCARAZ, J.: “Judicialización de las medidas de flexibilidad interna”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 9, 2018

LUJÁN ALCARAZ, J.: “La contratación del personal investigador ante la reforma laboral y la Ley de la Ciencia” en HORGUÉ BAENA, C., BONACHERA LEDRO, M^a I. y CARO MUÑOZ, A.I. (coord.): *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2012

LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, 1999

MADRID YAGÜE, P.: “Contratación administrativa y empresas de trabajo temporal”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, reimpresión 9ª edición, 2017

MANTECA VALDELANDE, V.: “Novedades y aspectos generales del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Actualidad Administrativa*, nº 15, 2007 (LA LEY 2876/2007)

MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Tirant lo Blanch, 2006

MARÍN ALONSO, I.: “El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 2009

MARÍN ALONSO, I.: “Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales*, nº 22, 2011

MARÍN ALONSO, I.: “Modernización del empleo público y crisis económica: el incremento de abusos en la contratación temporal y la nueva figura del “funcionario interino temporalmente indefinido””, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 11, 2019

MARÍN ALONSO, I.: “Tenure track y precariedad laboral de los investigadores. La investigación científica en la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 61, 2022

- MARÍN ALONSO, I.: “La cuadratura del círculo del empleo público en las reformas de 2021: de la reordenación contractual y el establecimiento de límites al abuso en la contratación temporal a la estabilización del personal y el impulso de la negociación colectiva”, *IUSLabor*, nº 2, 2022
- MARINA JALVO, B.: “Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades Públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la ciencia, la tecnología y la innovación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, nº 30, 2012
- MARRERO SÁNCHEZ, E.M.: “La modificación sustancial de las condiciones de trabajo como medida de flexibilidad interna en la empresa”, *Jornadas Catalanas de Derecho del Trabajo*, febrero 2013
- MARTÍN JIMÉNEZ, R.: Cesión ilegal de trabajadores: aspectos críticos, prácticos y conexiones con otras instituciones, Thomson Aranzadi Reuters, 2022
- MARTÍN MATEO, R.: “La inamovilidad de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 51, 1966
- MARTÍN MATEO, R.: Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración, Trivium, Madrid, 1988
- MARTÍN REBOLLO, L.: “El estatuto del empleado público: un Godot que no ha llegado”, *Revista de Administración Pública*, nº 174, 2007
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas Aranzadi*, 18ª edición, 2012,
- MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J.M. Y CASADO OLLERO, G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 23ª edición, Tecnos, 2012
- MARTÍN RETORTILLO, S.: “Reflexiones sobre la huida del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 140, 1996
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, nº 14, 2004 (LA LEY 1612/2004)
- MARTÍN VALVERDE, A.: “Reestructuración laboral de las Administraciones y entidades públicas”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 25ª ed, 2016
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “Flexibilidad laboral y reforma en la normativa sobre movilidad funcional”, *REDT*, nº 67, 1994
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: “La idea de flexiseguridad en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 135, 2018
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, Brief de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/5_EL-REFUERZO-DE-LA-FLEXIBILIDAD-INTERNA-Y-LA-FORMACION-A-TRAVES-DE-LOS-ERTE-CLASICOS.pdf (consultado 28/2/2022)
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ (Coord.): *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Colex, 4ª edición, 2014
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “El nacimiento de nuestra moderna función pública: el Estatuto de Bravo Murillo y la inamovilidad de los funcionarios”, *Anuario Jurídico Escorialense*, nº 21, 1989
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “La inamovilidad de los funcionarios en medio siglo de producción normativa: Régimen General de los funcionarios entre 1852 y 1900”, *Anuario Jurídico Escorialense*, nº 22, 1990
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo, Civitas, 1995.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: “Los derechos no económicos de los funcionarios, en especial, el derecho al cargo” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.335 y ss
- MARTÍNEZ DE VIERGOL, A.: “La delimitación subjetiva de la figura empresarial”, en AA.VV.: *Las Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Vol.I, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, Ministerio de Trabajo, 2000
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: Estabilidad en el empleo y contratación laboral, IELSS (Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social), 1983
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (dir): Movilidad funcional y geográfica. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo, Consejo General del Poder Judicial, 1994
- MARTÍNEZ GINER, L.A.: “El principio de justicia en materia de gasto público y la estabilidad presupuestaria”, *Revista Española de Derecho Financiero Civitas*, nº 115, 2002

- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: *Derecho crítico del Trabajo*, Atelier, 3ª ed, 2014,
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: “La reforma laboral de 2021. En materia de contratación individual. Una visión crítica”, *Revista Galega de Dereito Social*, nº 14, 2022
- MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, 2ª edición, 2001
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones individuales en las relaciones de trabajo asalariado” en AA.VV.: *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Breve anotación a la reforma laboral”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Martinez_NOTA-AEDTSS.pdf (visitado 8/1/2022)
- MARTÍNEZ MORENO, C.: *Reforma laboral*, Francis Lefebvre, 2022
- MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: “El Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario. Una reflexión sobre la contratación temporal en las Universidades españolas”, *Trabajo y Derecho*, nº 94, 2022
- MARTÍNEZ PALLARES, P.L.: “La planta local tras la Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de la Fundación Manuel Giménez Abad*, nº 7, 2014,
- MARTÍNEZ RICO, R.: “La institución presupuestaria española: del pacto de estabilidad a las reglas de estabilidad presupuestaria”, *Revista de Economía*, nº 826, 2005
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 440, 2019
- MATESANZ MATESANZ, J.E.: *Boletín Derecho Local* 1/9/2011
- MATORRAS DÍAZ CANEJA, A.: “Reforma del régimen de inaplicación de condiciones previstas en convenio colectivo” en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012
- MAURI MAJÓS, J.: “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 26, 2011
- MAZUELOS FLORES, M.D. Y PÉREZ ANAYA, R.M.: “Los límites del poder de dirección del empresario en la modificación de la cuantía salarial” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- MELIÁN CHINEA, L.M.: “La descentralización productiva en el sector público: la inclusión de cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 447, 2020
- MELLA MÉNDEZ, L.: “La reversión de servicios a la Administración Pública: puntos críticos desde la perspectiva laboral” en GARCÍA MURCIA, J. (Dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021
- MELLADO RUIZ, L.: “Precariedad regulatoria y personal interino: un futuro incierto (en todos los sentidos)”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021
- MENDIZÁBAL ALLENDE, R.D.: “La segunda “enmienda” a la Constitución española de 1978 (I)”, *Actualidad Administrativa*, nº 18, 2011
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: “La lucha por una Administración eficiente”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Extra 1, 2011
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Inaplicación horizontal de la doctrina de Diego Porras. Comentario a la sentencia de 16-11-2016, rec.1439/2015, del TSJ Andalucía-Málaga”, *Revista de Información Laboral*, nº 12, 2016, BIB 2017\10569,
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel”, *Trabajo y Derecho*, nº 33, 2017
- MERINO SEGOVIA, A.: *Las condiciones de trabajo de los empleados públicos*, Bomarzo, 2014
- MERINO SEGOVIA, A.: “Cesión en la gestión de servicios y asunción de la explotación de una actividad económica por una empresa pública (Sentencia de la Sala Sexta del TJUE, de 26-11-2015, Asunto C-509/2014” (1), *Trabajo y Derecho*, nº 17, 2016
- MESTRE DELGADO, J.F. en MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, Iustel, 3ª edición, Madrid, 2011
- MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*, CES, 2001

