

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Henar Álvarez Cuesta (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española

Juan Ramón RIVERA SÁNCHEZ*

RESUMEN: La Administración Pública española presenta numerosas debilidades en la ordenación jurídica de sus empleados temporales. En la actualidad, las cifras oficiales afirman que el 30 por ciento de los empleados públicos mantienen un vínculo temporal y, entre ellos, un número considerable ha prestado servicios durante más de diez años en puestos de trabajo que, en realidad, son de naturaleza permanente o estructural. Situación que ha sido reprochada por los Tribunales españoles y de la Unión Europea.

Con la finalidad de corregir, en parte, esta situación el legislador apuesta por corregir esta situación mediante, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los sectores de las Administraciones Públicas que prestan servicios esenciales; por otro lado, autorizar un proceso “extraordinario” de estabilización de las plazas ocupadas por personal temporal y, por fin, el establecimiento de fuertes restricciones al uso del empleo temporal pro futuro que la hagan sostenible en el conjunto del sistema.

Palabras clave: Administración pública, empleo temporal, igualdad, mérito, capacidad, despido, indemnización.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Un sucinto repaso al empleo temporal en la Administración Pública. 3. Sobre los procedimientos tradicionales de consolidación del empleo temporal en la Administración Pública. 4. Significado y alcance del art. 19 de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado. 5. La dinámica de la tasa de reposición de efectivos. 5.1. El origen de la Tasa de Reposición de Efectivos. 5.2. El método de determinación de la tasa de reposición. 5.3. La Tasa de Reposición de Efectivos en la LGPE de 2017. 6. Las restricciones al uso del empleo temporal en el sector público. 6.1. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público procedente de las empresas contratistas. 6.2. La contratación de personal por las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y Fundaciones del Sector Público. 6.3. ¿El principio del fin de los trabajadores indefinidos pero no fijos? La exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización irregular de la contratación laboral. 7. Bibliografía.

* Catedrático Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Alicante. España.

The sustainability of temporary employment in Spanish Public Administration

ABSTRACT: The Spanish public administration presents numerous weaknesses in the legal regulation of temporary employees. Currently, official figures say that 30 percent of public employees retain a temporary link and, among them, a considerable number has provided services for more than ten years in jobs which, in reality, are permanent or structural nature. A situation that has been charged by the Spanish courts and the European Union.

In order to correct, in part, this situation the bet legislator to correct this situation through enlargement of the percentage of the rate of replenishment, in some areas, it reaches up to 100 percent of the vacancies in major sectors of the public administration; on the other hand, authorize an “extraordinary” process of stabilization of the seats occupied by temporary staff and, finally, the establishment of strong restrictions on the use of temporary employment future pro guaranteeing its sustainability.

Key Words: Public Administration, temporary employment, equality, merit, capacity, dismissal, liability.

1. Introducción

La precariedad en el desempeño del puesto de trabajo se comprueba como una práctica que se enquistó y es muy difícil de erradicar en el ámbito de las Administraciones Públicas, incluso informes del Banco Central Europeo hacen responsable a la precariedad de la debilidad del crecimiento económico en la Unión Europea porque fomenta unas políticas de bajos salarios que frena el desarrollo pleno de la economía. Uno de los principales síntomas de esa precariedad es la dimensión del empleo temporal como vínculo contractual entre los empleados públicos. Ante tal situación, y por la condición de empleador público de la Administración y por el respeto de principios constitucionales de acceso al empleo público, los Juzgados y Tribunales españoles, con ocasión de la revisión de irregularidades del empleo público, han adoptado soluciones provisionales que han enquistado y postergado una solución definitiva para corregir los excesos cometidos en el empleo público temporal como es el caso del “indefinido pero no fijo”, figura que obtuvo un sorprendente reconocimiento legal en el Estatuto Básico del Empleado Público, pero carente de un mínimo desarrollo legal.

Además, el bloque normativo procedente del Derecho de la Unión Europea origina sentencias del Tribunal de la Unión Europea que obligan al Estado español, de una vez por todas, a eliminar las discriminaciones existentes en materia de retribución, duración y extinción de estos empleados públicos temporales pues, en opinión de esta legislación y jurisprudencia, se conculca la regulación existente en la Directiva 1999/70/CE y en el Acuerdo Marco, especialmente en relación con los funcionarios interinos¹.

Para hacer frente a tales retos, entre otros preceptos, la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, ha aprobado un proceso “extraordinario” de estabilización del personal al servicio de la Administración, con rango y en su condición de legislación básica del Estado, adopta una serie de actuaciones que desean reducir el empleo temporal hasta un máximo del 8 por ciento durante el trienio 2017-2019. A tal fin, en este estudio se plantea el análisis de algunas de estas acciones: por un lado, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los

¹ Sobre el contenido y repercusiones de esta doctrina jurisprudencial, Cfr. Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 61, 2017. BIB 2017\546.

principales sectores de las Administraciones Públicas; por otro lado, el análisis de las condiciones para imponer restricciones al uso del empleo temporal *pro futuro*.

2. Un sucinto repaso al empleo temporal en la Administración Pública

Durante las tres últimas décadas, la mayoría de los ciudadanos han sido testigos de una noticia positiva consistente en un crecimiento considerable del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Lamentablemente, este crecimiento se ha visto acompañado, también, de merecidos reproches por la defectuosa técnica jurídica empleada que ha generado, en ocasiones, empleados públicos con interinidades indefinidas y regulaciones de las bases de los procesos selectivos que no han sido capaces de garantizar suficientemente el cumplimiento de los principios constitucionales sobre el acceso al empleo público.

De hecho, las plantillas de las Administraciones públicas contienen un volumen de empleados públicos temporales que, según alguna estadística oficial se eleva a un tercio del conjunto de empleados públicos, cifra que se compadece mal con los principios de estabilidad al empleo que contiene la normativa que regula el estatuto jurídico de los empleados públicos. Según la Encuesta de Población Activa de finales de septiembre de 2016, la cifra de empleados temporales ascendía a 700.000 empleados públicos, esto es, aproximadamente el 24 por ciento del total del personal al servicio de las Administraciones Públicas².

Entre esa exagerada cifra de personal temporal, junto a los auténticos contratos temporales, aparecen otros empleados, que siendo inicialmente personal temporal, cuando ya han superado ampliamente la duración máxima de sus contratos, ya sea ésta su contratación administrativa o una

² En relación con la Administración estatal, las tasas de empleo temporal difieren entre las diferentes Administraciones Públicas. Así, para la Administración del Estado, a juicio de la Intervención General de la Administración, “(...) *Teniendo en cuenta el tipo de contrato, el 85% del personal empleado en el sector público estatal no administrativo es personal fijo en plantilla*”. En *Intervención General de la Administración del Estado: “Personal al servicio del sector público estatal 2016”*, p. 78 en <http://www.igae.pap.minhfp.gob.es/sitios/igae/es-ES/informacionEconomica/SiteAssets/Paginas/personalsectorpublicoestatal/20170530%20Libro%20SPE%202016%20.pdf> (Visitado 29/07/2017). De ello, se deduce que el empleo temporal de las Administraciones Autonómicas y de la Administración Local son responsables, de forma conjunta, del otro 15 por ciento del empleo temporal. En definitiva, el 15 por ciento corresponde a la Administración Estatal y el otro 15 por ciento al resto las Administraciones Territoriales.

relación laboral, se convierten en un “*tertium genus*” pues ni son trabajadores temporales ni funcionarios permanentes. De alguna manera, por la acción de los Juzgados y Tribunales se ha calificado como puestos de trabajo “*irregulares, abusivos e injustificados con el efecto de declarar el vínculo laboral como indefinidos pero no fijos*”³. En cualquier caso, las sucesivas ofertas de empleo público y de procedimientos de consolidación del empleo temporal han facilitado descensos transitorios de las tasas de temporalidad pero, en ningún caso, estos procedimientos han propiciado una solución definitiva al abuso de la contratación temporal en el seno de las Administraciones Públicas españolas⁴.

Por citar los más relevantes, en primer lugar, debe mencionarse al Decreto Ley 22/1977, de 20 de marzo, que inició en la etapa pre-democrática los procesos de consolidación del empleo temporal estableciendo que en los concursos o pruebas para cubrir plazas de funcionarios de carrera de la Administración del Estado ya establecía que se debía reservar hasta un 25 por ciento de las plazas para el personal eventual, interino o contratado que se encontrara contratado desempeñando plazas de igual categoría a las objetos del concurso. Al mismo tiempo, en contradicción con los planes de estabilidad, la normativa seguía promoviendo al personal precario pues, de conformidad con su Disposición Adicional Quinta se establecía que se podía reservar un porcentaje de las vacantes existentes para su provisión, específicamente, entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que ya estuvieran vinculados al momento de la convocatoria.

En segundo lugar, tras la aprobación de la Constitución de 1978, con ocasión de la primera Reforma de envergadura en la Función Pública, en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 30/1984, se fue un paso más allá y se establecieron los denominados procesos de consolidación “restringidos”, esto es, eran restringidos porque los únicos ciudadanos que podían participar en los mismos eran, precisamente, el personal contratado administrativo e interino en activo al tiempo de la correspondiente convocatoria. Es cierto, que la doctrina constitucional legitimó este proceso “*excepcionalmente*” (S TC 37/1991), sirviendo de base jurídica para otros procesos de consolidación “excepcionales” que posteriormente aprobaron las Comunidades Autónomas para su propio personal temporal.

Como es sencillo deducir, su excepcionalidad se justificaba por el proceso

³ Cfr. Peña Molina, M., “La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 40, 2015, pp. 1 y ss.

⁴ Cfr. Navarro Nieto, F., “Los Planes de Estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Temas Laborales*, n. 103, 2010, pp. 67-98.

constituyente que procedía al reconocimiento de una nueva carta de derechos fundamentales y, por ende, a un redimensionamiento de la Administración estatal. Además, la aparición de la estructura administrativa de las Comunidades Autónomas justificaba la creación, precisamente, de una novedosa estructura territorial del Estado autonómico que asumía *ex novo*, tras la aprobación de los Decretos de transferencia de competencias, los servicios públicos que incorporaban el mayor número de empleados públicos, esto es, principalmente, la estructura administrativa al servicio de los distintos niveles educativos y el personal de las entidades gestoras que prestan la asistencia sanitaria.

Como rasgo de una merecida crítica en el plano legislativo, la laxitud en la organización de estos procesos de consolidación fue extendiéndose y, con posterioridad, el art. 39 de la Ley 50/1998 ya admitió tres modalidades de acceso – “concurso, concurso-oposición y oposición” – lo que otorgó carta de naturaleza para que, en algunas ocasiones, estos procesos de consolidación se limitaran a la realización de un concurso de méritos entre el personal ya contratado temporalmente, impidiendo la concurrencia del resto de los ciudadanos un acceso efectivo a esos puestos de la función pública a tenor del valor decisivo de la experiencia anterior⁵.

Siguiendo este orden cronológico, es preciso detenerse en art. 39 de la Ley 50/1998, que hacía funciones de Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos Generales del Estado de 1999. En esta ocasión, una vez más, ya se consideraba excesivo y disfuncional el elevado volumen de funcionarios interinos y de personal laboral temporal que las administraciones públicas acumulaban, especialmente, la Administración Autonómica. Dimensión excesiva de personal precario que, en mi opinión, se explicaba fácilmente en atención a la premura y urgencia que acompañaron la puesta en marcha de estas administraciones autonómicas.

En efecto, junto a una buena parte de este personal interino, que procedía de la insuficiencia de medios personales que incorporaban el traspaso de competencias efectuadas por la Administración estatal, en desarrollo del modelo autonómico previsto constitucionalmente, la propia Administración Autonómica había contratado con urgencia una cifra relevante de empleados públicos para desempeñar las competencias y permitir la puesta en marcha de aquellos servicios deficitarios de personal como consecuencia de la paulatina asunción de competencias que imponía el desarrollo del proceso autonómico⁶.

⁵ Cfr. Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Granada, (tesis doctoral), 2013, p. 316.

⁶ Cfr. Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento...*, *op. cit.* pp. 317 y ss.

En este sentido, se recordaba en el art. 39 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales que la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución del personal interino o consolidación del personal temporal habría de garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Así se afirmaba por el Alto Tribunal, que la conexión entre el acceso en condiciones de igualdad, por un lado, y el acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, por otro, conduce inexorablemente a controlar, también, para evitar una «*diferencia de trato irracional o arbitraria entre los concursantes*» (STC 60/1994, de 28 de febrero, FJ 4), que se someta a control algún mérito relativo a la toma en consideración de la previa prestación de servicios a la Administración. «*Esta última circunstancia, en efecto, si bien se ha reconocido que puede ser tomada en consideración para evaluar la «aptitud o capacidad» (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 3, y 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.b) del aspirante, ni puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el «límite de lo tolerable» (SSTC 67/1989, de 18 de abril, FJ 4, 185/1994, de 20 de junio, FJ 6.c, y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3.b)*» y, como garantía adicional, el acceso a estos puestos de naturaleza temporal debería ser el resultado de un procedimiento selectivo respetuoso con los principios de igualdad, mérito y capacidad⁷.

3. Sobre los procedimientos tradicionales de consolidación del empleo temporal en la Administración Pública

Por fin, en relación con la normativa vigente es preciso distinguir los llamados procesos de consolidación de los funcionarios interinos de larga duración en el seno de las Administraciones Públicas y, por otro lado, los denominados procesos de funcionarización que se reservaban para la “transformación” en plaza de funcionario la correspondiente plaza de personal laboral indefinido tras la superación del correspondiente proceso selectivo.