- MIÑARRO YANINI, M.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea alivia la gestión de las Universidades: el carácter temporal de los asociados “pata negra””, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 376, 2014
- MIÑARRO YANINI, M.: “Un cheque, pero no en blanco, al Grupo Cortefiel: el “juicio de razonabilidad” de las modificaciones sustanciales”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 374, 2014
- MIÑARRO YANINI, M.: “Empleo público y contratos de “indeterinos”: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 384, 2015
- MIRANDA BOTO, J.M.: “El Reglamento (UE) N° 492/2011: un arreglo cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 26, 2011
- MOCHÓN, F.: *Economía. Teoría y política*, McGraw Hill, 6ª edición, 2009
- MOCHÓN LÓPEZ, I.: “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española y la subordinación de la deuda pública a la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, nº 155, 2012
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, 1999
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *Relaciones Laborales*, nº 1, sección doctrina, quincena del 8 al 23 de enero de 2004, Año XX, pág. 157, tomo 1, Ed. La Ley (LA LEY 2042/2003)
- MOLINA DEL POZO, C.F.: *Derecho de la Unión Europea*, Reus, 2011
- MOLINA HERMOSILLA, O.: “Principales novedades en el ámbito de la gestión del personal docente e investigador. Un “pretendido modelo privilegiado” de acceso al empleo público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 396, 2016, pág.56-60.
- MOLINA HERMOSILLA, O.: “El contrato para la sustitución: ¿algo nuevo bajo el sol?”, *NET21*, nº 9, 2022, <https://www.net21.org/author/olimpiamolina/>. (visitada 5/5/2022)
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Improvisación de la LOU, “perversión” de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, *Revista de Derecho Social*, nº 25, 2004, pág. 91 y ss
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Una nueva e inaudita “relación laboral especial”: el régimen de contratación de personal docente e investigador tras la LOU”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 44, 2004
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia al a “unificación” parcial de estatutos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 294, 2007
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La contratación temporal en el laberinto de los Tribunales: preguntas, respuestas,...y nuevas preguntas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 404, 2016
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Uso y abuso del profesor asociado en la Universidad: ¿Todos “falsos”?” *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 401-402, 2016
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de “última palabra”?: Experiencias de tutela del contratante débil”, *Diario La Ley*, nº 9008, Sección doctrina, 26/6/2017, Ed. Wolters Kluwer
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Contrato de relevo: ¿Nueva “frontera de conquista” para la “imperial” doctrina “De Diego Porras”?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 407, 2017
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La doctrina “Diego Porras” desatada: su reciente aplicación judicial ¿“Noble sueño” o “nueva pesadilla”?”, *Diario La ley*, nº 9053, 3/10/2017, pág.6.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “El “Minotauro” del empleo temporal español: Crece el laberinto judicial”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 407, 2017
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Plus ultra en De Diego Porras: la sala social gallega pregunta, la vasca dispara”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 413-414, 2017
- MOLINA NAVARRETE, C.: “La indemnización extintiva de los interinos (y demás temporales): ¿fin de la historia o un nuevo capítulo sin fin?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, nº 424, 2018
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Ni “hito transformador” ni “timo del tocomoho”: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 467, 2022
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Ana de Diego Porras II” y “la Ley de Murphy” de la contratación temporal: el TJUE sabe de “minotauros” no de “hilos de Ariadna”, en <https://www.laboral-social.com/comentario-molina-navarrete-stjue-diego-porras-contrato-interinidad-abuso-sucesivos-sustitucion-indemnizacion-prevenir-sancionar.html> (visitado 13/7/2019),
- MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación laboral de las Administraciones Públicas: puntos críticos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 2000

- MONEREO PÉREZ, J.L.: “La política europea de “modernización” del Derecho del Trabajo. La reforma social desde el garantismo flexible frente a la opción liberalizadora”, *Revista de Derecho Social*, nº 48, 2009
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Manual de empleo público*, Comares, 2010
- MONEREO PÉREZ, J.L. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La doctrina científica en la aplicación de Derecho del Trabajo”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 88, 2010
- MONEREO PÉREZ, J.L. (dir): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, nº 135, 2016
- MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., VIDA FERNÁNDEZ, R. y SPINELLI, C.: *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)”, *La Ley Unión Europea*, nº 53, Wolters Kluwer, 2017
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “La extinción del indefinido no fijo: el nuevo quantum indemnizatorio”, *Trabajo y Derecho*, nº 37, 2018
- MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022
- MONEREO PÉREZ, J. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido no fijo vs personal laboral fijo”, *La Ley Unión Europea*, nº 107, octubre 2022
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Reforma de la movilidad geográfica y de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo” en THIBAULT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley Wolters Kluwer, 2012
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Las causas del contrato temporal por circunstancias de la producción y del contrato fijo discontinuo: problemas de seguridad jurídica”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social*, nº 62, 2022
- MONTILLA PÉREZ, S.A.: “La reserva funcionarial establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del empleado público” (12/11/2021)
En <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512283>
- MONTORO CHINER, M.J.: “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *Revista Administración Pública*, nº 136, 1995
- MONTOYA MARTIN, E.: Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios locales, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009
- MONTOYA MEDINA, D.: “La movilidad funciona en la empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 33, 2013
- MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones, REDT, nº , 1982
- MONTOYA MELGAR, A.: “La interpretación jurisprudencial de las normas del Estatuto de los Trabajadores sobre contrato de trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 137, 1983
- MONTOYA MELGAR, A.: “Estabilidad en el empleo y nuevas propuestas de fomento de la contratación indefinida”, *Documentación Laboral*, ACARL, nº 58, 1999
- MONTOYA MELGAR, A.: “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001
- MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 48, 2004
- MONTOYA MELGAR, A.: “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011
- MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 32ª ed, 2011
- MONTOYA MEDINA, D.: “La movilidad funcional en la empresa tras la Reforma Laboral de 2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, nº 33, 2013
- MONTOYA MELGAR, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Civitas, 2012.