En efecto, la normativa vigente se encuentra en la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007 que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público

⁷ En este sentido, «*Añade el Alto Tribunal que la diferenciación de trato resultará lícita desde el punto de vista constitucional siempre y cuando el fin que persiga sea lícito, las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas a dicho fin, y superen el juicio de proporcionalidad en sede constitucional. Por tanto, se exige una justificación objetiva, razonable y la proporcionalidad para que la situación de desigualdad sea considerada lícita desde el punto de vista jurídico-constitucional*». Cfr. Quintanilla Navarro, R.Y., “La consolidación del empleo público y el principio de igualdad”, *Revista de Doctrina Aranzadi Social*, n. 14, 2008 paraf. 50/2008 BIB 2008\2449.

y que fue actualizado mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En dicha disposición transitoria se establece que las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por consiguiente, a diferencia de lo que establecía la Ley 50/1998, las posibilidades de consolidación se vieron ampliadas permitiendo que no sólo se efectúen procesos de consolidación para el personal que se incorporó por la premura de la puesta en marcha de la administración autonómica sino que, además, se prevé que se integren las bolsas de personal temporal que hayan sido resultado de una discutible gestión acerca de la contratación de personal temporal.

Junto a esta ampliación temporal de los puestos de trabajo consolidables, el legislador del Estatuto Básico, establece unos prepuestos básicos por los que han de discurrir los procesos de consolidación de los empleos temporales. En este sentido, el EBEP se aparta de la regulación específica de los procesos de consolidación del empleo y se remite a las reglas generales, esto es, a la regulación establecida para los procesos selectivos que se desarrollan conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto Básico (disposición transitoria 4ª EBEP)⁸.

Por ello, a pesar de que la Disposición Transitoria 4ª se refiere sólo a la fase de concurso, es evidente que la remisión al art. 61 EBEP exige que estos procesos adopten la modalidad de concurso-oposición exigiendo que se evite la valoración desproporcionada de los servicios prestados hasta el punto que haga materialmente inviable el acceso al empleo público a los terceros, esto es, a aquellos que carecen de un historial de servicios prestados en la administración convocante.

En cuanto al segundo de los instrumentos para la ordenación del personal temporal, es la denominada funcionarización que, en sentido estricto, no constituye una modalidad de la estabilización de los empleados públicos porque puede afectar al personal laboral fijo, al personal laboral “indefinido pero no fijo”, incluso al personal laboral con un vínculo temporal con la administración. De hecho, según la doctrina que mejor ha estudiado esta institución afirma que “*la funcionarización es un proceso selectivo*

⁸ Cfr. Sánchez Morón, M., “Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público”, *Revista catalana de dret públic*, n. 45, 2012, pp. 47-62.

*restringido, dirigido al personal laboral (...) que ocupa un puesto de trabajo que ha sido reclasificado por ley como de funcionario*⁹.

La funcionarización es una institución jurídica fruto de la necesidad de adaptar el vínculo laboral de los empleados públicos que ocupan puestos de trabajo que, de conformidad con la ley, le corresponde su cobertura por funcionarios públicos.

En efecto, constituye el resultado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la regulación prevista en el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LMRFP), que optó por un criterio claramente laboralizador de la administración pública, criterio que fue revisado por la STC 99/1987, de 11 de junio. El nuevo artículo 15.1.c) de la Ley, según la redacción de la Ley 23/1988, atendiendo al mandato del intérprete de la Constitución, estableció que con carácter general se adscribían a régimen funcional los puestos de la Administración pública e instituyó una lista tasada de puestos de posible cobertura laboral que, casualmente, se incardinaban con los relacionados con puestos de oficios o actualmente denominadas “agrupaciones profesionales” que, en ningún caso, desempeñaban lo que se denominan ejercicio de “potestades públicas”, reservadas para puestos de trabajo que fueran ocupados por funcionarios públicos.

En cualquier caso, el proceso de funcionarización se conforma como un procedimiento selectivo *ad hoc*, restringido al máximo, al cual únicamente puede acceder el trabajador afectado por ocupar un puesto que, aplicando los criterios legales en la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo, le corresponde una naturaleza jurídica funcional. En teoría, una vez finalizado el proceso, a este nuevo funcionario le es de aplicación, sin mayor complejidad, el régimen jurídico de la función pública. En cuanto a los trabajadores que no participan, por propia voluntad, en el proceso selectivo, o no lo superan, mantienen su ocupación en ese puesto, en una situación de transitoriedad indefinida, con garantía de continuidad y de promoción profesional. También, en teoría, la negativa del empleado público a participar en este tipo de procedimientos de funcionarización no les debería afectar en sus expectativas profesionales futuras como trabajadores por cuenta de la Administración, pero manteniendo su condición de personal laboral.

⁹ Cfr. Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras la entrada en vigor del Estatuto Básico de los Empleados Públicos”, *Revista CEMCI*, n.14, 2012, pp. 10 y ss. en página electrónica <http://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf> (Visitada julio 2017).

4. Significado y alcance del art. 19 de la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado

Como nuevo intento y con vocación de que sea la oportunidad definitiva para limitar la presencia del empleo precario en las Administraciones Públicas, el art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado (en adelante, LPGE 2017) establece una Oferta de Empleo Público excepcional, trianual y cuyo objetivo será sustituir los puestos de trabajo ocupados por personal temporal por otros de carácter estable mediante la superación del correspondiente proceso selectivo y, al mismo tiempo, sellar “*pro futuro*” los accesos irregulares de empleo temporal.

Desafortunadamente, no existe un sistema institucional de “alerta” para activar los procesos de regularización del empleo temporal irregular; tampoco se han previsto umbrales “intolerables” que desencadenen una acción normativa automática de los poderes públicos para limitar las tasas de empleo temporal irregular.

Por ello, en la mayoría de las ocasiones, estos procesos de regularización vienen precedidos, incluso con carácter previo a la regulación legal, de un acuerdo entre Sindicatos y Gobiernos que desean poner fin a los excesos del empleo precario en un contexto de tolerancia presupuestaria y asegurando, en ocasiones, ventajas imbatibles para al personal temporal que ya presta servicios para la Administración frente a los que no acreditan experiencia previa en la Administración convocante.

En esta ocasión, la gran Oferta de Empleo Público de 2017 también ha seguido la secuencia descrita en el párrafo anterior. Como es sabido, todo empezó por el Acuerdo de 29 de marzo de 2017, firmado entre el ministro de Hacienda y Función Pública y las organizaciones sindicales CCOO, UGT y CSIF, para la mejora del empleo público que incorpora un proceso de estabilización del empleo temporal para reducir la tasa de temporalidad hasta el 8% en tres años asegurando el soporte sindical a la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017 (BOE de 28 de junio de 2017)¹⁰.

Por ello, no se ha de interpretar que sea una mera causalidad que la fuente formal elegida para afrontar este Reto, la reducción de la temporalidad en el sector público, haya sido en el seno de una Ley Presupuestaria. Sin duda, las mejores condiciones financieras del Estado, una vez superada los

¹⁰ Se puede consultar el texto del Acuerdo firmado el 29 de marzo de 2017 en página electrónica <http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/2/o214794.pdf> (Visitada en agosto 2017).

peores momentos de la crisis económica de 2009, han permitido enfrentarse a uno de los principales retos de nuestro país: la elevadísima proporción de empleo temporal que, por sí misma, frena el crecimiento económico del conjunto de sociedad. En cambio, no parece apropiada la técnica jurídica empleada pues una regulación tan compleja como es el tratamiento del empleo temporal se halla dispersa en el conjunto del articulado de la Ley de Presupuestos con regulaciones específicas de modo desordenado en diversas Disposiciones Adicionales de la LGPE 2017. Desde luego, la obligada ausencia de una Ley de Acompañamiento no justifica aprovechar la Ley Presupuestaria para estas regulaciones laborales que merecerían una tramitación singular y sistematizada.

Entrando en sus líneas generales preciso destacar, que el actual legislador ha rehuido del término “*Consolidación de Empleo Público*”, expresión que denota un procedimiento favorecedor de los empleados temporales, dando entender que pretende garantizar la presencia del principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, se haya prestado servicios efectivos, o no, en la Administración convocante.

Ante este panorama legislativo, y por la coincidencia de un insoportable nivel de precariedad en cualquier de los distintos niveles territoriales de la Administración Pública, el legislador estatal ha decidido emprender un punto de inflexión respecto de la “excesiva tolerancia” existente con los abusos de la contratación temporal en el ámbito de la Administración Pública. Es cierto, que la adopción de esta nueva política legislativa viene avalada por una situación presupuestaria más holgada que permite abordar otras opciones en la función pública más allá de las congelaciones de plantilla, modulada hasta ahora con exiguas tasas de reposición.

En corto, se trata del análisis de una normativa legal que promueve una resolución definitiva de la lamentable precariedad laboral y, al mismo tiempo, se han de proponer criterios de actuación que eviten su repetición en el futuro inmediato.

Para hacer frente a los diversos reproches jurídicos anunciados anteriormente, el vigente art. 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales de 2017 ha aprobado un proceso “extraordinario” de estabilización del personal al servicio de la Administración que desea reducir el empleo temporal hasta un máximo del 8 por ciento durante el trienio 2017-2019. A tal fin, este trabajo plantea un estudio de dos tipos de acciones: por un lado, la ampliación del porcentaje de la tasa de reposición que, en algunos ámbitos, alcanza hasta el 100 por ciento de las vacantes en los principales sectores de las Administraciones Públicas y, por otro lado, el establecimiento de fuertes restricciones al uso del empleo temporal pro futuro.

Es cierto, dada su condición de legislación básica, que esta legislación será la regulación inspiradora de la legislación de desarrollo en el resto de Administraciones Públicas. De hecho, su condición de legislación básica se repite constantemente en diversas Disposiciones Adicionales y se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución¹¹. Por ello, no basta con la nueva regulación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2017. A partir de ahora, será necesario hacer un seguimiento de los Acuerdos en la Mesas Sectoriales en ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre el desarrollo de estos procesos de estabilización y, lo que es más importante, las modificaciones que habrá de efectuar la legislación en materia de Función Pública de las Comunidades Autónomas para adaptarse a las exigencias de los procesos selectivos que han de convocarse a partir del año 2017.

5. La dinámica de la Tasa de Reposición de Efectivos

5.1. El origen de la Tasa de Reposición de Efectivos

A partir del año 2012, en un contexto de grave crisis económica y con una intensa reducción de los ingresos del Estado, una de las principales medidas que se adoptó en materia de personal para contener el incremento del gasto público fue la reducción del personal temporal mediante la no renovación de los vínculos contractuales temporales y el despido de los empleados con contrato indefinido, incluso se creó una causa específica para la extinción del contrato de trabajo por circunstancias objetivas en la letra e) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores¹².

En cuanto al personal temporal, en general, la extinción de sus contratos se instrumentalizó mediante la no renovación de sus vínculos contractuales y, en relación con el personal indefinido, la no sustitución de los empleados públicos que por razones previstas en el orden jurídico, como la jubilación, el fallecimiento u otras causas análogas, provocaba una

¹¹ Cfr. En este sentido, Disposiciones Adicionales 16ª; 17ª; 26ª y artículo 19.Siete. Todos ellos de la LGPE 2017.

¹² Sobre esta causa de extinción y su interpretación por doctrina y jurisprudencia, cfr. Purcalla Bonilla, M.A., “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n. 162/2014. BIB 2014\626 y Gala Durán, C., “Función pública. Despidos en el sector público. Novedades de la reforma laboral”, *La Administración Práctica*, n. 6, 2012. BIB 2012\4010.

reducción del número de empleados al servicio de la Administración dada la prohibición existente de contratar nuevos efectivos¹³. Es lo que se denomina la tasa de reposición de efectivos (en adelante, TRE).

En la Ley de presupuestos para el 2014 ya apareció la definición, que de nuevo se concreta en la LPG-2015 en el artículo 21.uno.3. Una descripción detallada que, sin embargo, no supone por ello una fácil interpretación. En general, se caracteriza por las siguientes notas¹⁴:

1ª. La TRE se conceptualiza como un porcentaje máximo de reposición de efectivos. Por consiguiente, se trata de efectivos pre-existentes que ya no existen, por la razón que sea. No se refiere a toda la plantilla ni tampoco, al contrario, al crecimiento de aquélla, sino que toma como base una «foto fija».

2ª. En relación con el año 2015 – esto es, para las OEP que se aprobaron en ese año –, la TRE se calculará en base a una «diferencia» numérica: la resta del número de «empleados fijos» que a lo largo del 2014 «dejaron de prestar servicios» como funcionarios de carrera o personal laboral fijo – pues sólo estos pueden ser empleados fijos – y el número de empleados fijos – de idéntica condición – que se hubieran incorporado durante 2014 a la entidad objeto de análisis.

Por consiguiente, como acertadamente se ha afirmado¹⁵, no se toma en consideración el número de plazas vacantes de la plantilla, ya sea porque nunca hayan sido cubiertas, ya sea porque son de nueva creación o ya sea porque quedaron vacantes antes del 1 de enero de 2014. Nada de ello parece permitir la norma. El límite temporal que se toma en consideración es año anterior al de la correspondiente Oferta de Empleo Pública y se ha de computar al personal fijo o permanente que dejó de prestar servicios en el 2014 y el diferencial lo es en relación a los incorporados como fijos también en ese periodo.