- MORALES ORTEGA, J.M.: “Movilidad geográfica y modificaciones sustanciales tras la Reforma de 2012: ¿Una mal entendida flexiseguridad?”, *Temas Laborales*, nº 119, 2013
- MORARU, G.F.: “Notas a las disposiciones transitorias de la reforma laboral y entrada en vigor”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/AEDTSS-gabriela-brefs.pdf>, (consultada 12/2/2022)
- MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*, Aranzadi, 3ª edición, 1998,
- MORENO, C.: “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones individuales en las relaciones de trabajo asalariado” en AA.VV.: *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008,
- 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 CEF*, nº 340, 2011
- MORENO GENÉ, J.: “La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral de 2010”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº1, 2011 parte Estudio, BIB 2011\426
- MORENO GENÉ, J.: “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 3, 2012, BIB 2012\988
- MORENO GENÉ, J.: “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las Universidades Públicas”, *Lan Harremanak*, nº 36, 2017-I, pág.75-137.
- MORENO GENÉ, J.: “Los efectos jurídico laborales de la contratación irregular de los profesores asociados de Universidad”, *Revista de Información Laboral* num.11/2017, BIB 2017\43181
- MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: por fin, una clara apuesta por la contratación indefinida del personal investigador”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/06/20-MORENO-GENE-brief-AEDTSS-contrato-cientifico-tecnico.pdf> (visitado 25/6/2022)
- MORENO GENÉ, J.: “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: una apuesta decidida por la contratación indefinida de los investigadores”, *Revista de Derecho Social*, nº 98, 2022
- MORENO GENÉ, J.: “Una primera aproximación a la contratación del personal investigador tras la reforma de la Ley de la Ciencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 63, 2022
- MORENO GENÉ, J.: “La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de Ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las Universidades Públicas?” *Temas Laborales*, nº 165, 2022
- MORENO MÁRQUEZ, A.: “Cesión de trabajadores entre Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, nº 79, 2012 (BIB 2012\122)
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, 3ª edición, Madrid, 2011
- MORENO VIDA, M.N.: “Despidos colectivos y ERTes por causas económicas o de reorganización en el empleo público” en GARCIA MURCIA, J. (dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021
- MORENO VIDA, M.N.: “El contrato temporal por razones productivas”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022
- MORILLO VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.429 y ss
- MORILLO VELARDE PÉREZ, J.I.: “Competencias municipales: competencias delegadas e impropias”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: “Las competencias de las entidades locales” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014
- MORO TELLA, R.: “La introducción de medidas legales para prevenir el abuso en la contratación temporal del sector público: tarea inacabada para el legislador español”, *Actualidad Administrativa*, nº 5, 2021
- MORÓN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: supuestos, procedimiento y efectos”, *Revista de Derecho Social*, nº 14, 2001
- MORÓN PRIETO, R.: “Modificación de condiciones de trabajo: causalidad, razonabilidad e idoneidad. La exclusión del dumping social como causa justificativa (A propósito de la SAN de 15-7-2014, Rec.119/2014, Caso FNAC)”, *Revista de Información Laboral*, nº 8, 2014, BIB 2014\3746
- MOZO AMO, J.: “La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Su incidencia en la administración local”, *Actualidad Administrativa*, nº 6, 2022

- MUÑOZ MACHADO, S.: Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I, Thomson Civitas, Madrid, 2004
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España*, Crítica, Barcelona, 2012
- MUÑOZ RUIZ, A.B.: “Trabajo a distancia” en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir.): *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, 2012, pág.113 y ss
- NAVARRO, V.; TORRES LÓPEZ, J. Y GARZÓN ESPINOSA, A.: *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo y bienestar social en España*, Sequitur ATTAC España, 2011
- NAVARRO FAURE, A.: “Los principios presupuestarios a la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, nº 119, 2003
- NAVARRO NIETO, F.: “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- NAVARRO NIETO, F.: “Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo como instrumento de flexibilidad interna: luces y sombras en la doctrina judicial más reciente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 190, 2016, BIB 2016/80285
- NAVARRO NIETO, F.: “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022
- NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la Administración”, *Documentación Administrativa*, nº 8, 2021
- NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: “Caracterización normativo y jurisprudencial de las medidas contra la temporalidad en el sector público: realidad jurídica de una falsa novedad”, *Trabajo y Derecho*, nº 96, 2022
- NICOLÁS BERNAD, A.: “La contratación temporal irregular en la Administración Pública: evolución jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2000
- NICOLÁS BERNAD, J.A.: “La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija” en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado público*, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS, MTIN, Volumen I, 2009
- NIETO ROJAS, P.: “La contratación temporal en el RD Ley 32/2021: Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022
- NIETO ROJAS, P.: “El impacto de la reforma en el empleo de las mujeres en las Administraciones Públicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/BriefNIETOROJASVF.pdf> (visitada 30/06/2022)
- NIÑO BECERRA, S.: *Más allá del Crash*, Debolsillo, 2012.
- NOGUEIRA FERREIRO, L.: “El nuevo régimen jurídico de la relación laboral de los investigadores en España tras la Ley de la Ciencia: ¿una solución a la falta de personal cualificado?”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Universidad Nacional Autónoma de México, nº 23, 2016,
- NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “El contrato por circunstancias de la producción en el RDL 32/2021”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/aedtss-corto-reforma-contratos-temporales-fin-1.pdf> (visitado 23/1/2022)
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: “El nuevo marco competencial del profesorado universitario”, *Revista de Administración Pública*, nº 163, 2004
- NORES TORRES, L.E.: “La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012”, *Arxius*, nº 28, 2013
- NORES TORRES, L.E.: “El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 35, 2014
- OJEDA AVILÉS, A.: “El final de un principio (la estabilidad en el empleo)” en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, 1980
- OJEDA AVILÉS, A.: “El principio de condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, nº 134, 1982
- OJEDA AVILÉS, A. Y GUTIÉRREZ, M.: “La reforma del mercado de trabajo en España durante la crisis financiera internacional”, *Derecho PUCP*, nº 68, 2012
- OLARTE ENCABO, S.: “Liberalización y subvención de la suspensión del contrato de trabajo y de la reducción temporal de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art.47 ET) tras la reforma de 2012”, *Documentación Laboral*, nº 95-96, 2012.
- OLIAS DE LIMA, B. (coord.): *La Nueva Gestión Pública*, Prentice Hall, Madrid, 2001,

- OLLO LURI, M.P. y GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L.: “La contratación laboral temporal por las Administraciones Públicas; especial referencia a la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra”, *Aranzadi Social* Vol.V, 1999, BIB 1999\1615
- ORDOÑEZ SOLIS, D.: “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español sobre empleo temporal”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº127, 2017.
- ORTEGA ALVAREZ, L.: “El reto dogmático del principio de eficacia”, *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1984
- ORTEGA ALVAREZ, L. (Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, El consultor de los Ayuntamientos, La Ley, 2007
- ORTEGA FIGUEIRAL, E.: “Reforma laboral de 2021: Resumen urgente de sus aspectos más relevantes”, *Diario La Ley*, <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16845-reforma-laboral-2021-resumen-de-urgencia-de-sus-aspectos-mas-relevantes/> (visitada 25/4/2022)
- ORTEGA LOZANO, P.G.: “Efectos subrogatorios de trabajadores en las Administraciones Públicas”, *Trabajo y Derecho*, nº 95, 2022
- PALACIO MORENA, J.I. (Dir.): *La construcción del Estado Social*, CES, 2004.
- PALOMAR OLMEDA, A.: “La planificación de recursos humanos: marco general y normativo” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, 1998, pág.119 y ss
- PALOMAR OLMEDA, A.: El sistema de carrera y su aplicación a los cuerpos superiores de la Administración, Dykinson, 2002
- PALOMAR OLMEDA, A.: “De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 624, 2004 (BIB 2004\437)
- PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.): *Comentarios a la Ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud*, Thomson Aranzadi, 2006
- PALOMAR OLMEDA, A.: *El nuevo Estatuto del Empleado Público*, Thomson Aranzadi, 2007,
- PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi Thomson Reuters, 2ª edición, 2009
- PALOMAR OLMEDA, A.: “Las políticas de restricción del gasto público como elemento de ordenación de la gestión pública de recursos humanos y las formas de su articulación” en FUENTETAJA PASTOR, J.A.y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Lex Nova Thomson Reuters, 2015
- PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, 13ª ed, 2021
- PALOMEQUE LOPEZ, M.C.: *La nulidad parcial del contrato de trabajo*, Tecnos, 1975
- PAMPILLON, R. <http://economy.blogs.ie.edu/archives/2010/12/informe-de-la-ocde-sobre-la-economia-espanola.php>. El informe puede consultarse en <http://www.oecd.org/economy/surveys/46654901.pdf> (visitado 12/2/2012)
- PANEA HERNANDO, D.J.: “Nuevas sentencias a raíz del asunto “De Diego Porras” en <http://www.laboral-social.com/nuevas-sentencias-asunto-diego-porras.html> de 22/10/2016 (consultado el 20/5/2017)
- PARADA, R.: *Derecho del Empleo Público*, Marcial Pons, 2007
- PARADA, R.: *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 22ª edición, Madrid, 2012
- PARADA, R. Y FUENTETAJA, J.: *Derecho de la Función Pública*, Thomson Reuters, 2ª edición, 2019
- PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Ministerio Presidencia, BE, 1995
- PAREJO ALFONSO, L.: “Las bases constitucionales de Derecho Administrativo (II)” en AA.VV.: *Manual de Derecho Administrativo*, vol.I, Ariel, 4ª ed., 1996
- PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, volumen 1, Ariel Derecho, 4ª ed., 1996
- PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos” en SOSA WAGNER, F. (Coord.): *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- PAREJO ALFONSO, L.: “Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración Local y desarrollo de la garantía de la autonomía local: comentarios de urgencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 30, 2012
- PARRA MUÑOZ, J. F., *El servicio público local, ¿una categoría a extinguir?*, Tirant lo Blanch, 2006