¹³ A modo de cláusula de estilo se incluía la siguiente regulación en la exposición de motivos y en el articulado de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los años 2012, 2013: “Con el firme objetivo de profundizar en el proceso de consolidación fiscal, y siguiendo el criterio establecido en años anteriores, se prevé que en el año 2015 las sociedades mercantiles públicas, las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las administraciones y organismos que integran el sector público definido en el artículo 22, apartado Uno, de la Ley de Presupuestos no podrán proceder a la contratación de nuevo personal, salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en los cuales podrán llevar a cabo contrataciones temporales”.

¹⁴ Siguiendo a la doctrina que ha estudiado profusamente esta cuestión, cfr. Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015, pp. 45-58.

¹⁵ *Ibidem*.

3ª. A partir de esa diferencia, se aplica el correspondiente porcentaje en función del grado de prioridad que haya establecido el legislador en la correspondiente Ley de Presupuestos, según el sector de actividad o servicio público de que se trate.

5.2. El método de determinación de la tasa de reposición

Ello se deriva de una interpretación literal del precepto, que por lo demás no ofrece excesivas dudas. La Tasa de Reposición de Efectivos no se calcula sobre el total de la plantilla – saldo negativo y saldo positivo – sino exclusivamente sobre otros términos numéricos.

Esto como ya se ha afirmado perjudica especialmente a aquellas administraciones públicas que prestan una amplia gama de servicios públicos y las bajas dispersas que se producen en dicha Administración no crean la oportunidad de la aplicación de la tasa de reposición. El artículo 21.uno.3 de la LPG-2015 señalaba con toda claridad que el diferencial entre los que dejaron de prestar servicios y los que se hubieran incorporado, no se calcula sobre toda la entidad local, sino que la diferencia resultante lo es, en cuanto al 2014, entre unos y otros referentes a «cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías», previstos en el listado antes comentado. Esto es, en el ámbito de la policía local, asesoramiento jurídico, prevención de incendios, etc. Esta metodología se distancia de la idea intuitiva que se dispone de una tasa de reposición de empleados.

Es más, *prima facie*, el cálculo tampoco debe hacerse en global, de seguir el tenor literal del precepto, sino por cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías. Ello dificulta, especialmente en las administraciones que disponen de una dimensión de trabajadores reducida, que reúnan los porcentajes mínimos de trabajadores, en cada uno de esos sectores o categorías, que dan pie a la aplicación del porcentaje previsto de la tasa de reposición¹⁶.

5.3. La Tasa de Reposición de Efectivos en la LGPE de 2017

En relación con la tasa de reposición de 2017, aprobada en el art. 19 de la

¹⁶ Siguiendo a la doctrina que ha estudiado profusamente esta cuestión, cfr. Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015, pp. 45-58.

Ley 3/2017, de 27 de junio, ésta contiene numerosas novedades que es preciso resaltar.

En primer lugar, la tasa de reposición está fuertemente condicionada por las disponibilidades presupuestarias, esto es, la aplicación de las reglas sobre sustitución de empleados públicos se condiciona al hecho de que estén consignados suficientes créditos presupuestarios para hacer frente a la aplicación de la tasa de reposición porque las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I son las que permiten autorizar el procedimiento de autorización para la convocatoria de las plazas previstas, según la dinámica de la tasa de reposición expuesta anteriormente.

Ahora bien, la principal novedad de la tasa de reposición de 2017 es el porcentaje de la misma. Por primera vez, esta tasa de reposición se eleva a un porcentaje equivalente al 100 por ciento. Eso sí, esta tasa de reposición se limita a una veintena de sectores, ámbitos, cuerpos o categorías de empleados públicos, en concreto, las que contienen los subepígrafes descritos desde la letra A hasta la letra S del apartado 2 del art. 19 LGPE 2017. Se trata de sectores muy variados, asistemáticos y que, como se puede comprobar, tratan de satisfacer alguna de las vacantes que se producen en los entes que garantizan la prestación de los principales servicios públicos de la Administración estatal y de la Administración autonómica.

En cuanto a la descripción de estos sectores en la que se prevé una tasa de reposición del 100 por ciento son, entre otros, sanidad, educación, administración de justicia, servicios sociales, control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y contra la Seguridad Social, prevención y extinción de incendios, políticas activas de empleo, atención a la ciudadanía en los servicios públicos, prestación directa del servicio de transporte público y seguridad y emergencias.

En cuanto al resto de los ámbitos de la Administración Pública, esto es, aquéllos que no aparecen citados en el apartado 2, también se les reconoce un porcentaje de tasa de reposición, aunque más reducido. En efecto, en estos sectores de la Administración, según el art. 19.3 LGPE 2017, la tasa de reposición se fijará hasta un máximo del 50 por ciento. Desde luego, el tenor literal da a entender que podrá existir una variada gama de porcentajes que, en ningún caso, podrá superar el 50 por ciento. Por ello, será necesario, que las distintas normativas de desarrollo vayan concretando cuál es el porcentaje efectivo de reposición¹⁷.

¹⁷ Para estos sectores no prioritarios todavía no se conocen los porcentajes efectivos. En relación con los sectores prioritarios, se ha publicado, aquéllas que van concretando la dimensión de la oferta de empleo público, cfr., R.D. Ley 13/2017, de 7 de julio por el que se aprueba una oferta pública extraordinaria y adicional para el refuerzo de la lucha

Por fin, en relación con la tasa de reposición de sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, que gestionen servicios públicos considerados esenciales o realicen actividades enumeradas en algunas de las letras del art. 19.1.2 LGPE 2017, “*tendrán, como máximo, la tasa de reposición establecida para el respectivo sector en el citado precepto*” (D.A. 15.4 LGPE 2017), siempre que quede justificada la necesidad de esa tasa para la adecuada prestación del servicio o realización de la actividad.

6. Las restricciones al uso del empleo temporal

6.1. Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público procedentes de las empresas contratistas

Con ocasión del debate abierto sobre la conveniencia, o no, de la reversión de ciertos servicios públicos al ámbito de la gestión público, éste se ha centrado en el entorno de las Corporaciones Locales¹⁸. En efecto, la hipótesis de “remunicipalizar” algunos servicios públicos que, en la actualidad, se vienen prestando por empresas contratistas, de conformidad con la regulación establecida en la Ley de Contratos del Sector Público, la LGPE 2017 establece un precepto de naturaleza imperativa que prohíbe la incorporación de ese personal a la estructura orgánica del personal de la correspondiente administración Pública, incluso cuando el servicio sea asumido de forma permanente o temporal por la Administración Pública¹⁹.

contra el fraude fiscal, en la Seguridad Social, en el ámbito laboral y del control del gasto, para la mejora en la prestación de determinados servicios a los ciudadanos, y por el que se crean especialidades en Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado y sus organismos públicos (BOE 8 de julio de 2017).

¹⁸ A título de ejemplo se puede consultar página electrónica en relación con el Ayuntamiento de Madrid <http://municipalizarmad.blogspot.com.es/2017/> (visitado agosto 2017) aunque se encuentra instalado en jornadas y congresos del ámbito académico.

¹⁹ Sin duda, viene a reforzar la reiterada doctrina seguida por la jurisprudencia durante las últimas, cfr., por todas, TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 1046/2016 de 9 diciembre. RJ 2017\206 y STS de 12 de julio de 2016 (RJ 2016, 3391) (RCUD 349/2015). En la primera de las sentencias citadas, esto es, de fecha 9 de diciembre de 2016, se reconoce que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia encontramos supuestos que se resuelven en sentido contrario, pero se trata de asuntos en los que la situación de hecho era radicalmente diferente, alejado de supuestos en los que se tratara de empresas que basasen su actividad esencialmente en la mano de obra. Así podríamos referirnos a la reciente sentencia TJUE C-509/14, Adif, de 26 de noviembre (TJCE 2015, 283), en la que se concluye que “*el, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de*

En cualquier caso, a fin de evitar la incorporación del personal que presta servicios en las Administraciones Públicas o en entidades de derecho público, en su condición de personal de las empresas contratistas de concesiones de obras o servicios públicos, la Disposición Adicional 26ª.uno de la LGPE 2017, incluso cuando los contratos del sector público se extingan, se intervenga o se secuestre la contrata por parte de la correspondiente Administración Pública, el personal que allí presta servicios no pondrá considerarse como empleados públicos, ni podrá incorporarse en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público²⁰.

Por otro lado, junto al personal de las contratas de servicios públicos, el apartado Uno b) de la D.A. 26ª LGPE se refiere al personal 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.

Sin duda, se trata de esas estructuras “satélite” que acompañan a las Administraciones Públicas y que personifican al fenómeno de la llamada “huida del Derecho Administrativo”²¹. Pues bien, al personal referido en estas figuras societarias de naturaleza pública, en ningún caso, se les considerará personal al servicio de las Administraciones Públicas y, por tanto, desde una óptica laboral deberán tener una normativa convencional específica para la determinación del conjunto de derechos y deberes de ese personal.

En cuanto al expediente jurídico que habilita su incorporación a la Administración, aunque sin consideración de empleados públicos, la

2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de 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 asumir al personal de esta última empresa porque en lo sucesivo va a explotar esa actividad ella misma con su propio personal”.

²⁰ Esta ha sido una cuestión debatida, aduciendo por aquellos que defiende la reversión del personal de las contratas a la Administración actuante que el coste de la gestión directa por parte de la Administración podría ser menor que el coste que percibe la correspondiente empresa. Sobre las cuestiones laborales que ello plantea, cfr. Alfonso Mellado, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista*, n. 69, 2017, pp. 29-35.

²¹ Sobre un tratamiento de esta cuestión en la doctrina administrativa, cfr. Barrio Andrés, M., “La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, 2011 Editorial La Ley, n. 7664.

disposición adicional 26ª de LGPE establece que le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral, esto es, en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores²².

En relación con la aplicación del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, suscita serias dudas cuál sería las condiciones laborales del personal afectado por la subrogación allí establecida. Siguiendo lo señalado por la doctrina que ha estudiado detenidamente esta cuestión, “*aunque estrictamente, como se ha dicho, los empleados integrados no serían en algunos casos formalmente empleados públicos, materialmente, sí lo serían (...)*”²³. En cualquier caso, la D.A. 26.1 de la LGPE 2017 pretende, a pesar de que necesariamente se haya de aplicar el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET, que este personal mantenga una vinculación formal con la empresa del sector público y no se integre como personal propio de la Administración.

Por último, la normativa tampoco desea que las irregularidades derivadas de la utilización de la normativa sobre contratación temporal pueda producir un incremento de las plantillas reconocidas por la correspondiente Administración Pública a los efectos de la evolución de la tasa de reposición. En efecto, si los efectos jurídicos derivados de la constatación en sentencia de una irregularidad en las normas sobre contratación temporal por parte de la entidad societaria, o previa tramitación de un procedimiento que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, el personal referido en el apartado 1.a) anterior sea incorporado a sociedades mercantiles públicas, las incorporaciones que se produzcan de acuerdo con lo previsto en este apartado, no se contabilizarán como personal de nuevo ingreso del cómputo de la tasa de reposición de efectivos.

²² En efecto, se justifica esa sucesión en atención a lo dispuesto en el art. 44 ET, que ya venía siendo de aplicación por la doctrina del Tribunal Supremo. Cfr., por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia de 11 junio 2012. RJ 2012\8334. En efecto, la reversión de un servicio público asistencial desde una empresa concesionaria a un Ayuntamiento, que acuerda seguir prestando directamente y sin solución de continuidad dicho servicio con la misma infraestructura empresarial y la misma plantilla de dicha empresa, conlleva la aplicación del artículo 44 del ET y la responsabilidad solidaria de las deudas salariales anteriores.

²³ Cfr. Alfonso Mellado, C.L., “La reversión...” *op. cit.*, p. 35.

6.2. La contratación de personal por las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y Fundaciones del Sector Público

De conformidad con la D.A. 15ª y 16ª LGPE 2017, las sociedades mercantiles públicas, las entidades públicas empresariales y las fundaciones del sector público, a que se refiere el artículo 18 apartado Uno de esta Ley, esto es, aquellas sociedades mercantiles públicas, entendiéndose por tales aquellas en que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las Administraciones y entidades enumeradas en este artículo sea superior al 50 por ciento, podrán proceder a la contratación de nuevo personal con las limitaciones y requisitos establecidos a continuación.

Por un lado, la contratación de personal no se verá afectado por las citadas limitaciones, si el nuevo personal ya disponía de un vínculo contractual o administrativo, esto es, si anteriormente ya disponía de la condición de personal en ese tipo de entes públicos.

Además, la Administración desea establecer cauces de trasvase de personal entre la Administración Pública matriz y sus entes “satélite”. En efecto, parece que la Administración desea que estas entidades empresariales o fundaciones públicas puedan constituirse en una plataforma para la reorganización de los empleados públicos, permitiendo por los instrumentos correspondientes el traslado a estos entes instrumentales de la Administración Pública. Con ello, se evita la contratación de personal específico para las entidades y fundaciones. Por ello, ya sean necesidades de nuevo personal permanente o estructural se podrá resolver con “pasarelas” desde la propia Administración pública matriz hacia el ente público.