- PASCUA MATEO, F.: “Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales”, *Revista de Administración Pública*, nº 158, 2002
- PASCUA MATEO, F. (Dir.): *Derecho de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013,
- PASTOR MARTÍNEZ, A.: “La temporalidad endémica del mercado laboral español y su necesaria reforma legal”, <https://www.net21.org/author/albertopastor/> (visitada 25/4/2022)
- PAVLOU, V. Y GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA, M.A.: “La Directiva 1999/70/CE sobre el trabajo de duración determinada y la contratación temporal en España. Un comentario a las sentencias del TJUE del 14 septiembre 2016”, *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016.
- PEDRAJAS MORENO, A, SALA FRANCO, T. Y MOLERO MANGLANO, C.: *La flexibilidad interna en la empresa. Una valoración crítica de las reformas de 2010,2011 y 2012*, Tirant lo Blanch, 2ª ed, 2012.
- PERCHÍN BENITO, N.: “La Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas emergentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”, *Diario La Ley*, nº 10075, Sección Tribuna, 24/5/2022
- PÉREZ, G., ORTIZ, D., ZAFRA, J.L. y ALCAIDE, L.: “De la *New Public Management* a la *Post New Public Management*, evolución de las reformas en la gestión de las administraciones públicas españolas”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, vol. 13, 2011
- PÉREZ ALONSO, M.A., BELANDO GARÍN, B. Y FABREGAT MONFORT, G.: *Derecho del empleo público*, Tirant lo Blanch, 2013
- PÉREZ AMOROS, F.: “Una crónica de la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 75, 2016
- PÉREZ ANAYA, R.M.: “El poder empresarial sobre las condiciones de trabajo: experiencias judiciales recientes”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*, nº 41, 2015
- PÉREZ CHARCO, J.: *Los planes de ordenación de recursos humanos del personal estatutario de los servicios de salud*, Bomarzo, 2014
- PÉREZ CHARCO, J.: “Análisis de los efectos de las sentencias de 14 de septiembre de 2016 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre los nombramientos temporales del personal estatutario de los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud” en <http://www.ajs.es/blog/analisis-de-los-efectos-de-las-sentencias-de-14-de-septiembre-2016-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-sobre-los-nombramientos-temporales-del-personal-estatutario-de-los-servicios-de-salud-d/> (vista 2/2/2019).
- PÉREZ DEL PRADO, D.: “La reforma laboral y el nuevo contrato formativo: ¿la propuesta definitiva?”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022
- PÉREZ DEL PRADO, F.J.: “Contratos formativos en la reforma laboral de 2021”, Briefs AEDTSS, nº 29, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 202, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Contratos-formativos-en-la-reforma-laboral-2021.pdf> (visitado 15/2/2022)
- PÉREZ GUERRERO, M.L.: *El futuro de los trabajadores indefinidos no fijos: una puerta hacia la estabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022
- PÉREZ REY, *Estabilidad en el empleo*, Trotta, 2004
- PEREZ REY, J. Y TRILLO PARRAGA, F.: “Precariedad en la universidad: los falsos asociados. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia sala octava de 13 de marzo de 2014”, *RDS*, nº 66, 2014
- PÉREZ REY, J.: “Por una reformulación de nuestro modelo de contratación temporal: reflexiones sobre las consecuencias de la sentencia Porrás en nuestro ordenamiento y la eficacia de la Directiva 99/70”, *Revista de Derecho Social*, nº 76, 2016
- PÉREZ REY, J.: “Derecho a la estabilidad en el empleo y contratación temporal: una relación tormentosa”, *RDS*, nº 74, 2016,
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 12ª edición, 2010
- PÉREZ ROYO, J.: “La reforma del artículo 135 CE”, *REDC*, nº 93, 2011
- PINAZO HERNANDIS, J.: “Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el estatuto básico del empleado público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 746/2008, BIB 2008\161,
- PINAZO HERNANDIS, J.: “Disonancias y ausencias en la relación laboral de empleo público”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 770, 2009
- PISARELLO, G.: “Sobre la reforma constitucional”, *Cuadernos de la Fundación 1º de Mayo*, nº 25, 2011
- POLO SÁNCHEZ, M.C.: “La Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.1, 2013