A fin de garantizar los derechos de estos empleados públicos trasladados a estas sociedades o fundaciones, los contratos celebrados al amparo de lo establecido en este apartado generarán derecho a seguir percibiendo, desde la fecha de su celebración, el complemento de antigüedad en la misma cuantía que se viniera percibiendo en el Departamento ministerial, Organismo Público, sociedad, fundación o consorcio de procedencia (apartado 2).

Junto a la apertura de opciones legales para facilitar la transferencia de plantilla, se adopta una fuerte restricción de la contratación de personal temporal. En efecto, las posibilidades de la contratación temporal se circunscriben a *“casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, o cuando se lleven a cabo en los términos del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Ley*

3/2011 de 14 de noviembre²⁴ (apartado 3°).

En relación con el primero de los supuestos anunciados, aunque está plagado la redacción de conceptos jurídicos indeterminados, se podría interpretar que hace referencia a supuestos de incrementos extraordinarios, de carácter coyuntural, de la actividad de la sociedad pública o fundación que requieren un refuerzo de sus medios personales.

En cuanto al segundo de los supuestos, esto es, el regulado en el art. 24.6 LCSP, en este apartado se regulan las encomiendas de gestión cuando, la sociedad mercantil o la correspondiente fundación pública, se considera un medio propio de la Administración encomendante. En estos casos, la encomienda de gestión de la Administración hacia sus entes instrumentales o medios propios constituye un supuesto que puede requerir la incorporación excepcional de medios personales para cumplir el objeto de los encargos efectuados en la encomienda de gestión. Es más, en la encomienda se puede hacer una evaluación de las características profesionales, la duración y la dimensión de personal necesario a fin de ejecutar la encomienda. Pues bien, estos son los supuestos que habilitan, de modo excepcional, a la sociedad o fundación a la incorporación de personal temporal.

Como se puede comprobar, los supuestos contemplados para celebrar contratos temporales, esto es, contratación temporal, por necesidades urgentes e inaplazables, y la contratación temporal para cumplir los objetivos establecidos en la correspondiente encomienda de gestión pretenden evitar la ausencia de irregularidades de las normas sobre contratación temporal mediante las sucesivas revisiones y comprobaciones por parte de las distintas autoridades del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas que, en definitiva, son las que autorizan las contrataciones. Todo ello, a fin de evitar irregularidades en la regulación de la contratación temporal que desencadene empleados, reconocidos en sentencia, como indefinidos pero no fijos y las duplicidades de plantilla²⁵.

²⁴ Es preciso resaltar la “errata” del texto de la Ley de Presupuestos del Estado de 2017 en la denominación de norma jurídica que aprobó la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, la LCSP no se aprobó por un Real Decreto Ley sino por el 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 (BOE de 16 de noviembre de 2011). Errata que persiste y no ha sido corregida en la corrección de errores de la Ley 3/2017, de 27 de junio publicada en el B.O.E. de 12 de julio de 2017.

²⁵ En efecto, según la D.A. 15ª Dos, “*en el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno. En el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a*

Por razón de la participación accionarial de los entes públicos y, en función del éxito de en la cuenta de resultados, esto es, de la existencia de beneficios económicos, se flexibilizan las exigencias de la contratación, remitiendo a las reglas sobre la tasa de reposición establecida en el art. 19 LGPE 2017.

En efecto, en relación con las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales cuyo capital social, en manos de la Administraciones Públicas, sea inferior al 50 por ciento del capital social y, además, hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de la LGPE 2017.

En cambio, para las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales, que no hayan tenido beneficios en dos de los tres últimos ejercicios económicos, podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60 por ciento de su tasa de reposición.

Además, podrán realizar, exclusivamente para procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley.

6.3. ¿El principio del fin de los trabajadores indefinidos pero no fijos? La exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización irregular de la contratación laboral

Como se recordará, la aparición de esta nueva figura, a medio camino entre el trabajador fijo y el trabajador indefinido, constituye el resultado de una doctrina jurisprudencial de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 30 septiembre de 1996 y de 7 octubre 1996. En ella, se diferenciaba al trabajador que había accedido a un puesto de trabajo previa la superación del proceso de selección correspondiente y, por tanto, con pleno respeto y observancia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de legalidad administrativa. Por otro lado, el trabajador indefinido había accedido “*como consecuencia de la comisión por la Administración de una irregularidad de carácter sustancial en la contratación*

través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública, así como del accionista mayoritario”.

temporal” que había sido declarada por los juzgados y tribunales²⁶.

En cuanto a su naturaleza jurídica, también fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que se ocupó de aclarar las dudas que rodeaban a esta “extraña” figura. En efecto, cuando este órgano jurisprudencial se plantea la cuestión acerca de determinar la base jurídica apropiada para proceder a la extinción del vínculo contractual con la correspondiente Administración Pública de estos empleados públicos “*indefinidos pero no fijos*”, en la STS de 27 mayo 2002 (RCUD 2591/2001) -EDJ 2002/32114) se afirma que “(...) *siendo su plaza cubierta, en proceso selectivo convocado por la Administración empleadora y adjudicada a uno de los aspirantes aprobados*” se falla que “*la situación de los trabajadores temporalmente indefinidos es equiparable a lo de los interinos por vacante en cuanto al momento de la extinción pero nada más*”²⁷.

Con posterioridad, en el contexto de una severa crisis económica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo padece una evolución admitiendo que la extinción de estos contratos “indefinidos, pero no fijos” no exige una cobertura reglamentaria de la plaza sino que, también, se puede producir la extinción por la amortización individual de la plaza. De esta forma de interpretar el contexto socio económico comentado, da buena cuenta la STS de 27 de febrero de 2013 (RCUD 736/2012) “*cuando el contrato es de interinidad por vacante y los servicios se prestan a la Administración, el contrato puede extinguirse por las causas generalmente previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, pero también se produce ese efecto por la causa específica de la amortización de la plaza servida*”. Especialmente, cuando se regulan *ex novo* causas específicas de extinción de los contratos, por circunstancias objetivas, en el ámbito de las Administraciones Públicas en el art. 52.e) del Estatuto de los Trabajadores.

Por razones de diversa naturaleza, entre las que merecería destacar diversas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la contratación temporal, la jurisprudencia ha variado el tratamiento de este personal indefinido pero no fijo reconociendo que, en el supuesto de

²⁶ Sobre un reciente y completo análisis de la evolución y situación de la figura del personal indefinido no fijo, cfr. Lluch Corell, F., “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”, *Revista de jurisprudencia*, n. 1, 2013. El Derecho Lefebvre, en página electrónica http://www.elderecho.com/laboral/Trabajadores_indefinidos_de_la_Administracion_Publica-reforma_laboral_11_627430003.html (Visitada agosto 2017) y Ballester Laguna, F., “¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015, p. 23.