- PONCE SOLÉ, J.: “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena Administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 40, 2016
- POQUET CATALÁ, R.: “Los difusos contornos del concepto de “modificación sustancial de las condiciones de trabajo” y la Ley 3/2012”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 355, 2012
- POQUET CATALÁ, R.: “Nuevo pronunciamiento (Y ¿definitivo?) sobre la indemnización por despido improcedente según la DT 5ª RDL 3/2012”, *Temas Laborales*, nº 133, 2016
- POQUET CATALÁ, R.: Las modificaciones del contrato de trabajo. Sustanciales, geográficas y funcionales, Aranzadi, 2018
- PORRAS NADALES, A.: “El Estado Social” en AA.VV.: *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 3ª edición, 2012
- PRATS CATALÁ, J.: “Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 210-211, 1987
- PRECIADO DOMÉNECH, C.: “Comentario de urgencia a la STJUE de 14 de septiembre de 2016. Caso Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa”, *Jurisdicción social*, nº extraordinario, octubre 2016,
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *La contratación temporal tras la SSTJUE de 14 de septiembre de 2016*, Básicos de Derecho Social, nº 91, 2016, Bomarzo
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”, *Temas Laborales*, nº 118, 2013
- PRECIADO DOMENECH, C.H.: *La reforma laboral de 2021. Comentarios de urgencia al Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre*, Editorial Bomarzo, 2022
- PRIOR, D.: “Eficacia, eficiencia y gasto público”, *Revista de Contabilidad y Dirección*, Vol.13, 2011
- PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, 2003, pág. 225-243;
- PURCALLA BONILLA, M.A.: “El teletrabajo como sistema implantable en las organizaciones públicas y privadas: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Social*, nº 46, 2009
- QUINTANA LÓPEZ, T.: “Derecho de los vecinos a la prestación de servicios públicos”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 16, 2008
- QUINTANA LÓPEZ, T.: “Debate previo a la reforma de la legislación del Estado de Régimen Local” en QUINTANA LÓPEZ, T. (Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014,
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La contratación laboral fraudulenta en las Administraciones Públicas y sus consecuencias jurídicas”, *Aranzadi Social* paraf.10, BIB 2004/419
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”, *Aranzadi Social* paraf 50/2008, BIB 2008/2449
- QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La prodigalidad de los derechos individuales de los empleados públicos en el artículo 14 EBEP”, *RMTAS*, nº 93, 2011
- QUINTANILLA NAVARRO, Y.: *La flexibilidad interna en el empleo público laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014
- QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “La defunción del derecho a la inamovilidad del lugar de trabajo”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 361, 2013
- RAMÍO MATA, C.: “La gestión pública en tiempos de crisis”, *Revista Venezolana de Gestión Pública*, nº 1, 2010
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “La flexiseguridad: una aproximación al estado actual de una política comunitaria de empleo”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2009
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas de 2010 y 2011”, *Actualidad Laboral*, nº 5, 2012
- RAMOS MORAGUES, F.: “La especificación de la prestación laboral como manifestación del poder de dirección del empresario”, *Revista Jurídica del Deporte*, nº 24, 2008, (BIB 2008/2195)
- RAMOS MORAGUES, F.: *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, 2011
- RAMOS MORAGUES, F.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, 2012, BIB 2012/2902
- RAMOS MORAGUES, F.: “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol.3 Número extraordinario, enero 2022.

- RAMOS QUINTANA, M.I.: La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad), Lex Nova, 2002,
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “Procesos de estabilización en el empleo público: ruptura de la Ley 20/2021 con la temporalidad abusiva del personal laboral y del funcionario interino”, *Trabajo y Derecho*, nº 90 , 2022
- REDONDO, J.L.: “La Diputación Provincial, esa gran desconocida...y algunos datos para empezar a conocerla”, en <http://hayderecho.com> (visitado 24/10/2013)
- RENTERO JOVER, J.: “Sobre la relación de empleo público laboral”, *Revista de Derecho Social*, nº 11, 2000
- REQUEIJO, J.: *Economía mundial*, McGraw Hill, 6º ed, 2021
- RICOU CASAL, M.: “Sector público: realización de funciones de categoría superior por su personal.¿Sería de recibo su no remuneración al no estar dotadas presupuestariamente?”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 436, 2019
- RITTER, G.A.: *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991
- RIVAS VALLEJO, P.: “Provisión de puestos de trabajo y movilidad del personal laboral” en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, 2008
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La alteración de la condición más beneficiosa a través del artículo 41 del artículo 41 ET”, en AA.VV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1993
- RIVERA SÁNCHEZ, J.R.: “La readmisión obligatoria como efecto del despido improcedente del personal laboral fijo. Algunas cuestiones aplicativas del art.96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 18, 2008
- RIVERO ISERN, E. Y FERNANDO PABLO, M.M.: “El principio de equidad” en AA.VV.: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, Madrid, 2010 La Ley 1085/2011.
- RIVERO LAMAS, J.: “Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español”, *RPS*, nº 70, 1966
- RIVERO LAMAS, J.: “Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, 1972
- RIVERO LAMAS, J.: “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, *Revista Española de Derecho del Trabajo Civitas*, nº 124, 2004
- RIVERO ORTEGA, R.: “La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 41, 2016
- ROCA SASTRE, R.M.: *Estudios de Derecho Privado vol I: Obligaciones y contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948
- RODRÍGUEZ ALCÁZAR, J.I.: “Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 391, 2015
- RODRÍGUEZ ARANA, J.: “El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Administrativa*, nº 8, 2010
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado Social*, Marcial Pons, 2007
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, Vol.3, nº 12, 2010
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 334, 2011
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Posibilidades para el reajuste de efectivos en el ámbito público a la luz de la reforma laboral de 2012”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 31, 2013
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público, Fundación Democracia y Gobierno Local, Iustel, 2013
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “El personal laboral al servicio del sector público local tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en QUINTANA LÓPEZ, T.(Coord): *La reforma del Régimen Local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tirant lo Blanch, 2014
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, H.: *Propuestas para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Temporalidad en el empleo público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017

- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Acceso al empleo público: la necesaria revisión del modelo actual” en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. y SPINELLI, C. (Dir.): *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Despido improcedente de un profesor universitario asociado que ha venido actuando como “comodin-corretornos” en la impartición de docencia”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2022
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: “Jerarquía normativa vs fuerza vinculante: razones para dudar de la constitucionalidad del art.32 Estatuto Básico del Empleado Público”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “Interinidad por vacante e indefinidos no fijos: una zona gris de nuestro derecho. Nueva doctrina del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, nº 9972, sección Tribuna, 16/12/2021, Wolters Kluwer
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “La nueva regulación de los fijos discontinuos tras la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, nº 10034, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2022
- RODRÍGUEZ MARTÍN RETORTILLO, R.M.: “Ámbito, garantías y responsabilidad de la sucesión empresarial, en el marco de la Jurisprudencia europea y española”, *Trabajo y Derecho*, nº 43-44, 2018
- RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)”, *Relaciones Laborales*, nº 21, 2011
- RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (II)”, *Relaciones Laborales*, nº 1 de 2012,
- RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: “La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (III)”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 2012
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: Estabilidad en el empleo, Diálogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997, Tecnos, 1998
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RE, F. Y CASAS BAAMONDE, M^a.E.: “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 2X, 2012
- RODRÍGUEZ PIÑERO Y CASAS BAAMONDE: “La igualdad de trato en la contratación temporal, el derecho de los trabajadores interinos a indemnización por finalización de su contrato por causa objetiva, y los encadenamientos abusivos de contratos y relaciones de servicios temporales en las Administraciones Públicas españolas. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de septiembre de 2016”, *DRL??*, nº 9, 201
- RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 7-8, 2013
- RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “No toda la Jurisprudencia laboral es de Diego Porras” en <http://www.expansion.com/especiales/pwc/2016/12/07/5847e5ebe5fdea01358b4571.html> (visitada 5/5/2019)
- RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “La contratación temporal en el sector público”, *Documentación laboral*, nº 110 fascículo nº 2, 2017, pág. 27 y ss
- RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.: “Preparando un nuevo cambio en la regulación de los indefinidos no fijos”, *Estudios financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos*, Comares, 1997
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “Funcionarización y laboralización del personal al servicio de las Administraciones Públicas: dos procesos convergentes” en CASTILLO BLANCO, F.A. (Coord.): *Situación actual de la función pública española*, Comares, 1998, pág.157 y ss
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: “La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022
- RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: “Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: suspensiones del contrato y reducciones de jornada”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, J.: “La nueva regulación de los fijos discontinuos tras la reforma laboral: un híbrido que traerá polémica”, *Diario La Ley*, nº 10034, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2022, Wolters Kluwer
- RODRÍGUEZ ROMERO, R.M.: “Los contratos formativos a la luz del RDL 32/2021: un necesario cambio de modelo con resultados aún inciertos, Briefs de la AEDTSS, (visitado 15/2/2022)
- RODRIGO SAIZ, M.C.: “Indefinido no fijo en la Administración Pública”, *Diario La Ley*, nº 9821, Sección Dossier, 30/3/2021, Wolters Kluwer
- ROJAS RIVERO, G.P.: “La reforma laboral 2012 en las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 4, 2013

- ROJO TORRECILLA, E.: “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el impacto de su reciente jurisprudencia en la regulación de la contratación temporal en España y el derecho a indemnización por extinción del contrato (Notas a tres sentencias y tres autos), *Lan Harremanak*, nº 36, 2017-I
- ROJO TORRECILLA, E.: “El impacto de la Jurisprudencia del TJUE en la doctrina judicial española. Aceptación de la indemnización de 20 días para trabajadores interinos e indefinidos no fijos”, en *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 407, 2017.
- ROJO TORRECILLA, E.: “Dificultades interpretativas desde la perspectiva de recursos humanos de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. La subrogación del personal (I y II)” en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/04/dificultades-interpretativas-desde-la.html> (consultado 29/4/2020)
- ROJO TORRECILLA, E.: “TJUE. Sentencias Lucía Montero Mateos y Grupo Norte Facility ¿Punto final en la doctrina Ana De Diego Porras o, segunda parte (como en las series) con nuevos capítulos? A propósito de las sentencias de 5 de junio de 2018 (C-677/16 y C-574/16) (I)” en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/06/tjue-sentencias-lucia-montero-mateos-y.html> (consultado 15/5/2019).
- ROJO TORRECILLA, E.: “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 67, 2022
- ROJO TORRECILLA, E.: “Las disposiciones transitorias de la reforma laboral de 2021”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/BRIEF-AEDTSS-eduardo-rojo.pdf> (consultado 27/5/2022)
- ROLLA, G.: “La Administración en el Estado democrático de Derecho”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 17, 2002
- ROMAGNOLI, U.: “Del derecho “del” trabajo al derecho “para” el trabajo”, *RDS*, nº 2, 1998
- ROMERA JIMÉNEZ, O.: “Comentarios a la Reforma Local”, *Revista de Estudios Locales*, <http://www.revistacunal.com/reforma-local-b> (visitado 15/2/2015),
- ROMERO BURILLO, A.M.^a y MORENO GENÉ, J.: El personal docente e investigador laboral de las Universidades Públicas: aspectos legales y negociación colectiva, Ed. Bomarzo, 2010.
- ROMERO BURILLO, A.M.: “La regulación de la movilidad geográfica tras las reformas laborales 2010-2012”, *Revista de Derecho Social*, nº 64, 2013
- ROMERO BURILLO, A.M.: “La contratación laboral del Personal Docente e Investigador en la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario”, Briefs AEDTSS, nº 29, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: “Notas sobre el contrato de interinidad en la Administración Pública”, *Temas laborales*, nº 45, 1997
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: Relaciones laborales en el empleo público, *Ibidem* ediciones, 1998
- ROQUETA BUJ, R.: “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 2011
- ROQUETA BUJ, R.: “Nuevas perspectivas en materia del personal al servicio del sector público: la reestructuración de plantillas laborales” en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012
- ROQUETA BUJ, R.: La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, 2012
- ROQUETA BUJ, R.: “Nuevas perspectivas en materia del personal al servicio del sector público: la reestructuración de plantillas laborales” en THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, pág. 579 y ss.
- ROQUETA BUJ, R.: “La suspensión contractual o reducción de la jornada y los despidos económicos en las Administraciones Públicas” en AA.VV. (FUENTETAJA PASTOR, J.A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. dir.): *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, 2012, pág. 291 y ss
- ROQUETA BUJ, R.: “Los despidos colectivos en el sector público: causas y procedimiento”, *Documentación Laboral*, nº 97, 2013
- ROQUETA BUJ, R.: “El deber de negociar de buena en las Administraciones Públicas”, *Seminari sobre relacions col·lectives*, nov. 2016
- ROQUETA BUJ, R.: “Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal” en GARCÍA MURCIA, J. (dir.): *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021
- ROQUETA BUJ, R.: “El cese de los funcionarios interinos”, *Trabajo y Derecho*, nº 82, 2021
- ROQUETA BUJ, R.: “La aplicación de la reforma laboral en las Administraciones Públicas”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/category/briefs-de-la-aedtss/> (visitado 10/02/2022);

ROQUETA BUJ, R.: La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas, Tirant lo Blanch, 2022

RUANO VILA J.V.: “Formas de reversión y gestión de los servicios públicos” en TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017

RUBIO LARA, M^oJ.: *La formación del Estado social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991

RUBIO LLORENTE, F.: “La reforma del artículo 135 CE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 93, 2011,

RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria y gasto público del Estado en España”, en *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, 2008 (LA LEY 14518/2010)

RUIZ ALMENDRAL, V.: “La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria en el Derecho comunitario”, en *Estabilidad presupuestaria y gasto público en España*, La Ley, 2008 (LA LEY 14516/2010)

RUIZ ALMENDRAL, V.: “Estabilidad presupuestaria y reforma constitucional”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 41, 2012

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, ACARL, 1989

SÁIZ, M.P.: “La Ley de Economía Sostenible: la sostenibilidad financiera del sector público”, *Revista de contabilidad y dirección*, vol. 13, 2011

SALA FRANCO, T.: “El principio de la condición más beneficiosa”, *Revista de Política Social*, nº 114, 1977

SALA FRANCO, T.: “La contratación temporal en la Administración Pública”, *Poder Judicial*, nº3, 1986.

SALA FRANCO, T.: “El alcance aplicativo del artículo 41 del ET: las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo” en AA.VV.: *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997

SALA FRANCO, T.: “Una nueva relación laboral especial de los empleados públicos”, *Actualidad Laboral*, nº 20, nov 2007, Tomo 2 (La Ley 5926/2007)

SALA FRANCO, T.: “Acerca de la extinción de la relación laboral especial de las Administraciones Públicas”, *Trabajo y Derecho*, nº 42, 2018.

SALA FRANCO, T.: La Reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, 2022

SALA FRANCO, T.: “El Real-Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo”, Briefs de la AEDTSS, https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2021/12/2_Sala_REFORMA-LABORAL-2021.pdf (visitado 9/1/2022)

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TARRUELLA, F.: *La modificación de la prestación de trabajo*, Deusto, 1991

SALVADOR CRESPO, M.: “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014

SAMPER JUAN, J.: “Clasificación profesional objetiva y subjetiva y movilidad funcional” en AA.VV.: *Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997

SAMUELSON, P.A. y NORDHAUS, W.D.: *Macroeconomía*, McGrawHill, 18ª edición, 2006

SANAGUSTÍN SÁNCHEZ, J.: “El empleo público español y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la Directiva 1999/70/CE” ponencia en el curso de la UIMP “El empleo público y la modernización de la Administración”, celebrado en Huesca del 3 al 5 de octubre de 2018

SÁNCHEZ, V.M. (Dir.): *Derecho de la Unión Europea*, Huygens editorial, 4ª ed., 2017,

SÁNCHEZ LINDE, M.: “La prioridad de permanencia de los trabajadores vulnerables en la movilidad geográfica”, *Diario La Ley*, nº 9159, 15/3/2018

SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Función administrativa y Constitución” en PREDIERI, A. Y GARCÍA DE ENTERRIA, E. (Dir.): *La Constitución española de 1978*, Civitas, 1981

SÁNCHEZ MORÓN en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (dir.): *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación WoltersKluwer, 2009,

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, 2022, 15ª edición

SÁNCHEZ MORÓN, M.: “Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas” en FUENTETAJA PASTOR, J.A.y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.): *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012

SÁNCHEZ MORÓN, M.: “La consagración del funcionario interino indefinido”, *Revista de Administración Pública*, nº 208, 2019

- SÁNCHEZ REVENGA, J.: “Algunas consideraciones sobre el gasto público y sus sistemas de gestión”, *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº2, 1994,
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Responsabilidad social y ética “públicas” y relación laboral de empleo público”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 93, 2011
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 232, 2020
- SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012
- SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 39, 2014
- SANGUINETTI RAYMOND, W.: “La insuficiente sanción del fraude en la contratación temporal”, *Trabajo y Derecho*, nº 38, 2018
- SANJUÁN ALBACETE, J.: “Incidencia de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, en la libertad de elección de las formas de gestión de los servicios públicos locales”, *Actualidad Administrativa*, nº 7, 2006
- SAN MARTÍN, J.: “La reforma local es un mal flan, digo Plan. Sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local” en <http://hayderecho.com> (visitado el 19/3/2013).
- SANZ RUBIALES, I.: “La resolución del contrato de trabajo celebrado por una Administración Pública como consecuencia de la anulación de las pruebas selectivas previas en la vía contencioso administrativa”, *Poder Judicial*, nº 37, 1995?
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo*, Aranzadi, 1991
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Flexibilidad interna e inseguridad jurídica: disfunciones del régimen legal que desincentivan el uso de esta herramienta”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 363, 2013
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, segunda edición, 2009
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*, Iustel, segunda edición, 2009,
- SANTOR SALCEDO, H.: “Flexibilidad interna y poder de dirección empresarial: clasificación profesional y movilidad funcional, distribución irregular de jornada y movilidad geográfica” en GARCÍA BLASCO, J y DE VAL TENA, A. (Dir.): *Crisis económica y empleo: La experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pág.278.
- SCHUJMAN, L.: *El Derecho de la estabilidad en el empleo*, Ediciones Jurídicas Orbir, 1970
- SEGALES FIDALGO, J. y FOTINOPOULO BASURKO, O.: “Diego Porras, Montero Mateos y Grupo Norte. El viaje desde la equiparación genérica a una dimensión desconocida”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 191, 2018.
- SEMPERE AVELLÁN, J.: “Sobre la intangibilidad de las condiciones más beneficiosas”, en AAVV.: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 1993
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Los elementos esenciales del contrato de trabajo en la Jurisprudencia” en AA.VV.: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “Contrato temporal para obra o servicio determinado: delimitación y efectos de su irregular celebración en las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social* tomo II, BIB 1996\1424
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Cesión de trabajadores a Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº 3, 2003 (BIB 2003\247)
- SEMPERE NAVARRO, A.V. Y LUJÁN ALCARAZ, J. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (Dir. y Coord.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, 2008,
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Legislación de emergencia y reforma laboral en España (2011-2012)”, *Derecho PUCP*, nº 68, 2012
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Claves de la reforma laboral de 2012 (Estudio de la Ley 3/2012, de 6 de julio y del Real Decreto Ley 3/2012, de 13 de julio)*, Aranzadi, 2ªed., 2012
- SEMPERE NAVARRO, A.V. : “Evolución de la jurisprudencia casacional sobre la figura del indefinido no fijo”, en MONEREO PÉREZ, J.L., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. y SPINELLI, C. (Dir.): *El empleo público. Puntos críticos en el ordenamiento italiano y español*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018

- SEPÚLVEDA GÓMEZ, M.: “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE”, *Temas Laborales*, nº 129, 2015
- 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 funcionarial especial bajo las sombras de su legado histórico”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 6, 2004
- SERRANO ARGÜELLO, N.: “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desiderátum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014
- SERRANO OLIVARES, R.: Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica, CES, 2000
- SERRANO OLIVARES, R.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja”, *Ius Labor*, nº 2, 2015
- SERRANO PASCUAL, A.: “El empleo público en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, y corrupción”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 32, 2013
- SERRANO PASCUAL, A.: “Situación actual del empleo público en España”, ponencia en el curso de la UIMP “El empleo público y la modernización de la Administración”, celebrado en Huesca del 3 al 5 de octubre de 2018
- SERRANO SANZ, J.M.: *De la crisis económica en España y sus remedios*, Pressas Universitarias de Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2011
- SIERRA HERNAIZ, E.: “La suspensión y reducción de la jornada laboral como mecanismo para preservar el empleo; los – así llamados- ERTES (art.47 ET)” en GARCÍA BLASCO, J y DE VAL TENA, A. (Dir.): *Crisis económica y empleo: La experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- SIMÓN SEGURA, F.: *Manual de Historia Económica Mundial y de España*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994
- SOCA TORRES, I.: *La cuestión prejudicial europea*, JMB Bosch procesal, 2016.
- SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson Civitas, 6ª ed., Madrid, 2004
- SOTELO, I.: *El Estado Social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta Fundación Alfonso Martín Escudero, 2010.
- SOUVIRÓN MORENILLA, J.M.: “Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico”, *Cuadernos de Derecho Local*, nº 34, 2014
- SUÁREZ CORUJO, B.: “Aspectos de dudosa constitucionalidad contenidos en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013
- SUÁREZ PANDIELLO, J. y GARCÍA VALIÑAS, M.A.: *El poder local. Modelos de gestión y de financiación de los servicios públicos locales*, Academia Europea de ciencias y Artes España, Madrid, 2006
- SUÁREZ PANDIELLO, J.: “Un primer apunte sobre la reforma local” en AA.VV.: *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal y Finanzas Públicas*, Institut d’Economía de Barcelona, 2013,
- SURROCA CASAS, P.: “La situación de indemnización por terminación de los contratos temporales: última doctrina judicial y alcance de la cuestión prejudicial formulada por el TS”, *Revista de Jurisdicción Social*, nº 186, 2018
- TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza diccionarios, 6ª ed., 1993
- THIBAUT, J. (dir.): *La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012
- TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D.: *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017
- TODOLI, A. “¿Pueden las empresas públicas hacer un ERTE? ¿Y las empresas contratistas de las AAPP pueden hacer un ERTE?” en <https://adriantodoli.com/2020/04/15/pueden-las-empresas-publicas-hacer-un-erte-y-las-empresas-contratistas-de-las-aapp-pueden-hacer-un-erte/> (visitado 30/11/2020),
- TODOLI SIGNES, A.: “Caso de reversión de servicios públicos. Indefinidos no fijos, personal a extinguir o fijos” Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública, Universidad de Valencia, 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=QQGPnTBkPXI>, (visitado 2/10/2022)
- TODOLI SIGNES, A.: “Análisis del nuevo contrato temporal por circunstancias de la producción y sus tres modalidades” en el blog Argumentos de Derecho Laboral <https://adriantodoli.com/2022/01/03/analisis-nuevo-contrato-temporal-por-circunstancias-de-la-produccion-y-sus-tres-modalidades/>

- TODOLI SIGNES, A.: “El acceso al empleo público a la luz de la Ley 20/2021, de reducción de la temporalidad en el empleo público. Especial referencia a la valoración de los méritos”, *Revista Vasca de Gestión de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 22, 2022
- TORRES SÁNCHEZ, R., SOLBES FERRIS, y DÍAZ-ORDÓÑEZ, M.: *Historia económica mundial*, Eunate, 2018
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: “La crisis económica y su influencia en el estatuto jurídico de los empleados públicos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 364, 2013
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., OLARTE ENCABO, S. Y RIVAS VALLEJO, P. (dir. Y coord.): *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comares, 2008
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: Dossier Reforma laboral 2012. Comentarios al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, *El Derecho*, Grupo Francis Lefebvre, marzo de 2012
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Reforma Laboral 2012*, *El Derecho*, 2012
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “El cambio de centro de trabajo. La movilidad geográfica fuerte y débil”, *Revista de Derecho Social*, nº58, 2012
- TREVIÑO PASCUAL, M.: Estabilidad en el empleo y despido colectivo en el sector público: su control jurisdiccional, Bomarzo, 2016
- TREVIÑO PASCUAL, M.: “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 409, 2017
- TREVIÑO PASCUAL, M.: “Sucesión de plantillas y cesión de trabajadores en la gestión de servicios públicos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 47, 2017
- TREVIÑO PASCUAL, M.: “Responsabilidad estatal por Ley incompatible con el Derecho de la Unión (la Disposición adicional 34.ª LPGE/2017)”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, abril 2018.
- TRILLO PÁRRAGA, F.J.: “El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012
- TRILLO PÁRRAGA, F.J.: “El contrato fijo discontinuo en la Reforma Laboral de 2021”, *NET21*, nº 9, 2022, <https://www.net21.org/el-contrato-fijo-discontinuo-en-la-reforma-laboral-2021/> (visitado 15/5/2022)
- URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M.: “El Preámbulo del RD Ley 3/2012 o las retóricas de la manipulación”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012
- VALDÉS DAL RÉ, F.: “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 25 nº 2, 2007
- VALDÉS DAL RÉ, F.: “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2012
- VALDÉS DE LA VEGA, B.: “El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012
- VALLE MUÑOZ, F.A.: “La polivalencia funcional como mecanismo de flexibilidad interna: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 4, 2013.
- VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de la reforma laboral de 2012 en la clasificación profesional y en la movilidad funcional”, *Revista de Derecho Social*, nº 60, 2012.
- VALLE MUÑOZ, F.A.: “La incidencia de la reforma laboral de 2012 en la clasificación profesional y en la movilidad funcional en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, AEDTSS, Tirant lo Blanch, 2013.
- VALLE SÁNCHEZ, V.: “Los distintos frentes de la disciplina presupuestaria”, *Hacienda Pública Española monográfico El Sector Público Español: Una panorámica actual*, nº2, 1994.
- VALLECILLO GÓMEZ, M.R.: “El personal “indefinido no fijo” y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 404, 2016.
- VALLEJO DACOSTA, R., LAFUENTE PASTOR, V.P. Y AYERRA DUESCA, N.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: avances y retrocesos” en GARCÍA BLASCO, J y DE VAL TENA, A. (Dir.): *Crisis económica y empleo: La experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- VALVERDE ASENCIO, A.J.: “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública”, *Temas Laborales*, nº 86, 2006.
- VALVERDE ASENCIO, A.J.: “La reforma de los contratos de trabajo del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación: el nuevo contrato de actividades científico-técnicas”, *Temas Laborales*, nº 165, 2022.
- VARELA AUTRÁN, B.: “El despido objetivo en el sector público”, *Diario la Ley*, nº 7945, 2012 .

VÁZQUEZ BELTRÁN, A. : “La incidencia de la reforma del marco de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013.

VÁZQUEZ DE PRADA, V.R.: “El funcionario público: señas de identidad”, *Documentación Administrativa*, nº 189, 1981.

VÁZQUEZ FORNO, J.: “Cesión ilegal de trabajadores de un colegio profesional a la Administración Pública: A propósito de una reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de marzo de 2008”, *Anuario Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008.

VELA DÍAZ, R.: “Una rectificación jurisprudencial esperada: el despido en los interinos por vacante del sector público”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 380, 2014.

VICENTE PALACIO, A.: “El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (una breve presentación de la reforma en el ámbito del derecho individual)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 31, 2012.

VICENTE PALACIO, A.: “Contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo discontinuo!”, Briefs de la AEDTSS, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/OBITUARIO-ARANTCHA.pdf>, (visitado 15/2/2022)

VICENTE PALACIO, A. y BALLESTER PASTOR, I.: “Principio de causalidad en la contratación (tras la reforma operada por el RD-Ley 32/2021)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.): *La reforma laboral de 2021: Estudio técnico de su régimen jurídico*, Laborum, 2022

VIDA FERNÁNDEZ, R.: “El modelo de empleo público laboral y su necesaria reforma: instrumentos de racionalización y flexibilidad del empleo público laboral” en CASTILLO BLANCO, F.A. y MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.y coord.): *Reestructuración de las Administraciones Públicas: aspectos administrativos y laborales*, Comares, 2015

VIDA FERNÁNDEZ, R.: “La reforma laboral y sus efectos sobre el empleo público”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, nº 27, 2022

VILA TIERNO, F.: “La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 33, 2013

VILA TIERNO, F.: “La flexibilidad laboral tiene un límite: los mínimos de derecho necesario”, *Estudios Financieros Revista de Trabajo y de Seguridad Social*, nº 379, 2014

VILLALBA SÁNCHEZ, A.: “Flexibilidad interna y jornada laboral” en AA.VV.: *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, 2013

VIÑAS XIFRA, J.: “Causas para externalizar servicios en la Administración Pública”, *Presupuesto y Gasto Público*, nº 66, 2012

VIVERO SERRANO, J.B.: “El despido improcedente de los empleados públicos en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista de Derecho Social*, nº 40, 2007

VIVERO SERRANO, J.B.: *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, 2009

VIVERO SERRANO, J.B.: “El acceso al empleo público en régimen laboral tras el estatuto básico del empleado público: algunas luces y demasiadas sombras”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 143, 2009

VIVERO SERRANO, J.B.: “La readmisión de los empleados públicos objeto de despido ilícito: el juego del derecho constitucional, del art.96.2 EBEP y de la autonomía colectiva”, *Relaciones Laborales*, 7-8, 2013

VIVERO SERRANO, J.B.: “Contratos temporales y empleo público. El reto de la disminución de la excesiva temporalidad”, *Documentación Laboral*, nº 124, 2021

YAGÜE BLANCO, S.: “Reversión de contrata públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018

YAGÜE BLANCO, S.: “Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas”, *Trabajo y Derecho*, nº 52, 2019

YAGÜE BLANCO, S.: “¿Cuándo existe subrogación de trabajadores en la contratación pública” en Jornada sobre responsabilidad social corporativa y subrogación de trabajadores en la contratación pública, Universidad de Valencia, 2021, en <https://www.youtube.com/watch?v=Dj-04f6lSpw&t=763s> (visionado 30/9/2022).



Universidad Zaragoza