²⁷ Cfr. STS de 27 mayo 2002 (RCUD 2591/2001).

extinción del contrato por voluntad del empleador se ha de compensar esta extinción con la indemnización prevista en el art. 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, con al menos veinte días de salario por año.

En efecto, la mera cita en el Estatuto Básico del Empleado Público que se ha limitado a citar sin desarrollo alguno ha obligado “*a la Sala a resolver el debate planteado en torno a la indemnización derivada de la extinción de tal contrato, cuando la misma se produce por la cobertura reglamentaria de la plaza*”. Así pues, ha extendido la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades, que establece el artículo 53.1-b) del Estatuto de los Trabajadores en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas se haya efectuado, o no, una cobertura reglamentaria de la plaza²⁸.

La equiparación, añade la sentencia, no se hace porque la situación sea igual a los supuestos de extinción contractual que el referido artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores 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 contrato²⁹.

A continuación del estado de evolución descrito en los párrafos anteriores, acerca del origen y el régimen jurídico de la extinción de los contratos del personal indefinido pero no fijo al servicio de las Administraciones públicas, puede entenderse mejor que el legislador haya aprobado en la D.A. 34ª de la LGPE 2017 una serie de medidas que intentan atajar el crecimiento de esta atípica figura que se nutre de actuaciones irregulares de la propia Administración en cuanto al cumplimiento de la normativa reguladora de la contratación temporal en régimen laboral.

Por ello, a partir de la entrada en vigor de la Ley Presupuestos de 2017, se incorpora una novedosa regulación para resaltar las obligaciones que tienen las administraciones públicas y el conjunto del sector público de cumplir la normativa que regula la contratación temporal del personal laboral “*(...) siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto*

²⁸ Cfr. Sentencia del Pleno de la Sala 4ª del TS de 28 de marzo de 2017 (Roj: STS 1414/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1414).

²⁹ Se trata de una doctrina ya pacífica y admitida, en general, por la doctrina de juzgados y tribunales que corresponde el abono de esta indemnización cuando la causa alegada es por razones organizativas, incluyendo en estos casos la amortización de la plaza. Cfr. página electrónica, <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-tribunal-supremo-fija-en-20-dias-por-ano-la-indemnizacion-a-los-indefinidos-no-fijos-del-sector-publico-cesados-por-cobertura-de-su-plaza> (Visitada agosto 2017).

de los Trabajadores y demás normativa reguladora de la contratación laboral, así como de acuerdo con las previsiones de la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, 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 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualquier otra normativa en materia de incompatibilidades” D.A. 34 uno LGPE 2017. En realidad, este pasaje de la LGPE 2017 constituye un superfluo recordatorio del sometimiento de las Administraciones Públicas y del sector público a la normativa laboral cuando estas Administraciones actúan como empleador del personal laboral.

Una vez determinado el marco normativo, se focaliza la responsabilidad del cumplimiento de la normativa mencionada en el apartado Uno, a “*los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental*” a fin de evitar, especialmente, que se reiteren aquellas irregularidades conocidas sobradamente por estos órganos administrativos de organización que, tras las resoluciones de juzgados y tribunales, desencadenan la declaración consistente en que un empleado público adquiera la condición de “*indefinido no fijo*” (apartado Dos de la D.A. 34 LGPE 2017).

Además de la fijación del centro de imputación a estos órganos administrativos, el apartado Dos de la D.A. 34 LGPE2017, se establece una imposibilidad legal que, en mi opinión, supone la declaración legal de nulidad absoluta de aquellos actos administrativos que reconozcan 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 “de oficio”, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. Es una práctica administrativa que pretende evitar la aparición de “indefinidos no fijos” tras la instrucción de un expediente administrativo en el que la propia Administración o empresa del sector público, tras la aparición de un relato fáctico que contenga irregularidades de la normativa sobre contratación temporal, ni siquiera espere la decisión de un juzgado o tribunal sino, que ese mismo ente público, se avenga a considerar al empleado público un indefinido no fijo. Pues bien, desde la LGPE 2017 desea que tal acto administrativo carezca de eficacia jurídica alguna.

Por último, además de la ausencia de efectos jurídicos, tal modo de proceder dará lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas (Apartado Tres D.A. 34 LGPE 2017).

7. Bibliografía

- Alfonso Mellado, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales”, *El Cronista*, n. 69, 2017.
- Ballester Laguna, F., “¿Ha hecho lo suficiente la legislación española para prevenir la utilización abusiva de los contratos de trabajo temporales en el ámbito de la investigación? La Directiva 1999/70/CE”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, n. 4, octubre-diciembre de 2015.
- Barrio Andrés, M., “La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas”, *Diario La Ley*, 2011.
- Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras la entrada en vigor del Estatuto Básico de los Empleados Públicos”, *Revista CEMCI*.
- Boltaina Bosch, X., “Función pública. Selección de personal. Las políticas selectivas en la administración y sector público local para el 2015 (I): oferta de empleo público y tasa de reposición de efectivos”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, n. 3, 2015.
- Fernández del Puech, L., *Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público*, Granada, (tesis doctoral), 2013.
- Gala Durán, C., “Función pública. Despidos en el sector público. Novedades de la reforma laboral”, *La Administración Práctica*, n. 6, 2012.
- Lluch Corell, F., “La situación de los trabajadores indefinidos en la Administración Pública desde la reforma laboral del año 2013”, *Revista de jurisprudencia*, n. 1, 2013.
- Navarro Nieto, F., “Los Planes de Estabilización del empleo temporal en el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista Temas Laborales*, n. 103, 2010.
- Peña Molina, M., “La “funcionarización” de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 40, 2015.
- Purcalla Bonilla, M.A., “La extinción colectiva de los contratos de trabajo en las Administraciones Públicas y en el sector público”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 162, 2014.
- Quintanilla Navarro, R.Y., “La consolidación del empleo público y el principio de igualdad”, *Revista de Doctrina Aranzadi Social*.

Sánchez Morón, M., “Consideraciones sobre la reforma del régimen de acceso al empleo público”, *Revista catalana de dret públic*.

Web sites

<http://www.igae.pap.minhafp.gob.es/sitios/igae/es-ES/informacionEconomica/SiteAssets/Paginas/personalsectorpublicoestat/20170530%20Libro%20SPE%202016%20.pdf>

<http://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf>

<http://www.ccoo.es/cms/g/public/o/2/o214794.pdf>

<http://municipalizarmad.blogspot.com.es/2017/>

http://www.elderecho.com/laboral/Trabajadores_indefinidos_de_la_Administracion_Publica-reforma_laboral_11_627430003.html

<http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/el-tribunal-supremo-fija-en-20-dias-por-ano-la-indemnizacion-a-los-indefinidos-no-fijos-del-sector-publico-cesados-por-cobertura-de-su-plaza>

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo