

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO^{1*}

Miguel Rodríguez-Piñero Royo**
Universidad de Sevilla²

SUMARIO: 1. Presentación. –2. La temporalidad en el empleo y sus causas. –3. Las causas de la temporalidad en el sector público. 3.1. Algunas particularidades de la temporalidad en el sector público España. 3.2. ¿Qué provoca la temporalidad en el empleo público?. –4. La temporalidad indirecta. –5. La revisión europea de la legislación española. 5.1. La Directiva 1999/70/CE. 5.2. El Tribunal de Justicia y el sector público español. –6. Conclusiones y propuestas.

RESUMEN

El sector público tiene una parte muy importante de responsabilidad en el incremento del trabajo temporal en el mercado de trabajo español. Como consecuencia de numerosas causas, que sólo parcialmente coinciden con lo que ocurre en el sector privado, los empleadores públicos utilizan intensivamente un amplio abanico de modalidades contractuales. La regulación del empleo público permite a los distintos tipos de empleadores contratar a sus plantillas a término en muchas ocasiones, muchas de ellas sin que los puestos a desempeñar tengan carácter temporal.

En este trabajo, tras describirse las principales características del empleo temporal público, se realiza una reflexión sobre las causas que justifican este comportamiento, identificando varias de éstas. La conclusión es que el empleo temporal juega una importante función dentro de este sector, siendo un instrumento fundamental para la gestión de sus recursos humanos. Ésta se basa en un modelo de gestión que depende fuertemente de la flexibilidad de entrada.

Este trabajo incluye también un estudio del trabajo temporal indirecto o inducido, el que se produce en empleadores privados que colaboran de distintas maneras con las administraciones públicas.

¹ Este trabajo se basa en la intervención de su autor en el debates de la AEDTSS “Los retos en materia de contratación laboral”, celebrado en la Universidad de Valencia el 11 de noviembre de 2016. Mantiene por ello el estilo propio de una conferencia, aunque ha sido completado y se le ha añadido un mínimo paquete de notas.

² Recibido el 18 de enero. Aceptado el 11 de abril.

^{*} Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

² Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322; Este trabajo es un resultado científico del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”.

Finalmente, se intenta hacer un análisis de los efectos del Derecho Social de la Unión Europea en esta situación, tanto los actuales como los potenciales, especialmente tras las relevantes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de septiembre de 2016 aplicando la Directiva 1999/70/CE.

ABSTRACT

Public sector has traditionally been responsible to a large extent of the rise of temporary work in Spanish labour market. Due to a number of causes, which only partially coincide with what happens in private employment, public employers use extensively a wide array of fixed-term contracts. Rules governing public employment allows different employers to hire their workforce on fixed-term basis in many occasions, a lot of them disconnected from temporary needs.

In this paper, after describing the main features of public temporary work, a reflection on the causes which can explain this behaviour is tried, identifying a number of these. The conclusion is that temporary employments plays an important function in the public sector, as a major tool for human resources management. This is based on a model strongly dependent on entry flexibility.

This paper also includes a study of indirect or induced temporary work, which is produced in private employers which collaborate in different ways with public administrations.

Finally, an analysis of the effect of European labour law in this situation is attempted, both present and potential, particularly after the relevant decisions of the European Court of Justice of September 2016 applying Directive 1999/70/CE.

Palabras clave: Empleo público, contratos de duración determinada, calidad en el empleo, Derecho Social de la Unión Europea.

Key words: Public employment, fixed-term contracts, quality in employment, European Union Labour Law.

1. PRESENTACIÓN

En el marco de un trabajo monográfico sobre contratación laboral parece plenamente justificado incluir un estudio sobre el fenómeno del trabajo temporal en el sector público, que se presenta como uno de los temas de mayor relevancia en el mercado de trabajo español contemporáneo.

La temporalidad es, en España, otro de los compañeros de viaje del Derecho del Trabajo, que no ha encontrado todavía instrumentos capaces de controlarla adecuadamente³. En el siglo XXI nos encontramos frente a otra temporalidad, resultado tanto de las tendencias de nuestro mercado de trabajo como del impacto de la crisis financiera mundial⁴. Hay varios elementos nuevos en esta centuria. Uno es la calidad del empleo temporal que se genera, mucho menor que el que ha sido tradicional en España: contratos de muy escasa duración, en muchas ocasiones combinados con jornadas a tiempo parcial igualmente escuetas, que en una mayoría de casos no son respetadas. Otro es el de los motivos de este auge de la contratación con duración determinada por las empresas, puesto que junto a los tradicionales ha aparecido otros nuevos,

³ Un completo estudio de uno de los mejores economistas del trabajo españoles en L. TOHARIA CORTÉS, "El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico", Ministerio de Trabajo, Madrid, 2005.

⁴ Se detecta un nuevo crecimiento de su presencia, tras un primer retroceso durante los primeros años de ésta: según la EPA del tercer trimestre de 2016, la última disponible al cerrar este trabajo, los asalariados temporales superan de nuevo los cuatro millones (4.152.300), siendo ésta la cifra más alta de los últimos seis años. Se calcula que más de un 60% de éstos son involuntarios.

como la subcontratación o el trabajo en proyectos. Y es también un elemento característico, aunque no estrictamente nuevo, el importante papel de las administraciones públicas en el incremento de este fenómeno, que es uno de los factores que explica la excesiva presencia de este tipo de contratos en nuestro país⁵.

En un momento no muy lejano, pero en un contexto muy diferente al actual, se produjo en nuestro país una importante llamada de atención sobre el problema que estudiamos: en el año 2004 el Consejo Económico y Social del Reino de España aprobó un informe de iniciativa propia sobre *"La temporalidad en el sector público"*⁶. En éste se partía de la existencia de *"una preocupación común y creciente por este problema"*; en un momento en que la calidad del empleo se presentaba como la prioridad para las políticas públicas en el mercado de trabajo. La principal conclusión a la que llegó el informe es *"la existencia de una creciente y excesiva temporalidad, que sobrepasa lo que vendría justificado por las necesidades de las Administraciones Públicas de garantizar el servicio ante necesidades técnicas, coyunturales y urgentes"*⁸.

Una docena de años después no parece que la situación haya mejorado. En estos momentos hay en el sector público más de 686.800 trabajadores con contrato temporal, lo que supone la cifra más alta de los últimos cuatro años. Pero no hay que olvidar que a día de hoy el sector público aun arrastra una pérdida de más de 300.000 puestos de trabajo, desde un máximo a finales de 2011. Existe, a pesar de las restricciones presupuestarias, un cierto espacio para la recuperación de puestos de trabajo en este sector; es previsible, sin embargo, que éste se produzca mediante empleos de baja calidad. Para algunos expertos, en estos momentos *"ser asalariado del sector público implica una mayor probabilidad de tener un empleo temporal"*⁹.

No deja de ser paradójico este crecimiento, dada la naturaleza de las actividades desempeñadas por los entes públicos, pocas de las cuales responden a una demanda temporal por tratarse de servicios de interés general que por lo general son permanentes. De hecho, el modelo de relación de servicios que se asocia con el empleo público es uno de naturaleza permanente, funcional o laboral por tiempo indefinido. En el imaginario colectivo el empleado público es la encarnación de la estabilidad en el empleo. Los datos demuestran que esto no es ya así.

Al margen de su crecimiento, la evolución de la temporalidad en este sector nos puede servir también para medir el impacto de los efectos de la crisis en las políticas públicas, porque existe una relación directa entre las limitaciones presupuestarias y la pérdida de calidad en el empleo público. Esta pérdida es también un coste social de los recortes, porque la sufren los ciudadanos, tanto los directamente afectados (los empleados públicos), como el resto (que van a recibir un peor servicio por prestarlo plantillas insuficientes y precarias).

A todo esto hay que añadirle un factor muy reciente, que ha generado un gran interés en los actores y profesionales de las relaciones laborales convirtiéndose durante algunos meses en el

⁵ Un estudio pionero fue el de A. OJEDA AVILÉS, "El empleo temporal de las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 56, 1987.

⁶ Informe 3/2004, aprobado en el Pleno de este órgano de 22 de diciembre de 2004.

⁷ Aunque fue un informe de propia iniciativa, su elaboración fue solicitada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. También hubo otros informes y documentos anteriores de distinto origen, incluido uno del Defensor del Pueblo.

⁸ Según señala el mismo informe, entre 1997 y 2003 la temporalidad del sector público se incrementó en 6 puntos, mientras que en el privado se redujo en la misma cuantía.

⁹ Desde la doctrina económica, M. FERNANDEZ-GUTIERREZ & D. DIAZ-FUENTES, "Empleo público y temporalidad: ¿es el sector público parte del problema?", *Temas Laborales*, nº 102, 2009, pg. 51, que llegan a afirmar que "la evidencia empírica muestra cómo, corrigiendo los efectos de determinadas características de los empleados y de los puestos de trabajo, ser asalariado del sector público implica una mayor probabilidad de tener un empleo temporal".

centro de los debates en nuestro país: el impacto de la última jurisprudencia sobre contratación temporal del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha puesto en duda algunos elementos esenciales de nuestro marco legal en este aspecto. El impacto de estos fallos afecta al conjunto del mercado de trabajo, pero tiene una lectora propia dentro del ámbito del poder público.

Este trabajo se construye sobre dos hipótesis de partida: la primera, que las causas que explican la temporalidad en este sector del empleo son diferentes a las que encontramos entre los empleadores privados; lo que obliga tanto a identificar correctamente éstas como a diseñar medidas específicas para afrontarlas. Una segunda hipótesis es que el impacto de las políticas públicas de contratación sobre el mercado de trabajo no se limita a los contratos de trabajo directos, sino que tienen un efecto inducido, generando de manera colateral más volumen de empleo temporal.

2. LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO Y SUS CAUSAS

Cuando se habla de las causas que justifican la contratación de duración determinada se puede hacer referencia a dos cuestiones diferentes. Por un lado, las causas son las situaciones en las que el legislador laboral admite la celebración de este tipo de contratos. Partiendo de la existencia de una preferencia legislativa por la contratación indefinida, expresada en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), en nuestro ordenamiento jurídico se definen aquellos supuestos en los que las empresas pueden celebrar contratos en los que falte este carácter. Por esto se habla de que nuestro modelo de contratación laboral es causal; o se dice que un contrato temporal puede ser fraudulento por falta de causa suficiente. Ésta sería la acepción técnico-jurídica de esta expresión, que aunque no aparece utilizada en el artículo 15 ET (que habla de que se podrá contratar con duración determinada en ciertos “supuestos”), sí se maneja en la jurisprudencia y doctrina con una pretensión de precisión y certeza.

Por otro, se puede utilizar la expresión “causa” en un sentido diferente, menos técnico y más literal, queriendo hacer referencia al motivo que lleva a un empleador a elegir introducir un término en la contratación que realiza, en lugar de optar por la indefinición de su duración. Partiendo de que en la práctica un empleador potencial dispone de cierto margen de discrecionalidad a la hora de elegir qué tipo de empleo contratar (a pesar de la teórica limitación de la realizada a término), la pregunta es qué le lleva a optar preferentemente, si no sistemáticamente, por ésta. Esto puede analizarse a nivel micro, de cada decisión de contratar, o macro, del conjunto de ésta en nuestro mercado de trabajo. Es común en España utilizarse en este segundo nivel de análisis, buscándose las causas que provocan la tremenda temporalidad que sufrimos.

En la acepción de causa-justificación, en el sector privado las que se han admitido para la contratación temporal han sido múltiples, dentro de un modelo de legislación laboral que ha dependido excesivamente de la creación de modalidades contractuales para introducir elementos de flexibilidad o de adaptación en las relaciones laborales. Nuestra apuesta tradicional por la flexibilidad de entrada, que no se ha visto sustancialmente reducida cuando se ha optado por incrementar la interna y de salida, se ha traducido en una tipología muy amplia y variada de contratos que comparten el elemento común de su duración predeterminada; pero que responden a distintas causas. Si buscáramos los elementos que llevan al legislador a justificar esta excepción a la teórica regla de la indefinición del contrato, podemos encontrar tres especialmente relevantes:

- La existencia de necesidades temporales de mano de obra: en ocasiones porque el trabajo en sí mismo tiene una duración determinada (como una obra o servicio, o un pico de actividad), o porque siendo permanente se necesita ocuparlo de manera temporal (tal como ocurre en la interinidad); hablaríamos de contratos causales en sentido estricto
- La necesidad de garantizar mecanismos de entrada al mercado de trabajo para personas jóvenes, con o sin formación, permitiendo la adquisición de un primer contacto con éste y de experiencia profesional como soporte para una carrera laboral posterior; este teoría

el caso de los contratos en prácticas y para la formación y el aprendizaje; en éstos la causa es formativa

- El objetivo de facilitar la contratación de ciertos colectivos que experimentan especiales dificultades para el empleo, diseñándose figuras flexibles y de bajo coste de extinción para que las empresas se decidan a emplearlas; aquí estarían las diversas modalidades contractuales vinculadas con la política de empleo; en estos casos la causa es el fomento de éste

En cuanto a su vertiente de causa-motivo, décadas de análisis del problema de la temporalidad en España han llevado a identificar una serie de factores, tanto económicos como normativos que la explicarían. De modo resumido éstos serían:

- la existencia de un marco jurídico permisivo, resultado de una sucesión de reformas laborales desde principios de la década de 1980 que, por consideraciones relacionadas con la promoción del empleo, flexibilizaron el uso de los contratos temporales;
- la generalización del fraude en la utilización de las diferentes figuras contractuales, fruto tanto de las malas prácticas empresariales como de la debilidad de los mecanismos de control, sobre todo de los administrativos y judiciales;
- la existencia de un “diferencial de ajuste” o “de protección” entre trabajadores fijos y temporales, que hace que las decisiones empresariales con efectos en el empleo resulten muy costosas para los primeros, y prácticamente inexistentes para los segundos;
- el carácter estacional de algunos de los sectores más potentes de nuestra economía, como el turismo o la agricultura;
- la existencia de una “cultura de la temporalidad” en el empresariado español, resultado de años de poder disponer de manera prácticamente libre de estos instrumentos de flexibilidad;
- el uso masivo de la externalización y la colaboración interempresarial como forma de organizar la producción de obras y servicios;
- la tendencia empresarial a operar mediante organizaciones productivas orientadas hacia proyectos y tareas concretas;

Ante esta pluralidad de causas se entiende que también se hayan identificado un listado muy amplio de medidas correctoras¹⁰:

- Contra las carencias de nuestra legislación se apuesta por reformar ésta, reduciendo la oferta de figuras contractuales temporales y limitando las posibilidades de utilizarlas.
- Para luchar la generalización del fraude en el uso de estas figuras se propone modificar la legislación laboral y aumentar la presión inspectora sobre las empresas.
- Frente a la diferencia de costes de ajuste entre empleo fijo y temporal se imponen indemnizaciones para la extinción de los segundos, y se reducen las ya existentes para los primeros, o se propone la equiparación de los regímenes extintivos mediante figuras como el contrato único¹¹.
- Para compensar el efecto de la estacionalidad de algunas actividades se han diseñado algunas figuras contractuales como el fijo discontinuo, que procuran combinar cierta estabilidad para los trabajadores con la adecuación a la intermitencia de la necesidad de personal de los empleadores.
- Para superar la cultura de la temporalidad se promueven mayores incentivos al empleo fijo, sanciones vigorosas por el uso excesivo de contratos temporales, e intervenciones directivas sobre estos factores culturales mediante la formación, la concienciación y la promoción de la responsabilidad social corporativa.

¹⁰ Han sido múltiples las propuestas presentadas para corregir esta situación; una muy reciente es la de A. BAYLOS GRAU, “Temporalidad y precariedad laboral: revertir la situación normativa”, en “*El Blog de Antonio Baylos*”, accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/>.

¹¹ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como veremos, ha introducido un importante factor corrector que va a suponer cambios profundos en el diferencial de costes extintivos.

- Finalmente, para limitar el impacto de las nuevas formas de organizar la producción se interviene imponiendo mecanismos de subrogación empresarial legales y convencionales, o se propone limitar el uso de contratos de obra vinculados a contrataciones y concesiones administrativas.

Todas estas soluciones se han intentado con mayor o menor intensidad, en las sucesivas series de reformas legislativas en España, particularmente a partir de la de 1994. Su escaso impacto en la práctica de nuestra contratación laboral no debe entenderse necesariamente como la consecuencia de errores en este diagnóstico, o en la búsqueda de soluciones. El mercado de trabajo español es uno especialmente complejo, resultado de un tejido productivo desequilibrado y con una notable capacidad para generar bolsas de empleo temporal. Se han producido, además, cambios en las pautas de utilización de los contratos temporales que han limitado el efecto de estas medidas correctoras. La capacidad de aplicar medidas restrictivas sobre estas formas de contratación, restringiendo su campo de utilización se ha visto además muy condicionada por la presencia del otro gran problema del mercado de trabajo español, el paro. Ningún gobierno ha querido adoptar medidas efectivas contra la temporalidad que pudieran tener un impacto negativo en el empleo. Sólo en momentos en los datos de ocupación eran (relativamente) buenos se afrontó seriamente la necesidad de mejorar su calidad.

3. LAS CAUSAS DE LA TEMPORALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO

3.1. Algunas particularidades de la temporalidad en el sector público España

La presencia de contratos a término en empleadores públicos es, como se señalado, un fenómeno complejo, que sólo comparte algunos de los rasgos que la caracterizan con la que encontramos en el sector privado¹². Al margen de su enorme volumen, que llega a superar ampliamente en algunos sectores a ésta, el empleo temporal público presenta otras notas diferenciales que conviene señalar: la larga duración, que permite que encontremos personal interino con años de antigüedad, incluso previéndose carreras profesionales paralelas a la oficial para estas personas; la segregación por categorías profesionales, de tal manera que coexisten algunas fijas y otras temporales en unos mismos empleadores; las dificultades para la consolidación en el puesto de trabajo o el tránsito de la carrera interina a la consolidada; la existencia de colectivos a término en su totalidad... Incluso en la aplicación de las figuras contractuales laborales comunes se producen algunas diferencias¹³. Por poner un ejemplo, históricamente el contrato de interinidad por cobertura de vacante tiene su origen en la práctica del empleo público, donde existía una necesidad de temporalidad sin parangón en el privado, utilizando para ello la modalidad contractual del interino. Luego se extendió al resto del mercado de trabajo.

Una señera peculiaridad que presenta el sector que nos ocupa, siempre en relación con el privado que es el referencial para la legislación laboral, es la ineficacia de los mecanismos de sanción del abuso en esta contratación previstos por el Derecho del Trabajo común. Las dificultades para implantar la conversión en indefinido de los trabajadores temporales fraudulentos, irregulares o simplemente de larga duración, son bien conocidas, así como lo es la figura con la que se le ha intentado dar respuesta, el trabajador indefinido no fijo.

¹² La bibliografía sobre este fenómeno es muy amplia; entre otros muchos se pueden citar los trabajos monográficos de A.V. SEMPERE NAVARRO, "La contratación laboral de duración determinada en las Administraciones Públicas", en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), "Los contratos de trabajo temporales", Aranzadi, Navarra, 2011. También J.A. NICOLÁS BERNAD, "La duración del contrato de trabajo en el empleo público", Comares, Granada, 2002; y M. APILLUELO MARTÍN, "Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la administración pública", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, "Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 477. Más recientemente M.A. NORTE, "Temporalidad y laboralización del empleo público", Universidad de Murcia, 2015.

¹³ Sobre el uso de los contratos temporales comunes en el sector público, véase F.J. VALENTÍN RUIZ & M. LÓPEZ HURTADO, "La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", UCM, Madrid, 2009, http://eprints.ucm.es/10221/1/Contratacion_laboral_temporal_administraciones_publicas.pdf.

La complicación de gestionar una figura de creación jurisprudencial con una base normativa muy escasa ha puesto de manifiesto sus limitaciones, generando durante años situaciones de insuficiente protección jurídica que los tribunales, nacionales y comunitario, han tenido que ir corrigiendo. El resultado final de todo el proceso ha sido una clara evolución en el diseño normativo de esta modalidad, con algunos de sus elementos fundamentales ya consolidados jurisprudencialmente y otros no tanto, y un marcado carácter anfibológico: temporal para algunas cosas¹⁴, e indefinido para otras.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 ha supuesto un hito muy relevante en la definición jurídica de este colectivo, reconociéndole el derecho a una indemnización como la del despido objetivo procedente en caso de extinción del contrato por cobertura reglamentaria de la vacante.

Si la protección que otorga al personal no es suficiente, tampoco lo es el efecto disuasorio sobre la entidad empleadora que se supone debe producir la conversión en indefinido. Antes bien, en muchas ocasiones esta conversión en indefinido (aunque no fijo) pierde totalmente su carácter de sanción, y por lo tanto su capacidad de disuasión, para convertirse en un instrumento para evitar los procedimientos de acceso reglado a la administración. Se acude a la contratación temporal, sujeta tradicionalmente a menos exigencias, para facilitar el ingreso al empleo, y una vez producido esto se gestiona de manera descuidada o negligente esta relación, esperando que el transcurso del tiempo acabe por convertirla en indefinida. La falta de diferencias prácticas entre fijos e indefinidos, salvo cuando se produce la convocatoria de la plaza, resulta especialmente conveniente. Esta práctica ha sido muy habitual en administraciones locales, donde con ocasión de la crisis y la necesidad de adoptar medidas de ajuste de personal se descubrieron enormes bolsas de empleo indefinido no fijo, que en algunos casos ocupaban la mayoría de la plantilla¹⁵.

Esta particularidad nos sirve para poner de manifiesto una realidad: es en esta materia dónde se van a encontrar mayores especialidades y diferencias en la aplicación del Derecho del Trabajo común entre ambas parcelas del mercado de trabajo, la pública y la privada. Aunque ha sido común pensar que es en el ámbito del despido donde mayores diferencias se producen¹⁶, lo cierto es que tales distinciones no han sido nunca tan relevantes como en cuanto a la contratación. Las reformas del gobierno popular que procuraron facilitar a los empleadores públicos el recurso al despido introdujeron paradójicamente un mayor número de especialidades, en cuanto a causas y procedimiento, de las que existían previamente¹⁷. Pero es a la hora de contratar cuando realmente se producen diferencias.

Una importante particularidad es la existencia de una tipología distinta de supuestos de empleo de duración determinada¹⁸. El Estatuto Básico del Empleado Público nos ofrece una gran variedad de posibilidades de empleo de este tipo, empezando por los propios funcionarios, el

¹⁴ Incluyendo la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, cuyo ámbito incluye los contratos de duración determinada, como veremos.

¹⁵ Éste es el que se conoce en los medios de empleo público como “modelo Jerez”, por ser este un Ayuntamiento que, con ocasión del procedimiento de despido colectivo que inició, se constató cómo una mayoría de su personal laboral había accedido a sus puestos mediante contratos temporales devenidos indefinidos.

¹⁶ En extenso S. DE SOTO RIOJA, “La reestructuración de empleo en el sector público”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2012. Sobre la situación tradicional en España, anterior a las últimas reformas en esta materia, A. MARTIN VALVERDE, “Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, nº14, 2004; J.B. VIVERO SERRANO, “Extinción del contrato de trabajo”, en M. CARDENAL CARRO (dir.), “El personal laboral al servicio de las corporaciones locales”, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pg.1097 sigts.; R. ROQUETA BUJ, “La reestructuración de las plantillas laborales en las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, nº3, 2011; y R. AGUILERA IZQUIERDO, “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, pg. 317.

¹⁷ Para un análisis de la situación vigente, tras las reformas de 2011, me remito a mi trabajo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “El despido colectivo en el sector público”, *Relaciones Laborales*, nº 7-8, 2013, pg. 37.

¹⁸ Un estudio completo de estas formas de contratación temporal en M. R. MARTÍNEZ BARROSO, “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular”, *Trabajo y Derecho*, nº5, 2015.

epítome de la estabilidad laboral en la opinión general. Tenemos, así, la figura de los funcionarios interinos que *“por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera”* en determinadas circunstancias legalmente previstas (art. 10 EBEP). También se recoge la figura del personal eventual, que, como se sabe, es el que, *“en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”* (art. 12 EBEP). Junto a éstos encontramos al personal Directivo profesional, que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, y que cuando ha sido contratado laboralmente estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (art. 13 EBEP). Una en la que, como es sabido, la estabilidad en el empleo se encuentra fuertemente atenuada, admitiéndose la contratación temporal con mucha libertad y debilitando considerablemente la protección frente al despido.

Desde un punto de vista sectorial, un ámbito en el que se produce una utilización masiva de la contratación temporal es el de la sanidad, cuyo modelo de relación laboral es la estatutaria¹⁹. La norma básica para ésta es la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud. Éste recoge en su artículo 8 la figura del “personal estatutario fijo”, que es 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”*. Junto a éste, su artículo 9 prevé que *“por razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario, los servicios de salud podrán nombrar personal estatutario temporal”*, previendo tres situaciones: interinidad, de carácter eventual o de sustitución. Algunas de estas figuras son bastante homologables a las figuras que encontramos en el Derecho del Trabajo, como el nombramiento de sustitución, que se prevé *“cuando resulte necesario atender las funciones de personal fijo o temporal, durante los períodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal que comporten la reserva de la plaza”*; o el nombramiento de carácter eventual, previsto cuando se trate de la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, o para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria.

Junto a éstos existen otros en los que la causalidad aparece mucho más atenuada, y la discrecionalidad de la administración sanitaria muy expandida: es posible un nombramiento de carácter eventual *“cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente y continuado de los centros sanitarios”*; y se prevé el recurso a un nombramiento de carácter interino *“para el desempeño de una plaza vacante de los centros o servicios de salud, cuando sea necesario atender las correspondientes funciones”*. Son ambos supuestos definidos en términos muy generales, que permiten prácticamente una libertad total en el uso de la contratación temporal. El propio artículo 9.3 de la Ley 55/2003 se ve obligado a prever un mecanismo para controlar este uso en el caso particular del personal eventual: si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un periodo 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. Una previsión de poco vigor normativo, que no ha podido evitar una rotunda condena de esta discrecionalidad por parte de las instituciones europeas, como veremos.

Otra administración con presencia masiva de estos contratos lo son las Fuerzas Armadas, y así lo recogen sus normas básicas, formadas por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen

¹⁹ Véase al respecto S. BELTRÁN MIRALLES & J. L. MOLÉS MONTOLIU, “La contratación temporal del personal estatutario de la Seguridad Social”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, *“Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, vol.2, pg. 371.

del Personal de las Fuerzas Armadas; y por la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería. En esta última un artículo 6 prevé diversas “modalidades de relación de servicios”²⁰, que son las siguientes:

- el compromiso inicial, renovable hasta completar un máximo de 6 años: su duración inicial es de 2 o 3 años, ampliable por períodos de 2 o 3 años;
- el compromiso de larga duración, hasta los 45 años de edad, al que se accederá desde el compromiso inicial;
- la condición de permanente, a la que se podrá acceder durante la vigencia del compromiso de larga duración;

Sólo en la tercera de las modalidades se obtiene una verdadera estabilidad en el empleo militar, asegurando la ocupación hasta la extinción de la relación por pase a la reserva. En la segunda se asegura cierta continuidad en el empleo, pero con un término marcado por alcanzar el militar una determinada edad, considerada por el legislador como el límite para el mantenimiento de las condiciones físicas necesarias para el servicio²¹; la única expectativa de estabilidad es acceder a la condición de permanente, lo que exige la superación de determinadas pruebas. La primera es clara y necesariamente temporal, con un límite máximo rígidamente marcado, existiendo también, como alternativa a la extinción por terminación del compromiso pactado, la posibilidad de acceder a un compromiso de larga duración, sujeta a la superación de ciertas pruebas. La legislación de empleo militar se inclina por recurrir a la contratación temporal para asegurar una composición idónea, desde el punto de vista de la edad, de la plantilla de los diferentes ejércitos, en lugar de acudir a otras alternativas como el despido por ineptitud o el pase a la reserva. El resultado es una administración con un importante volumen de empleados temporales.

Otro ámbito del sector público en el que encontramos especialidades en materia de contratación es el de la investigación, y en este caso la norma que las contiene es la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación²². El precepto de referencia es su artículo 20, dentro del capítulo dedicado al “personal Investigador al servicio de las Universidades públicas, de los Organismos Públicos de Investigación y de los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas”, en el del Título II, “Recursos humanos dedicados a la investigación”. En este capítulo se encuentra una sección 2ª dedicada a la contratación del personal investigador de carácter laboral, en la que se ubica este precepto, que se ocupa de las modalidades contractuales posibles dentro de este sector de actividad, señalando algunas que son “específicas del personal investigador”. En concreto son las siguientes:

- contrato predoctoral, cuya duración es de 1 a 4 años
- contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, con una duración de 1 a 5 años
- contrato de investigador distinguido, que tendrá la duración que las partes acuerden, aunque se supone que tendrá una predeterminada.

El régimen jurídico aplicable a estas modalidades de contrato de trabajo será el que se establece en la propia Ley 14/2011 y en sus normas de desarrollo. Como Derecho supletorio se prevé la aplicación de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en sus normas de desarrollo.

²⁰ Todas estas modalidades generan una relación jurídico-pública de carácter especial que se establece mediante la firma del compromiso y se rige por la Ley 8/2006, según especifica el apartado 2º de este mismo artículo 6.

²¹ Es en este mismo año que se ha producido una primera llegada masiva de soldados y marineros a esta edad, produciéndose su separación del servicio. Esto ha dado lugar a medidas de presión y a acciones judiciales por este colectivo, pendientes de resolución a la fecha de cierre de este trabajo.

²² Un estudio desde la perspectiva de la contratación temporal en F. BALLESTER LAGUNA, “¿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*, Volumen 3, nº 4, 2015.

Estas modalidades propias de la legislación de ciencia sólo podrán ser utilizadas por determinadas entidades, los Organismos Públicos de Investigación de la Administración General del Estado, los Organismos de investigación de otras Administraciones Públicas y las Universidades públicas, estas últimas únicamente cuando sean perceptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+I. El resto de entidades deberá acudir a las modalidades generales; pero también las primeras podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el ET.

Como se ve, todas las modalidades propias son de duración determinada. Pero es que cuando se utilizan las modalidades laborales comunes, es común que se acuda también a contratos de esta naturaleza, particularmente el de obra o servicio determinado, que es el que en España mejor se adecúa para desarrollar proyectos de investigación con financiación externa. Incluso en este caso, muy frecuente en nuestro sistema público de I+D+I, cuando las entidades que se rigen por esta norma utilizan las modalidades contractuales ordinarias se benefician de alguna especialidad que tiene como efecto debilitar la posición de los investigadores. En efecto, la Disposición adicional vigesimotercera de la Ley 14/2001, que se ocupa de los contratos de obra o servicio para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica, señala que para éstos no aplicará ni el límite máximo de duración establecido en el artículo 15.1 ET, ni el mecanismo de consolidación de los contratos temporales del artículo 15.5 ET. Lo que genera bolsas de este tipo de empleados, a veces con relaciones de muy larga duración, que no llegan a ver reconocida la condición de indefinidos; la protección del régimen laboral común, que no es gran cosa, se debilita aún más para éstos empleados públicos²³.

Otro ámbito del sector público con su propio marco para la contratación es el de las Universidades públicas, cuya regulación está en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. En éstas se admite tanto la contratación administrativa como la laboral. En éste último caso, el artículo 48 de esta norma prevé que se podrá contratar personal docente e investigador en régimen laboral de cuatro formas diferentes:

- a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario
- mediante las modalidades previstas en el ET para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo.
- a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica.
- por medio de la figura de los profesoras y profesores eméritos.

Como es sabido, las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario son las que se corresponden con las figuras de:

- Ayudante, cuya duración es de 1 a 5 años,
- Profesor Ayudante Doctor, de 1 a 5 años,
- Profesor Contratado Doctor, de carácter indefinido y con dedicación a tiempo completo (art. 52 LOU)
- Profesor Asociado, cuya duración del contrato será trimestral, semestral o anual (si bien los tribunales han cuestionado la validez de estos límites temporales)²⁴

²³ “De acuerdo con lo señalado en el apartado 2 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del mismo en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio a los contratos para la realización de proyectos específicos de investigación científica y técnica a que se refieren los artículos, 20.2, 26.7 y 30 y el apartado 2 de la disposición adicional decimocuarta de esta ley. Tampoco les resultará de aplicación lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con lo previsto en el apartado 3 de la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores”.

²⁴ Un estudio de esta figura, desde la misma perspectiva de este trabajo, en M. E. CASTELLANO BURGUILLO, “Protección de los trabajadores titulares de un contrato de profesor asociado en las Universidades españolas”, *Temas Laborales*, Nº 126, 2014, pg. 283.

- Profesor Visitante, de carácter temporal con la duración que se acuerde entre las partes
- Contratos predoctorales, sometidos a la Ley 14/2001

Aparte de estas figuras propias, encontramos las comunes de obra o servicio e interinidad, sujetas a la legislación laboral general, a veces a través de la figura del profesor sustituto interino²⁵. Y la cada vez menos frecuente de los funcionarios interinos, muy común hace algunos años.

Junto a estas modalidades, casi todas temporales como se ha visto, una mayoría del profesorado universitario ha accedido a plazas de funcionario de las previstas en la Ley Orgánica 6/2001, limitadas según el artículo 56 LOU a los cuerpos de Catedráticos de Universidad y Profesores Titulares de Universidad. Este hecho, unido a la composición generacional de nuestro profesorado, hace que la tasa de temporalidad en el sistema universitario español se encuentre en el entorno del 40%, una cifra mucho mayor de la que se encuentra tanto en el mercado de trabajo global como en el empleo público en particular²⁶. A este dato debemos añadir otros particularmente relevantes: primero, el tiempo que se tarda en alcanzar la estabilidad en el empleo en la Universidad, alargado no sólo por la necesidad de realizar el *cursum honorum* a través de las modalidades temporales sino sobre todo por las mayores exigencias impuestas para la acreditación necesaria para acceder a plazas estables; y segundo, la cuestión de la causalidad de este recurso al empleo temporal, que en absoluto se vincula con la satisfacción de necesidades temporales de mano de obra²⁷.

3.2. ¿Qué provoca la temporalidad en el empleo público?

Al igual que hicimos respecto del sector privado, cabe preguntarse por qué hay tanta temporalidad, buscando las causas que lo identifican. Es claro que un fenómeno de estas dimensiones sólo puede explicarse con una serie muy amplia de éstas, de diversa naturaleza además. Algunas de éstas serán comunes con las señaladas para el sector privado; pero hay otras que le son propias. Causas propias que, además, explican buena parte de este enorme volumen de trabajo de duración determinada²⁸. También las habrá genéricas, que se producen en todo el empleo público; mientras que otras se producen específicamente en algunos sectores de éste,

²⁵ Esta última ha sustituido al recurso al profesorado asociado para ciertas sustituciones, y su uso se ha generalizado tras las restricciones de las tasas de reposición, como forma de “aparcar” temporalmente a profesores para los que no se podía sacar una plaza. También sirvieron en su momento para dar una salida al colectivo de profesorado asociado a tiempo completo, una vez transcurridos todos los plazos para su pase a las figuras contractuales de la LOU.

²⁶ En el curso académico 2013-2014, el PDI de las Universidades públicas ascendía a 94.352 efectivos (en centros propios de las Universidades). De éstos, los funcionarios suponían 47.075 profesores; y los contratados, 46.642, de los cuales 8.692 eran contratados doctores. Sumando la cifra de funcionarios y de contratados doctores, las categorías con estabilidad laboral resultan un total de 55.767 profesores indefinidos, casi un 60% del total (un 59,1%). Hablamos de esta manera de un 40% de temporalidad en el profesorado universitario. Cifras obtenidas del informe “*Datos y cifras del sistema universitario español. Curso 2014-2015*”, publicado por el Ministerio de Educación, Ciencia y Deporte, y accesible en <http://www.mecd.gob.es/dms/mecd/educacion-mecd/areas-educacion/universidades/estadisticas-informes/datos-cifras/Datos-y-Cifras-del-SUE-Curso-2014-2015.pdf>.

²⁷ Cabría añadir a los supuestos aquí estudiados los llamados “trabajos de colaboración social” previstos en el art 213.3 de la Ley General de la Seguridad Social, aunque estrictamente hablando no nos encontramos ante una relación laboral, ya que “*los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en que se presten dichos trabajos, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que le corresponda*”. Según este precepto, estos trabajos deberán cumplir, entre otros requisitos, el de “tener carácter temporal”.

²⁸ Según M. FERNANDEZ-GUTIERREZ & D. DIAZ-FUENTES, *ibidem*, “*se observa como los factores que inciden en la toma de decisiones acerca de la modalidad de contratación siguen en el sector publico ciertos patrones diferenciados de los del sector privado*”.

como la sanidad, la educación o la universidad. Se combinan, finalmente, algunas estructurales con otras coyunturales, propias de la crisis financiera mundial y su particular versión española, la crisis presupuestaria²⁹.

La primera causa a identificar sería de carácter normativo, y que se ha expuesto en el apartado anterior: en nuestro Derecho las administraciones y otras entidades públicas disponen de un abanico de figuras contractuales mucho más amplio del que está a disposición de los empleadores privados. Es una panoplia que se construye por acumulación: junto a las figuras comunes del Derecho del Trabajo, a las que acuden cuando emplean personal laboral³⁰, se colocan aquellas propias que aparecen en la legislación general del empleo público o en leyes sectoriales especiales.

Algunas de estas figuras son imperativamente temporales, de tal manera que no es posible su uso de manera indefinida. Muchas de estas figuras son acausales, en las que el término se fija con abstracción de la naturaleza del trabajo a prestar. En algunos casos es la propia administración la que puede decidir cuándo tiene una necesidad temporal, y puede en consecuencia emplear con este carácter³¹.

Si siempre se ha pensado que parte de la explicación del problema de la temporalidad en el mercado de trabajo español, en general, reside en un marco normativo equivocado por lo permisivo, esto es mucho más cierto en este particular sector. El Derecho del Empleo Público en España sigue apostando por la flexibilidad de entrada como principal mecanismo de ajuste y de gestión de sus plantillas.

Un segundo conjunto de causas serían de carácter jurídico-organizativas, que derivarían del diferente marco jurídico en el que deben operar estas entidades, en cumplimiento del mandato constitucional de hacer que el acceso al empleo en éstas se garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad³². Son los procedimientos y garantías establecidos para el acceso al empleo público los que fuerzan en muchos casos a las Administraciones a acudir a empleos temporales, para poder cubrir provisionalmente estos puestos de trabajo en tanto no culmine

²⁹ Para el Consejo Económico y Social, en su citado Informe 3/2004 *“el problema abordado responde a un conjunto de factores que se caracteriza por su amplitud y complejidad. Se hace necesario, pues, indagar las posibles causas de lo que parece un volumen de temporalidad en el empleo público que excede de un nivel razonable de personal no fijo al servicio de las Administraciones, imprescindible para atender a necesidades de carácter temporal estructural en la prestación de las actividades y servicios públicos por parte de aquéllas. Las causas de la situación analizada en el presente Informe son, pues, múltiples y de naturaleza diversa, económicas o financieras, organizativas, jurídicas, etc., y las mismas presentan una distinta incidencia según los diferentes ámbitos de la Administración. Por ello, no cabe reducir o simplificar la explicación causal de una situación compleja que se ha venido alimentando a lo largo de muchos años en un contexto de cambios profundos y, a veces, acelerados de la Administración española y de los servicios públicos que presta”*, en pg. 103.

³⁰ X. BOLTAINA BOSCH, “El personal eventual al servicio de la administración pública”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, *“Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pg. 511.

³¹ I. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “La disponibilidad de la administración en la contratación laboral temporal”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, *“Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.

³² Según el informe del CES, *“un segundo tipo de causas señala a la regulación y a la utilización de los instrumentos y mecanismos que poseen las AAPP para estructurar y planificar sus necesidades de recursos humanos, y para proveer los puestos de trabajo del personal a su servicio. La evolución y permanencia de la temporalidad guarda relación, así, con la adecuación de las RPT, la utilización de la planificación estratégica en la ordenación del empleo público, las convocatorias y procedimientos de selección de personal para la cobertura de vacantes con carácter definitivo, y la eficacia de otros mecanismos de provisión de puestos como, por ejemplo, la movilidad de los empleados públicos”*, en pg. 109.

una cobertura definitiva que puede tardar en producirse³³. A esta complejidad se le suma una deficiente gestión de los procesos de acceso al empleo que generan bolsas de puestos sin cubrir, que con la necesaria diligencia tendrían una dimensión mucho más reducida. Esto provoca un efecto multiplicador sobre las posibilidades de usar modalidades contractuales a término, disociando la duración del puesto de trabajo de la del vínculo laboral de la persona que lo ocupa, y generalizando personal temporal en puestos permanentes. Esto explica que, como señaló en su momento el Consejo Económico y Social, esta temporalidad “*excede de un nivel razonable de personal no fijo al servicio de las Administraciones, imprescindible para atender a necesidades de carácter temporal estructural en la prestación de las actividades y servicios públicos por parte de aquéllas*”³⁴. En el sector público una causa típica de temporalidad es la falta de cobertura definitiva un puesto de trabajo que en sí mismo es permanente. Supuesto éste originado en el régimen funcional y derivado al laboral, primero sólo en empleadores públicos, luego para los privados hasta convertirse en un subtipo de la modalidad contractual de interinidad³⁵.

También tienen su impacto algunas particularidades de la relación funcional que obligan a cubrir puestos provisionalmente vacantes, por mantener su titular el derecho a reocuparlos. Esta reserva de los puestos de trabajo es consecuencia de la forma de acceder a éstos, mediante pruebas de acceso que dan lugar a una cierta “propiedad” sobre éstos; también de los mecanismos de movilidad dentro de las administraciones, que pueden prever el retorno del trabajador a su puesto originario. Lo cierto es que las situaciones que permiten esta reserva son más aquí que en el empleo privado, ya que a las generales de éste se añaden otras propias. El resultado es un volumen importante de este tipo de interinidades, contribuyendo al problema global. Esto se ha considerado tradicionalmente como una garantía vinculada al estatuto del empleado público, relacionada con la estabilidad de su empleo. Pero la realidad es que lo que es un derecho para algunos empleados públicos se convierte en una desventaja para otros, que no llegan a consolidar sus puestos de trabajo.

Esto no es exclusivo del sector público, sino que en el sector privado uno y otro supuesto, reserva y cobertura provisional, están también previstos como causa para acudir a modalidades contractuales con plazo de terminación. En el que nos ocupa destaca el enorme volumen de empleo que se genera por esta vía; y que es la propia entidad empleadora la que detenta el control de los procesos contractuales, pudiendo decidir que puestos permanentes devenguen en temporales de facto por el retraso de éstos.

La rigidez general en la gestión de los recursos humanos dentro de muchas de estas entidades explica también la utilización extensiva de estas figuras. A pesar de que la tendencia a introducir elementos de flexibilidad interna en estas organizaciones, ésta no ha llegado a generalizarse como mecanismo de adaptación y de mejora de la productividad³⁶. Frente al sector privado, en éste la movilidad se produce en muchos casos por iniciativa del empleado, solicitando traslados u ocupar otras plazas; y con un marcado carácter ascendente, con un diseño de carreras rígido. No es sólo un problema jurídico, sino también cultural, dado que los gestores

³³ Entre otros muchos, J.B. VIVERO SERRANO, “El acceso al empleo público en régimen laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. C. SAMANIEGO VILLASANTE & F. DÍAZ BRETONES, “Selección, formación y desarrollo de carreras en la Administración Pública”, en A. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (dir.) “*Los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas*”, Tecnos, Madrid, 1995.

³⁴ CES, op.cit., pg. 105.

³⁵ J. A. NICOLÁS BERNAD, “La cobertura temporal de vacantes en las administraciones públicas”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, “*Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001. Con especial atención a las últimas reformas, CUEVA PUENTE, “Contratación temporal: régimen en las Administraciones Públicas”, en VALDÉS DAL-RÉ & GONZÁLEZ-POSADA, “*La reforma del mercado de trabajo de 2010*”, Reus, Madrid, 2011.

³⁶ S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable”, *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 170, 1997.

públicos operan con parámetros diferentes al resto; los instrumentos jurídicos de gestión no son tan diferentes ya. Las resistencias tradicionales de empleados y sus organizaciones a estos instrumentos tampoco facilitan su uso. El resultado es que siguen existiendo fuertes restricciones a la adaptación de los medios humanos disponibles a nuevas necesidades o esquemas más eficientes, algo que se traduce en la necesidad de acudir a la contratación de nuevo personal para atenderlas. La adaptación por crecimiento es característica de las administraciones públicas; y mucho de éste se hace mediante contratos a término.

Otras causas serían de carácter económico-financiero. Las presiones para el ahorro de costes de personal, como importante contribución para la reducción del déficit público, han tenido como efecto la imposibilidad para proceder a la contratación regular de personal permanente. La congelación de las ofertas públicas de empleo; la reducción de sus dimensiones; o el retardo en su puesta en práctica incrementan las necesidades no cubiertas que deben ser afrontadas mediante empleados temporales. Es evidente la correlación que existe entre la aplicación de estas medidas y el aumento de la temporalidad, tras unas primeras fases en la que se produce cierta reducción de ésta al destruirse empleos de este tipo.

Destaca en este sentido la utilización de la tasa de reposición como mecanismo no ya para impedir el crecimiento del empleo público, sino para reducir sus dimensiones. Frente al despido de empleados públicos, un instrumento facilitado para estos empleadores con la reforma de 2012, la reducción de sus plantillas se ha logrado principalmente por causas vegetativas, mediante la jubilación sin sustitución³⁷. Esto se ha considerado menos traumático y visible que la figura que se quiso promocionar, el despido colectivo; teniendo además la ventaja de que sus efectos se notan también en los efectivos de funcionarios y personal administrativo, a los que no llegaba éste.

Relacionado con este hecho se encuentra insuficiencia presupuestaria con la que se encuentran muchas administraciones³⁸. Este problema se centraba originalmente en el modelo de construcción de la administración española tras la Constitución de 1978, con una deficiente correlación entre la asunción de competencias, especialmente las relacionadas con los servicios a la ciudadanía, y la financiación de éstas. Tras las rígidas reglas sobre reducción del déficit público este problema se ha generalizado a todas. El efecto de este déficit de financiación es que se acude a aquellas modalidades de contratación más económicas y que menor compromiso de gasto suponen para las entidades empleadoras: las temporales.

Junto a estas explicaciones jurídicas y económicas podemos identificar otras que tienen que ver con la existencia de demandas particulares, propias de cierto tipo de sujetos públicos. La más evidente es la necesidad de mecanismos que permitan un amplio margen de contratación para asegurar la llamada "confianza" en la persona designada para ocupar el cargo; margen que contrasta con la rigidez de los mecanismos ordinarios de contratación pública, en los que la obligación de respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad hacen que la existencia de esta especial relación de fiducia resulte irrelevante. Estamos hablando de asesores, cargos de libre designación, directivos... En estos casos la temporalidad actúa como contrapartida a la amplia capacidad de elección que se reconoce al empleador, frente a la contratación regular, rígida y despersonalizada.

En el sector privado esta confianza trabajador-empleador juega un papel completamente diferente. Es menos relevante en el momento de iniciar la relación laboral, porque los empleadores tienen un margen de elección mucho más amplio que el sector público; y el grado que debe alcanzarse para asegurar su continuidad es mucho menor, de tal manera que el despido por pérdida de confianza juega un papel residual. No existe, por ello, la necesidad de figuras especiales

³⁷ Sobre estos instrumentos, entre otros, J.M. CAMPOS DAROCA, "La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos", Wolters Kluwer, Madrid, 2012.

³⁸ CES, op.cit., pg. 108.

para asegurar su mantenimiento; solo en alguna relación especial, como la de alta dirección o la de servicio doméstico, se le reconoce una relevancia a la confianza entre las partes tal de permitir una extinción contractual mucho más fácil. En el ámbito público al disponerse de una libertad mucho menor en la selección se hace necesario prever mecanismos especiales para aquellos puestos en los que un alto grado de fidelidad es imprescindible; en los que el mérito y la capacidad no pueden servir como criterios de elección. Lo que se soluciona mediante la creación de estas figuras, que son temporales por varios motivos: porque el acceso no se ha producido de acuerdo con estos principios; porque la confianza puede perderse; y porque el mandato de quien lo nombra es también temporal.

Existe en España un debate sobre el volumen de puestos de este tipo en nuestro sector público, considerado excesivo por muchos. Y aunque no puede considerarse, por su número, como un factor decisivo en el problema que estudiamos, qué duda cabe de que cualquier solución que se plantee deberá incluir también una atención particular a este aspecto. Será complejo, porque interactúan numerosas cuestiones: una necesidad estructural de la administración, una limitación al derecho de acceso de la ciudadanía al empleo público, un factor de precarización de éste.

Otro conjunto de causas se relaciona con el diseño de carrera de algunos sectores del empleo público, especialmente en colectivos de alta cualificación profesional. Esto tiene que ver con la estructura de cuerpos y categorías que se aplica en la administración, en las que no siempre se permite la movilidad entre éstos, de tal modo que deben superarse nuevas pruebas o requerimientos para pasar de unos y otros. Existen categorías y cuerpos de carácter permanente, en los que el empleado puede permanecer de manera indefinida, pero otros se diseñan como mecanismos de entrada, que sólo se pueden ocupar de manera temporal.

El paradigma de este tipo de carrera es la universitaria, articulada mediante la obtención sucesiva de distintos contratos, con un término legalmente fijado; para alcanzar la estabilidad tras haber completado un periplo y haber alcanzado cierto nivel³⁹. En las administraciones que utilizan este sistema la temporalidad sirve para organizar la carrera por fases, con distintos niveles de obligaciones, responsabilidades y condiciones laborales en cada una de ellas. Se considera que la complejidad de las tareas a realizar exige un largo proceso de formación dentro de la propia organización, que se ve acompañada de una mejora contractual progresiva. Capacitación y consolidación van así de la mano. En algunas fases el paso de una a otra situación contractual depende de superar ciertas exigencias, que se exigen para poder formar de la superior. La duración determinada funciona así también como un incentivo para adquirir los requisitos necesarios para alcanzar la fase siguiente (doctorado, acreditación), o incluso como un mecanismo de selección, expulsando de la administración a aquellas personas que no son capaces de lograrlo en el plazo estipulado⁴⁰.

El diseño de estas carreras responde en teoría a un proceso de adquisición de competencias secuenciado y con una duración estimada; en la práctica se va a ver afectado también por otros factores que nada tienen que ver con las exigencias del puesto de trabajo, sino con la capacidad financiera de las administraciones, de las que depende la posibilidad de acceder a las categorías superiores y estables. En momentos de crisis las carreras se alargan artificialmente sin otra justificación que la económica, con el retraso en la promoción como mecanismo de ahorro.

La temporalidad no es el único factor de precarización de estas carreras profesionales. Teniendo en cuenta lo limitado de las retribuciones del empleo público, y la necesidad de asegurar una diferenciación salarial entre las distintas categorías, en las de entrada el término se combina

³⁹ En el modelo privado la movilidad entre categorías es sencilla e independiente de la condición contractual del trabajador, sin que se exija alcanzar un determinado nivel en la organización para disfrutar de estabilidad laboral.

⁴⁰ En el sector privado, donde existen también carreras rígidamente organizadas en estructuras piramidales, se le llama a esto "up-or-out": o asciendes o estás fuera.

con niveles retributivos muy bajos, desproporcionados en relación con la cualificación del profesional y las exigencias del puesto a desempeñar. Lo grave es que para muchas profesiones el sector público actúa casi como un empleador monopsónico, absorbiendo un porcentaje muy importante de trabajadores: así ocurre con personas como médicos, investigadores, profesores universitarios, juristas no abogados...⁴¹ Se da la paradoja de que en España empleados de la mayor cualificación tienen carreras de empleo muy pobres, tardando en alcanzar la estabilidad y con unas primeras etapas contingentes y mal pagadas. La sanidad pública sería un claro ejemplo de éste; como lo sería también, otra vez, la Universidad.

Cabe, finalmente, identificar otro conjunto de causas diversas, algunas específicas de ciertas administraciones, que persiguen determinados objetivos que les son prioritarios mediante el diseño de modalidades contractuales: por ejemplo, la necesidad de asegurar una pirámide de edad en la plantilla, distribuyendo a los efectivos mediante su ubicación en categorías contractuales sucesivas; o la de mantener un personal con determinadas condiciones físicas, impidiendo su envejecimiento en el trabajo. También genera temporalidad la gestión de fuentes de financiación irregulares, provenientes de fondos extraordinarios o de proyectos financiados por otras entidades; y la reacción frente a los ciclos políticos, de tal modo que en determinadas circunstancias se genera un incremento de la inversión y de la contratación en las administraciones, que en el corto plazo suele ser temporal.

Visto este cúmulo de motivaciones que llevan a la contratación temporal en el sector público, cabe concluir, en primer lugar, que éstos sólo coinciden en parte con las que encontramos en el privado. Esto es consecuencia de la diversidad de regulaciones y culturas organizativas entre estos dos ámbitos. En segundo lugar, que la temporalidad sirve sobre todo para resolver las dificultades de gestión que supone una regulación rígida que no facilita ni la flexibilidad interna ni la de salida. En algunos casos se utiliza también para diseñar carreras profesionales que aseguren una promoción y perfeccionamiento profesionales dentro de las organizaciones.

No siempre tiene que ver con necesidades temporales o con situaciones extraordinarias de estas entidades, sino que forma parte estructural en la utilización de sus plantillas. En otras palabras, que en el empleo público la temporalidad es un verdadero instrumento de gestión de recursos humanos, uno muy relevante en un sector que se sigue moviendo en una lógica de flexibilidad de entrada, como alternativa a la interna y a la de salida, cuyo uso sigue siendo muy limitado. Las presiones económicas coyunturales no deben ocultar que en este modelo los contratos a términos van a ocupar una parte significativa del empleo en toda circunstancia. Aceptar esto es fundamental para poder proponer medidas que mejoren esta situación.

4. LA TEMPORALIDAD INDIRECTA

El volumen de contratación temporal que genera el sector público mediante la contratación de su personal es muy elevado, y resulta de por sí preocupante. No es, sin embargo, el único efecto que se produce en nuestro mercado de trabajo, sino que junto a éste existe otro también muy significativo, que es la creación de empleo temporal indirecto o inducido como consecuencia de la tendencia a atribuir a entidades privadas el desarrollo de actividades propias de las públicas⁴². Los mecanismos a través de los que se genera esta temporalidad inducida son múltiples: contratación de trabajadores autónomos mediante contratos mercantiles; privatización de entidades y actividades; gestión privada de servicios públicos; concesiones administrativas; subcontratación de servicios; colaboración público-privada, contratación administrativa⁴³...

⁴¹ M. FERNANDEZ-GUTIERREZ & D. DIAZ-FUENTES, *ibidem*.

⁴² Un completo estudio de uno de los mejores conocedores de este problema en W. SANGUINETTI RAYMOND, "Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo", *Revista de Derecho Social*, nº 39, 2007, pg.1, en pg. 5.

⁴³ M.Á. RECUERDA GIRELA & L. FERNÁNDEZ DELPUECH, "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 83, Sevilla, mayo-agosto (2012), pg. 51.

Todos estos supuestos tienen en común que sujetos privados, por medio de diferentes esquemas contractuales, van a trabajar por cuenta de otros públicos, bien desarrollando actividades auxiliares para éstos, bien prestando los servicios de su competencia⁴⁴.

El crecimiento de este fenómeno se produce por la coincidencia de dos procesos o fenómenos, que han interactuado entre sí: una estrategia de privatización de la gestión de servicios públicos; y las presiones para reducir el gasto público, consecuencia sobre todo de la gobernanza europea en un contexto de crisis⁴⁵. Se acude al sector privado sobre todo para reducir costes, lo que se transmite a las relaciones laborales en estas actividades. Las administraciones buscan la sustitución de empleo directo de la administración por otro de gestores privados, reduciendo artificialmente la dimensión de la propia plantilla; convertir los costes fijos del empleo directo en otros variables, a través de la sucesión de contratos públicos; forzar cambios en las partidas presupuestarias, pasando gastos del capítulo de personal al de servicios... Éstos objetivos dibujan un modelo de gestión privada basada en la temporalidad, la contención de costes y la optimización de los recursos, lo que supone empleo de duración determinada, más trabajo y menos retribución⁴⁶.

Como consecuencia de ello los trabajadores de servicios públicos privatizados y de contratistas públicos son un *tertium genus*, entre los públicos y los privados, cuyo estatus real es en la mayoría de los casos peor que el de los unos y el de los otros. Regulados por el Derecho del Trabajo, el hecho de que sus empleadores trabajen por cuenta de las Administraciones Públicas tiene importantes consecuencias en la calidad de su empleo y de sus condiciones de trabajo⁴⁷.

La pérdida de calidad del empleo en este peculiar sector es consecuencia de combinación letal de normas laborales y administrativas. La legislación de contratos del sector público juega un papel principal en la producción de este efecto⁴⁸. De forma general, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público⁴⁹ (en adelante TRLCSP) diseña un modelo de política de contratación que no presta una especial atención a sus consecuencias sociales o laborales, y que además permite a las administraciones externalizar servicios con un amplio margen de discrecionalidad⁵⁰. Existe además una obligación legal de que los contratos por lo que se tramita

⁴⁴ Un estudio pionero de estas cuestiones es el de J. CRUZ VILLALÓN & P. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, pg.9. También R. SERRANO OLIVARES, "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las administraciones públicas: aspectos de derecho individual del trabajo", y A. MARTÍNEZ DE VIÉRGOL LANZAGORTA, "El problema de la "externalización de servicios públicos" y de la contratación de personal laboral obviando los principios del art. 103.1 CE", ambos en en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, *"Las relaciones laborales en las administraciones públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, pgs. 639 y 935, respectivamente.

⁴⁵ Sobre este debate, véanse las contribuciones al volumen de L. ORTEGA ÁLVAREZ (dir.), *"Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?"*, INAP, Madrid; en particular, el estudio de S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Externalización y empleo público en régimen laboral".

⁴⁶ A. BAYLOS GRAU, "Privatización y externalización de servicios en la contratación pública y problemática laboral", en *"El Blog de Antonio Baylos"*; accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>.

⁴⁷ En 2004 el Consejo Económico y Social fue consciente de este problema, afirmando que *"una reflexión amplia sobre el problema de la temporalidad pública requiere llevar a cabo una revisión en profundidad de la política de externalización de servicios y actividades que vienen realizando las Administraciones"*; Informe 3/2004, Conclusión nº 8.

⁴⁸ Un estudio general de esta legislación en M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, "La contratación administrativa y sus principios informadores", en AA.VV., *"De la ciudad y otras cosas: libro homenaje e Enrique Barrero González con motivo de su jubilación"*, Fundación Martín Robles, Sevilla, 2005, pg. 406.

⁴⁹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁵⁰ La regla general de TRLCSP es que se admita el encargo a sujetos privados, y la excepción que no pueda hacerse. Así se desprende del artículo 275 TRLCSP, según el cual *"la Administración podrá gestionar indirectamente,*

la gestión privada de servicios públicos tengan un carácter temporal⁵¹. Esta limitación de la duración del contrato es un elemento central para el modelo de contratación pública de la ley, que se impone opción a todas las entidades a las que ésta se aplica, y que genera un claro efecto precarizador de la gestión indirecta de servicios. A esto se añade que en el modelo recogido en el TRLCSP se impone una clara preferencia por los aspectos económicos en la selección de los sujetos públicos a los que se adjudicará ésta⁵².

Estas reglas de la contratación pública se combinan con otras laborales para producir que la gestión privada se convierta en fuente de empleo temporal; reglas de creación sobre todo jurisprudencial, aplicando una legislación muy permisiva e insuficiente. La primera es la equiparación de la externalización de servicios públicos a la subcontratación del sector privado, a efectos de la aplicación de la normativa laboral sobre esta figura⁵³. Esta equiparación contratación-gestión privada ha generado el trasvase de otras líneas interpretativas propias de aquélla a ésta, la más relevante de las cuales es la aceptación de la virtualidad de la contratación temporal por obra y servicio determinado en los supuestos de subcontratación⁵⁴. Esta modalidad se convierte en el instrumento ordinario para el empleo de personas adscritas a esta modalidad de organización de la empresa por parte de empresas contratistas.

Si la concesión o el encargo externo es un tipo particular de contrata; y si para ésta cabe el contrato de obra o servicio, entonces no hay más conclusión que la idoneidad de esta modalidad contractual para la prestación indirecta. La combinación de ambas ideas es devastadora para los empleados de empresas privadas gestoras de servicios públicos⁵⁵. Se separan el servicio

mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos". Dos son las únicas limitaciones que se establece, que el servicio implique el ejercicio de autoridad propia de un poder público; y que éste no sea susceptible de explotación por particulares. Sobre este particular véase J. CANTERO MARTÍNEZ, "La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?", *Documentación Administrativa*, nº 286-287, 2010, pg. 297.

⁵¹ El artículo 23 TRLCSP establece con carácter general, para todos los supuestos de contratación pública, que "sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas". Para los contratos de gestión de servicios públicos el TRLCSP prevé una regla especial en su artículo 278, en el que leemos que éste "no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto".

⁵² El artículo 150 TRLCSP regula los criterios de valoración de las ofertas, recogiendo un número elevado de éstos. Se dice en concreto que "para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes". El último inciso de este precepto es palmario y seguramente más sincero: "cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo".

⁵³ Sobre esta equiparación, en extenso, GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN & GOÑI SEIN, "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata", en AA.VV., "Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁵⁴ Cuestión ésta bien estudiada entre nosotros; por todos me remito al completo estudio monográfico de D. MONTOYA MEDINA, "La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas", *Relaciones Laborales*, nº 6, 2006, pg. 253.

⁵⁵ En palabras de Antonio BAYLOS, "La condición de trabajadores temporales es inseparable de la técnica de la privatización, más aun a partir de la doctrina del Tribunal Supremo español que hace equiparar el objeto del contrato temporal de obra o servicio determinado con la duración de la contrata". A. BAYLOS GRAU, *ibidem*.

como tal y su prestación por los trabajadores, de tal modo que la limitación temporal o continuidad de la contratación de éste no van a depender de aquél, sino de un elemento jurídico, el contrato entre la administración y la empresa empleadora. Habrá, así, empleo temporal artificial, para una actividad permanente de la administración, cuya duración se limita como consecuencia de una decisión de la propia entidad pública. Se produce una clara descausalización de la contratación temporal en estos casos, y un ataque directo a la estabilidad en el empleo⁵⁶. A la vez que se genera una diferencia de trato no justificada según el modelo de prestación del servicio público que se utilice: en el caso de prestación directa la contratación temporal exige una causalidad, que será la determinación en el tiempo del trabajo a realizar; mientras que en la indirecta esta causa se presume *iuris et de iure*, al convertirse el contrato de prestación de servicios en un elemento causal suficiente y perenne.

Hay que mencionar también aquí el impacto de la jurisprudencia sobre transmisión de empresas en los supuestos de finalización de contrata. Los tribunales laborales no consideran que se produzca una sucesión de empresa del artículo 44 ET de manera automática en estos supuestos, sino que exige un soporte material, la transmisión de una organización productiva en funcionamiento, incluyendo elementos materiales e inmateriales. Para esta jurisprudencia la sucesión de la contrata no sería más que el negocio jurídico que puede, o no, producir el efecto de que se transmita una empresa o unidad productiva. El resultado de que esta interpretación se haya extendido al régimen de los cambios de adjudicatarios en los supuestos de gestión indirecta de servicios ha sido la elaboración de una jurisprudencia bastante consolidada que considera que no en todos los casos se va a producir una sucesión de empresas, impidiendo el efecto de estabilización en el empleo que supone la aplicación del mecanismo de la subrogación empresarial⁵⁷.

El abuso de la contratación temporal no es el único factor que afecta a la estabilidad en el empleo. Incluso cuando se genera empleo permanente éste queda sometido a una amenaza constante de despido, si se produce la terminación del encargo por parte de la Administración Pública, de tal modo que la externalización introduce una nueva causa artificial tanto para justificar la temporalidad del contrato como para causar su terminación.

Esta forma de organizar la prestación de los servicios públicos produce otros efectos negativos para los trabajadores. El empleador que contrata a estas personas pasa de ser uno público a otro privado, muchas veces de menores dimensiones, peor desde la perspectiva de sus trabajadores. Esto se produce la pérdida del convenio colectivo aplicable al servicio, de haberse prestado éste directamente. Las condiciones laborales que aplicará a sus empleados serán las propias de su sector, por lo general peores de las previstas en el convenio de la administración para la que se trabaja⁵⁸. Se puede producir también la disolución del empleador propia de algunas formas extremas de descentralización productiva. Al estar asignados a contratos concretos, muchas veces en las instalaciones de la Administración contratante, la plantilla de la entidad empleadora se fragmenta artificialmente; se genera una situación de separación y aislamiento de estos empleados respecto del resto personas que trabajan en éstas, que forman parte de su plantilla; se complica el ejercicio de los poderes empresariales y se diluyen las responsabilidades laborales. Se llega en muchos casos a la cesión de trabajadores, o se acude a la creación de uniones temporales de empresas para obtener y desarrollar el concurso.

⁵⁶ D. MONTOYA MEDIA, *ibídem*.

⁵⁷ La fórmula fue acuñada por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993: “*ni la contrata si la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a efectos del artículo 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”. Esta doctrina es claramente deudora de la previamente acuñada para la sucesión de contrata en el sector privado, aplicándose *mutatis mutandi* en el público para los cambios en los gestores externos de servicios y actividades públicas.

⁵⁸ En estos sectores, en los que el mercado opera sobre todo a través de concursos públicos, el dumping social es una realidad, favorecida tanto por la legislación de contratación pública como por el Derecho del Trabajo reformado.

En general se produce una precarización de las condiciones de trabajo de este personal en aspectos salariales, jornada, y carga de trabajo⁵⁹. Esta pérdida de calidad en el desarrollo del trabajo supone el incremento de la siniestralidad, tanto por la mayor carga de trabajo como por la menor inversión en prevención de riesgos laborales, y un mayor impacto de los riesgos psicosociales, al haber cargas de trabajo mayores, más presión por parte de la empresa y un interés exclusivo de ésta en lograr sus objetivos al menor coste posible. De la misma manera, la privatización perjudica la protección colectiva de estos trabajadores: van a quedar excluidos del ámbito de representación de los órganos constituidos en la administración; por la forma en que prestan sus servicios las posibilidades de que sean efectivamente representados mediante algunos de estos órganos en la empresa adjudicataria son mucho menores.

El resultado es una carrera profesional de escasa calidad, irregular y discontinua, encadenando contratos a término sucesivos o cambiando de empleador continuamente, con bajas retribuciones y malas condiciones de trabajo, e impidiéndose la generación de antigüedad en el puesto de trabajo y la promoción profesional⁶⁰.

5. LA REVISIÓN EUROPEA DE LA PRÁCTICA ESPAÑOLA

El legislador laboral español se encuentra en una coyuntura difícil. Existen, de un lado, importantes presiones para intervenir en nuestro Derecho del Trabajo, que es considerado insatisfactorio desde prácticamente todas las visiones de las relaciones laborales, achacándoles unos una flexibilidad insuficiente, y otros un déficit de protección a los ciudadanos. Pero a la vez en su tarea se ve cada vez más constreñido por unos compromisos internacionales que diseñan a veces un marco normativo dentro del cual debe operar; y otras veces constituyen presiones para actuar en uno u otro sentido. El resultado es que ha visto acotada su capacidad de actuación, encontrándose cada vez más con más frecuencia con límites externos que le impiden avanzar en su regulación. Este efecto se ha notado especialmente a partir de las reformas de la crisis financiera mundial, que han llegado hasta el límite de la capacidad del Derecho del Trabajo de ser cambiado sin vulnerar sus compromisos internacionales.

Este test externo de validez de nuestra legislación laboral lo ha sido, en el caso que nos ocupa, la Directiva de contratos de duración determinada. Esta norma está sirviendo para evaluar nuestro Derecho, particularmente en el caso de la materia que nos ocupa, la contratación temporal en el sector público; está poniendo de manifiesto una situación insatisfactoria y preocupante; y debe servir de oportunidad para cambiarla, como veremos.

5.1. La Directiva 1999/70/CE

En el caso que nos ocupa, la norma a considerar es la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada de la CES, la UNICE y el CEEP. Es una norma sobre trabajo atípico, una materia respecto de la cual las instituciones comunitarias han desarrollado una línea de intervenciones armonizadoras que se ha traducido, tras más de treinta años, en un número de directivas sobre contratos de duración determinada y a tiempo parcial, y sobre empresas de trabajo temporal⁶¹. El trabajo atípico fue una de las primeras líneas de actuación de las instituciones comunitarias en el campo de la armonización de los ordenamientos laborales nacionales⁶². La imposibilidad de avanzar

⁵⁹ En extenso A. BAYLOS GRAU, "Privatización y externalización de servicios en la contratación pública y problemática laboral", en el Blog *Según Antonio Baylos*, accesible en <http://baylos.blogspot.com.es/2016/04/privatizacion-y-externalizacion-de.html>.

⁶⁰ Me permito remitirme a mi trabajo M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", monográfico sobre esta cuestión, *Temas Laborales*, n°35, 2016, pg 111.

⁶¹ La misma idea de "trabajo atípico" es una elaboración de las instituciones europeas, que lo definen como las distintas "formas de empleo diferentes al contrato de trabajo de duración indefinida y por tiempo completo".

⁶² Ya aparecía mencionado en el Primer Programa de Acción Social de 1974. En 1982 se elaboró una propuesta de directiva sobre el trabajo temporal, incluyendo tanto el trabajo en misión como los contratos de duración de-

esta tarea llevó a la Comisión Europea a cambiar de estrategia, acudiendo a los nuevos procedimientos de regulación introducidos en el Derecho Europeo a partir del Tratado de Maastricht, la combinación entre Acuerdos Europeos y directivas de aplicación. De ahí que finalmente se llegara un pacto entre los interlocutores sociales europeos, que al amparo de los artículos 136 a 139 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea solicitaron su apoyo mediante una decisión del Consejo a propuesta de la Comisión. Éste aprobó una directiva cuyo objeto era el de *“aplicar el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada”*, que aparece como anexo de ésta y que se aplica con los mismos efectos de la norma comunitaria que lo contiene⁶³.

Este acuerdo sustituye a las previas propuestas que no llegaron a ser aprobadas por no encontrar apoyos suficientes en el Consejo de Ministros, en el que en esos años se exigía la unanimidad. Esto explica la relativa falta de ambición y alcance jurídico de sus disposiciones, como que no entrara a armonizar los dos aspectos fundamentales de la regulación de los contratos de duración determinada desde la perspectiva española tradicional: la causalidad y su duración máxima. Ambos aspectos quedaban al arbitrio de los Estados miembros. Sin embargo, las interpretaciones elaboradas por el TJUE desde su entrada en vigor han corregido en gran medida esta debilidad originaria, dándole a la directiva unos efectos no previsibles en el momento de su aprobación.

Un factor que ha tenido mucho impacto en los desarrollos posteriores ha sido el carácter general del Acuerdo, que se aplica a los contratos de duración determinada como categoría, a todos ellos, con abstracción de sus posibles particularidades. Así, su ámbito de aplicación (cláusula 2) incluye 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”*. Por *“trabajador con contrato de duración determinada”* hay que entender (cláusula 3) a la persona *“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”*.

Sólo se prevé su posible inaplicación, decidida por los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje; y a los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos. Lo más significativo es que esta norma es muy poco sensible a las particularidades del sector público, para el que no se llega a establecer un régimen especial, quedando sometido al conjunto del clausulado del Acuerdo⁶⁴. El resultado de ello ha sido que una parte

terminada; la propuesta se modificó en 1984, sin llegar a ser aprobada. En 1990 la Comisión presentó tres proposiciones de directiva sobre diversos aspectos del trabajo atípico, de aplicación tanto al trabajo temporal como a los contratos a tiempo parcial. De éstas se aprobó sólo una, dando lugar a la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991 por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. ⁶³ Este acuerdo debe ponerse en relación con otro anterior, de 1997, con el que comparte naturaleza jurídica, objeto y antecedente. Se trata del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial firmado por las patronales europeas UNICE y CEEP y la confederación sindical CES el 6 de junio de 1997, que fue implementado por la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Éste trata también de una modalidad de trabajo atípico, y de la misma manera viene a culminar una serie de propuestas de directiva que no llegaron a ser aprobadas en las décadas anteriores. Tiene la misma naturaleza de *“directiva acordada”*, al amparo de lo previsto por el entonces vigente Protocolo 14 del Tratado de Maastricht, que preveía la posibilidad de que el Consejo aprobara una norma comunitaria para dar cumplimiento a lo pactado por los interlocutores sociales.

⁶⁴ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, *“La Directiva 1999/70/CE y el empleo temporal en nuestras Administraciones Públicas”*, original presentado en las X Jornadas Universitarias de Empleo Público, Escuela de Administración Pública de Cataluña, dirigidas por la profesora M. J. FEIJOO REY en 2016.

importante de la actividad del TJUE facilitando su interpretación lo ha sido respecto de regulaciones y prácticas específicas de empleadores públicos⁶⁵.

En el Preámbulo las partes firmantes reconocen que *“los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores”*; así como que los de duración determinada *“responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores”*. Se observa el equilibrio entre las pretensiones de sindicatos y patronales, ya que aunque se indica cierta preferencia por el empleo fijo no se llega a limitar claramente a los temporales. Los tribunales sin embargo han interpretado esta referencia de otra manera, utilizándola para apoyar una verdadera preferencia legislativa por el empleo indefinido; y para exigir la causalidad en los contratos temporales, sobre la base de que se señala su idoneidad *“en ciertas circunstancias”*.

En su contenido normativo destacan dos previsiones. La primera es el principio de no discriminación, que aparece previsto en cláusula 4, que dice afirma que *“por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*, previendo, como excepción, que *“cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis”*. Este principio es similar a uno recogido en el Acuerdo Marco Europeo sobre trabajo a tiempo parcial, lo que explica la referencia a la aplicación del principio *pro rata temporis*, que tiene más sentido para esta forma de empleo. Y ha demostrado ser fundamental para el desarrollo de jurisprudencia unioneuropea, porque contiene algunos elementos que explican el vigor con que los tribunales la han aplicado: su denominación, que se refiere a un principio de *“no discriminación”*, utilizando la misma terminología que encontramos en otras normas comunitarias referidas al sexo o la raza (lo mismo ocurre en el otro Acuerdo); y la utilización de un concepto tan indeterminado como el de *“condiciones de trabajo”* para definir el alcance de la igualdad de trato que se garantiza a estos trabajadores. Ambos aspectos están en la base de la jurisprudencia que luego se verá. Para aplicar el principio de no discriminación el Acuerdo acude a la técnica del *“trabajador comparable”* (también previsto para el trabajo a tiempo parcial) definiendo a éste en su cláusula 3 como *“un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, 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”*.

La segunda previsión fundamental del Acuerdo es la obligación de los Estados miembros de adoptar en sus ordenamientos internos medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos de duración determinada, contenida en su cláusula 5. También ha sido aplicado por el TJUE en numerosas ocasiones, cuestionando la legitimidad de legislaciones nacionales excesivamente permisivas con el recurso a esta forma de empleo; legislaciones que han incluido a la española, como era previsible.

5.2. El Tribunal de Justicia y el sector público español

Desde septiembre de 2016 se ha prestado mucha atención a tres sentencias del TJUE, todas sobre sector público y todas considerando que la legislación española era contraria a la directiva⁶⁶.

⁶⁵ Entre otros, L. OCAÑA ESCOLAR, “La doctrina del TJUE sobre la Directiva 1999/70 y el colectivo de empleados públicos”, *Temas Laborales*, nº 118, 2013, pg. 203”.

⁶⁶ Estas sentencias han dado lugar a una producción científica importante. Se ha publicado un a primera monografía sobre éstas, de C.H. PRECIADO DOMENECH, *“La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos DE DIEGO PORRAS, PÉREZ LÓPEZ y MARTÍNEZ ANDRÉS”*, BOMARZO, Albacete, 2016. Un temprano estudio es el de M. N. MORENO VIDA, “La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de “situaciones comparables” y de “razones objetivas””, *Trabajo y derecho*, Nº. 21, 2016, pg. 15. Es también recomendable el de F. SALINAS MOLINA, “La resurrección de la Directiva 1999/70/ce del Consejo de 28 de junio de 1999”, *IUSLabor* 3/2016.

Esto ha llevado al estudio de las líneas jurisprudenciales iniciadas por éstas. Lo cual debe ser completado, no obstante su interés, con el análisis de los pronunciamientos anteriores si lo que se pretende es tener una visión completa del impacto de esta Directiva en nuestro Derecho⁶⁷.

Se trata de una norma unioneuropea que ha dado lugar a un volumen de pronunciamientos muy elevado⁶⁸. Según datos del propio TJUE, hay casi 60 sentencias y autos de este tribunal resolviendo cuestiones judiciales presentadas por órganos jurisdiccionales nacionales respecto de la interpretación de la directiva. Es llamativo cómo el ritmo de producción de sentencias se ha acelerado considerablemente con el tiempo, de tal modo que en la primera década de vigencia de la directiva (1999-2009) se dictaron 10 sentencias y autos, mientras que en los siete años posteriores (2010-2016) lo fueron casi cincuenta. Esto puede explicarse por varios factores: uno es el “efecto bola de nieve” de la jurisprudencia, que supone que la existencia de fallos interpretando la directiva sirve a los tribunales de soporte para el planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales; otro es el “efecto llamada” que se produce cuando los órganos jurisdiccionales comprueban que otros similares están acudiendo al TJUE; cabe pensar, finalmente, que han sido algunas de las reformas laborales producidas en los Estados miembros en el contexto de la crisis financiera mundial las que han dado lugar a cuestiones prejudiciales sobre la Directiva 1999/70/CE, en cuanto muchas de ellas han introducido regulaciones más flexibles de los contratos de duración determinada.

Una de las principales características de esta producción jurisprudencial es la gran atención a los problemas de la contratación temporal en el sector público. De esta sesentena de fallos sólo 5 se han dictado en relación con supuestos de hecho en los que la entidad empleadora era privada; el resto se produjeron respecto de personal del sector público, en la mayoría de los casos valorando la adecuación de normativas específicas de éste en los respectivos Estados miembros.

Nuestro país tiene un papel muy destacado en esta construcción jurisprudencial. Del total de 60 fallos analizados 17 han sido dictados resolviendo cuestiones jurisprudenciales planteadas por tribunales españoles; un número similar al que se ha producido respecto de Italia (16), Estado cuya legislación comparte algunas de las reglas que encontramos en España, por lo que la doctrina nos resulta plenamente aplicable; otro Estado que ha generado mucha litigiosidad de este tipo ha sido Grecia (8), mientras que el resto de Estados miembros afectados (Alemania, Austria, Luxemburgo, Polonia, Francia, Bulgaria) tiene una presencia mucho menor. De estos 17, 9 han sido sentencias, y 8 autos.

⁶⁷ Esto es precisamente lo que hace A.V. SEMPERE NAVARRO en su muy recomendable trabajo “Texto y contexto de la STJUE sobre indemnización en contratos de interinidad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 189, 2016.

⁶⁸ Un buen estudio, reciente y actualizado, es el de M.N. MORENO VIDA, “La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas laborales*, Nº 130, 2015, pg.195. Un estudio pionero, muy completo, fue el de M.E. CASTELLANO BURGUILLO & M.L. PÉREZ GUERRERO, “El contrato de duración determinada en la jurisprudencia comunitaria”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2008, pg. 245.

PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE SOBRE LA DIRECTIVA 1999/70/CE Y EL DERECHO ESPAÑOL					
Tipo de Resolución	Asunto	Fecha	Nombre	Actividad	Tipo de Personal
Sentencia	C-307/05	13.09.2007	DEL CERRO ALONSO	Sanidad	Estatutario
Auto	C-389/09	20.01.2010	SAENZ MORALES	Administración	Funcionario
Sentencia	C-444/09	22.12.2010	GAVIEIRO GAVIEIRO	Enseñanza	Funcionario
Sentencia	C-177/10	08.09.2011	ROSADO SANTANA	Justicia	Funcionario
Auto	C-230/10	03.02.2011	SAENZ MORALES	Administración	Funcionario
Auto	C-272/11	18.03.2011	MONTOYA MEDINA	Enseñanza	Laboral
Auto	C-57/10	9.03.2011	GÓMEZ CUETO	Administración	Funcionario
Auto	C-556/11	09.02.2012	LORENZO MARTINEZ	Enseñanza	Funcionario
Auto	C-178/12	07.03.2012	RIVAS MONTES	Enseñanza	Laboral
Sentencia	C-190/13	13.03.2014	MARQUEZ SAMOHANO	Enseñanza	Laboral
Auto	C-86/14	11.12.2014	LEON MEDIALDEA	Local	Laboral
Sentencia	C-177/14	9.01.2015	REGOJO DANS	Consejo de Estado	Funcionario
Sentencia	C-184/15 y C-197/15	14.09.2016	MARTINEZ ANDRES	Sanidad /local	Estatutario
Sentencia		14.09.2016	PEREZ LÓPEZ	Sanidad	Estatutario
Sentencia	C-594/14	14.09.2016	DE DIEGO PORRAS	Defensa	Funcionario
Auto	C-631/15	21.09.2016	ALVAREZ SANTIRSO	Enseñanza	Funcionario

Sólo una de éstas 17 sentencias y autos “españoles” se presentó en el marco de un litigio entre sujetos privados (NISTTAHUZ POCLAVA), mientras que en los demás el empleador era público. Hay que señalar que algunas de las cuestiones prejudiciales sobre empleadores públicas no fueron admitidas por no cumplirse los requisitos previstos en la legislación europea (SAENZ MORALES). Otras se archivaron por haberse resuelto la misma consulta en fallos anteriores (SAENZ MORALES II). En alguna ocasión el TJUE se declaró incompetente, por tratarse de un supuesto de presunta discriminación entre distintas categorías de trabajadores temporales (RIVAS MONTES) o por tratarse de un trabajador fijo, aunque empleado a través de un contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores (NISTTAHUZ POCLAVA). En algún caso, finalmente, se admitió alguna de las cuestiones prejudiciales, y se rechazaron otras (VÁZQUEZ SAMOHANO, ALVAREZ SANTIRSO).

Entre estos empleadores encontramos una gran variedad: consejerías autonómicas, servicios sanitarios, centros educativos, universidades... Los sectores de actividad también han sido heterogéneos: enseñanza, sanidad, justicia, administración general... Esto es coherente con lo que ocurre en el conjunto de la jurisprudencia de la directiva, en la que encontramos todo tipo de entidades y actividades.

En algunas de las sentencias va a valorarse la adecuación a la Directiva de normas sectoriales que regulan la contratación temporal en algunos sectores, como la legislación universitaria

o el régimen estatutario del personal sanitario; en otras, es la particular aplicación de la normativa general en estas entidades la que va a ser objeto de análisis; hay otras, finalmente, en las que se analiza la propia validez de esta normativa general, que se aplica sin diferencias para todo el mercado de trabajo. Junto a esto se ha producido el análisis de determinadas construcciones jurisprudenciales elaboradas en la aplicación de esta directiva, como ha ocurrido con la figura de los trabajadores indefinidos no fijos del sector público. Esto pone de manifiesto una realidad: que nuestro Derecho contiene numerosas especialidades en materia de contratación pública de profesionales, dibujando un panorama menos homogéneo de lo que generalmente se piensa.

Este importante volumen judicial supone que el TJUE ha tenido ocasión de analizar muchos aspectos de nuestra regulación en esta materia, desarrollando una verdadera revisión completa de ésta. Al hacer esto ha descubierto numerosas diferencias de trato para los empleados temporales en este sector. Esto incluso en el ámbito del personal laboral, en el que en teoría se produce la aplicación de la misma normativa que en el privado, por la práctica administrativa o por interpretación jurisprudencial. El juicio del TJUE sobre la mayoría de estas peculiaridades no ha sido positivo. Sólo en un supuesto el TJUE ha dado una respuesta completamente favorable para la legislación española a una cuestión prejudicial (declarando que no se opone a la directiva), y esto con muchas reservas, sometido al escrutinio del juez nacional (MÁRQUEZ SAMOHANO); hay otros fallos que fallan declarando incompatibilidad de la norma española en algunos extremos, y compatibilidad en otros.

En su tarea el TJUE se ha ocupado sobre todo de la valoración de diferencias de trato entre empleados temporales públicos y sus equivalentes fijos, aplicando la Cláusula 4.1 del Acuerdo Europeo. Como consecuencia de ello ha tenido que fijar su doctrina en algunas cuestiones esenciales, y así:

- Se han valorado las razones objetivas que justifican la diferencia de trato, que eran alegadas por las entidades empleadoras para apoyar la legitimidad de las medidas diferenciadas. No se ha considerado suficiente, en este sentido, que la diferencia de trato esté prevista por una norma nacional general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo (DEL CERRO ALONSO, GAVIEIRO GAVIEIRO, IGLESIAS TORRES); la mera naturaleza temporal de la relación de servicio del personal (DE DIEGO PORRAS); o la inexistencia de una disposición legal que reconozca expresamente un derecho a los temporales, que sí se prevé para los indefinidos (LORENZO MARTÍNEZ, DE DIEGO PORRAS).
- Se ha exigido, por el contrario, que se acrediten razones vinculada con 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 social por parte de un Estado miembro (DEL CERRO ALONSO, GAVIEIRO GAVIEIRO). El nivel de exigencia es elevado, de tal modo que una desigualdad de trato sólo puede estar justificada por 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 arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto (DE DIEGO PORRAS).
- Se ha delimitado el concepto de “condición de trabajo” sobre el actúa la garantía de la igualdad de trato de los trabajadores fijos y temporales, incluyendo elementos tales como complementos retributivos, acceso a evaluación, requisitos de antigüedad para acceder al empleo o, últimamente, indemnización por extinción de contrato.
- También se ha desarrollado el concepto de trabajador comparable (MONTROYA MEDINA, DE DIEGO PORRAS), valorando las situaciones en las que cabía esta comparación.

Mientras se valoraban estas regulaciones nacionales el TJUE ha tenido ocasión de declarar que el principio de no discriminación es incondicional y suficientemente preciso para ser invocada por un empleado público frente a su entidad empleadora (GAVIEIRO GAVIEIRO); y que

por expresar un principio de Derecho social de la Unión no puede ser interpretado de manera restrictiva (LORENZO MARTINEZ, DEL CERRO ALONSO). Esto ha tenido bastante impacto en la aplicación judicial de la Directiva, especialmente por los órganos jurisdiccionales españoles.

Menor atención ha recibido la otra disposición fundamental en el régimen que establece la directiva, la cláusula 5 del Acuerdo Europeo, que como es sabido se refiere a los mecanismos para evitar abusos en la contratación temporal. Sólo en 4 ocasiones el TJUE se ha pronunciado sobre esta cuestión respecto del Derecho español (MARTINEZ ANDRES, MARQUES SAMOHANO, GÓMEZ CUETO, PÉREZ LÓPEZ). En éstas el tribunal ha manifestado un juicio muy crítico del ordenamiento español, por considerar que permite con toda laxitud la contratación de personal interino en algunas administraciones. En sus sentencias se afirma que dos figuras muy corrientes en nuestro sector público, los contratos eventuales que se celebran para cubrir necesidades permanentes, y los contratos de interinidad que se celebran para cubrir un puesto fijo de plantilla, carecen de una justificación objetiva que respalde la temporalidad, cubriendo necesidades permanentes y estables con contratación temporal. La normativa española que lo permite eterniza la precariedad laboral sin que exista una razón objetiva que lo justifique, por lo que va en contra de lo establecido en el Acuerdo Marco Europeo.

También ha valorado el reconocimiento de los trabajadores temporales públicos como indefinidos no fijos desde su objetivo de ser una medida nacional destinada a evitar la utilización abusiva, concluyendo se trata de *“una medida eficaz contra el abuso resultante de la utilización de sucesivos contratos de duración determinada en lo que respecta a los empleados públicos sujetos al Derecho laboral”* (MARTÍNEZ ANDRÉS). De manera coherente ha entendido que su no aplicación en el caso del personal funcionario y estatutario contravenía lo dispuesto por la Directiva, al dejar a éste huérfano de medidas de protección frente a los abusos.

Tantos asuntos han dado oportunidad al TJUE de comprobar las distintas situaciones de nuestro empleo público, incluyendo funcionarios, personal estatutario y personal laboral. Respecto de todos éstos se ha considerado aplicable la directiva, de acuerdo con un concepto de trabajador cada vez más comunitario.

Entre las materias cuestionadas por los tribunales españoles destaca todo lo relacionado con el régimen retributivo de este personal. En el sector público los sistemas de retribución han incluido tradicionalmente determinados elementos relacionados con la antigüedad; y otros vinculados a evaluaciones periódicas del rendimiento y de las competencias profesionales del empleado. Esta jurisprudencia unioneuropea ha descubierto cómo se perjudicaba a los temporales de diversas maneras: o no se les reconocían los períodos de empleo cubiertos con contratos de duración determinada; o bien se les negaba el acceso a determinadas evaluaciones y complementos si no se tenía la condición de indefinido. El TJUE ha sido sumamente crítico con estas medidas, por entender que no existía una justificación objetiva sobre la que basar su legitimidad, en los términos de la cláusula 4 del Acuerdo Marco. Así, ha considerado contraria a la directiva la negativa a reconocer determinados complementos retributivos al personal estatutario interino (DEL CERRO ALONSO), a funcionarios interinos (REGOJO DANS, GAVIEIRO GAVIEIRO, ALVAREZ SANTIRSO) y a personal laboral (MONTROYA MEDINA).

Para el TJUE estos complementos retributivos vinculados a la antigüedad son verdaderas condiciones de trabajo, y por lo tanto se incluyen dentro del ámbito de aplicación del apartado 1º de la cláusula 4 del Acuerdo Marco, donde se reconoce la regla general de igualdad de trato. El mismo juicio han merecido otros complementos salariales vinculados con la productividad, de cuya evaluación (y por tanto eventual reconocimiento) se excluía a aquéllos empleados que no hubieran accedido a la condición de funcionario de carrera (ALVAREZ SANTIRSO, LORENZO MARTÍNEZ).

Respecto de la valoración de los períodos de servicio desarrollados mediante contrataciones a término, el TJUE ha analizado convocatorias de concursos públicos en los que no se consi-

deraban como mérito el tiempo de servicios desempeñados con la condición de funcionario interino (ROSADO SANTANA), considerándolas contrarias a la directiva.

En su estudio de las cuestiones planteadas por los tribunales españoles el de la Unión ha tenido la oportunidad de pronunciarse también sobre determinadas cuestiones procesales internas, como la limitación del plazo para recurrir una decisión de la administración empleadora si se va a alegar como fundamento jurídico la Directiva (ROSADO SANTANA); o la necesidad de ejercitar una nueva acción para fijar la sanción adecuada en caso de abuso en el encadenamiento de contratos, una vez que ésta se ha declarado por un tribunal (MARTÍNEZ ANDRÉS).

El aspecto que más impacto ha tenido ha sido el relativo a la indemnización por extinción de contrato, calificado como condición de trabajo a los efectos de la Cláusula 4 del Acuerdo Europeo. De esto se ocupó la sentencia de 14 de septiembre de 2016 en el celeberrimo asunto C 596/14, DE DIEGO PORRAS. La consecuencia ha sido el reconocimiento del derecho a una indemnización de los trabajadores temporales en caso de extinción del contrato, en términos similares a los trabajadores indefinidos comparables. El TJUE dictó esta sentencia respecto de una persona empleada con un contrato de interinidad en una administración pública. Los tribunales nacionales han extendido sus efectos, en una saga bien conocida⁶⁹, a todo tipo de empleados temporales (incluyendo a los indefinidos no fijos, que lo son desde el punto de vista de la Directiva), y también, aunque con algunas reservas, a empleadores privados⁷⁰. Estos mismos tribunales, en su mayoría TSJ y algún Juzgado de lo Social, se ocuparon igualmente de definir algunas cuestiones que el TJUE había dejado sin fijar, como la cuantía de la indemnización, que ha sido equiparada de manera unánime a la del despido objetivo precedente.

Debe destacarse que el TJUE ha afirmado la aplicación de la directiva a los trabajadores indefinidos no fijos, que son considerados a estos efectos como temporales (LEON MEDIALDEA). Desde otro punto de vista, el mismo tribunal ha estimado que esta figura supone una medida adecuada para evitar los abusos en la contratación de duración determinada, en los términos indicados por el artículo 5 del Acuerdo Europeo (MARTÍNEZ ANDRÉS); no sólo se reconoce su validez, sino que se insinúa que debiera aplicarse más allá de su ámbito personal actual, los empleados laborales del sector público, para alcanzar también al personal con relaciones administrativas.

El TJUE no es insensible a las particularidades del empleo público, sino que en ciertas circunstancias admite que el Derecho nacional prevea diferencias en las condiciones laborales de determinados colectivos laborales, como en el caso de los trabajadores asociados, con muchas reservas (VAZQUEZ SAMOHANO). De la misma manera ha entendido que la Directiva no se opone a que una normativa nacional prevea distintas consecuencias en caso de abuso en la contratación a término según el empleador sea público o privado (MARTÍNEZ ANDRÉS).

Tampoco pretende el tribunal europeo tener demasiado protagonismo, sino que reconoce a los órganos jurisdiccionales nacionales la competencia de valorar determinados extremos de su legislación nacional, para comprobar si suponen un cumplimiento adecuado de la directiva. Así, le corresponde al tribunal remitente pronunciarse si la persona demandante se halla o no

⁶⁹ La “saga DE DIEGO PORRAS”, según el profesor ROJO TORRECILLA, cuyo blog. “El Blog de Eduardo Rojo” se ha convertido en un canal fundamental para conocer toda esta jurisprudencia, de la misma manera que resulta imprescindible para estar al día de lo que acontece en nuestro Derecho del Trabajo. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

⁷⁰ Un sugerente y completo estudio en C. MOLINA NAVARRETE, “El empleo temporal en el laberinto judicial: desenmarañado el enredo”, Sepin, Madrid, 2016, que, salvo error u omisión, es la primera monografía publicada en España sobre esta saga. Una fuente imprescindible de información para poder analizar esta saga en I. BELTRÁN DE HEREDIA, “Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina “de Diego Porras”, en su blog “Una mirada crítica a las relaciones laborales”, accesible en <http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>.

en situación comparable a la del trabajador fijo correspondiente según el tipo de posición ocupada (funcionario de carrera en el caso de funcionario interino) (ROSADO SANTANA); determinar la indemnización que corresponde para que ésta sea una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos (LEON MEDIALDEA); o apreciar si las alegaciones formuladas por la entidad empleadora sobre la justificación de la diferencia de trato constituyen razones objetivas suficientes para justificar un tratamiento normativo diferenciado.

Se desprende del estudio de las sentencias, especialmente de la descripción que hacen de los litigios principales en cuyo marco se plantean las cuestiones prejudiciales, que los recurrentes conocen la Directiva y la utilizan de forma recurrente como base para sus pretensiones. Podríamos englobarla, por ello, dentro de un grupo de normas armonizadores de manejo generalizado por los operadores jurídicos españoles, dentro del que se encuentran la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos; la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre transmisión de empresas; o las distintas Directivas sobre igualdad y no discriminación. Esta utilización se está viendo incrementada, lógicamente, tras las sentencias de septiembre de 2016.

Del análisis de toda esta saga judicial se detecta una clara tendencia expansiva, que puede explicarse por múltiples razones. Puede hablarse de cierto activismo del TJUE, que se nota especialmente en los casos vinculados con el empleo público en España. Le ayuda el hecho de que la directiva tiene un campo de aplicación muy amplio, pues incluye (por no excluir) tanto al sector privado como al público, y dentro de éste (por no distinguir) a cualquier tipo de empleado. Utiliza, además, conceptos omnicomprendivos como el de “condiciones de trabajo”, que ha resultado ser decisivo en el desarrollo de esta jurisprudencia; como la ha sido también la limitación por el TJUE de la posible justificación de las diferencias de trato que permite la cláusula 4 del Acuerdo.

El número de pronunciamientos críticos con el Derecho español puso de manifiesto un incumplimiento sistemático de la Directiva por nuestro país, lo que se tradujo en el inicio de un procedimiento de incumplimiento por parte de la Comisión Europea. Ésta hizo llegar al Gobierno español una carta de emplazamiento, dentro del proceso de infracción nº 2012/4224, en la que le llamaba la atención sobre la aplicación en España de la cláusula 4 del Acuerdo marco “*en el contexto de los funcionarios con contrato de duración determinada o interinos en el sector público*”. En ésta se identificaban los problemas en dos ámbitos: la existencia de diferencias objetivas entre el personal; y la existencia de razones objetivas que las justificaran⁷¹.

De estos datos cabe deducir varias consecuencias: la primera, que España destacaba en sus incumplimientos de esta norma union europea, especialmente en el sector público; esto dio lugar a una cierta actitud escéptica del TJUE respecto de nuestra legislación y práctica, ya que llegaban a su conocimiento situaciones en las que los trabajadores temporales eran parte de relaciones de muy larga duración, y se veían privados de algunos derechos reconocidos al personal indefinido. No es descabellado pensar que había una cierta predisposición en contra de nuestros empleadores públicos cuando se juzgan los asuntos que dieron lugar a las famosas sentencias de 14 de septiembre de 2016. La segunda, que estos tres fallos no debieron sorprender a nadie, puesto que en la mayoría de los casos son la continuación lógica de pronunciamientos anteriores, tanto respecto de España como de otros Estados miembros.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

La primera conclusión es que el fenómeno de la temporalidad es radicalmente diferente en el sector público y en el privado. Ambos se mueven en contextos organizativos y normativos distintos, y uno y otro caso responden a sus propias causas. Coincidiendo algunas de éstas, un

⁷¹ Infracción nº 2014/4224. C(2015)1865 final, de 26 de marzo de 2015.

análisis de los diferentes supuestos previstos para este sector lleva a concluir que con estas modalidades de contratación se persiguen objetivos que van mucho más allá de la cobertura de necesidades temporales de mano de obra. Constituyen, por el contrario, un instrumento fundamental en su política de recursos humanos, que se basa todavía en un modelo de flexibilidad externa y de diseño de carreras basada en el acceso mediante contratos de duración determinada. Para poder reducir estas bolsas de temporalidad se hace necesario un cambio en profundidad de este modelo, rediseñando la carrera de algunas profesiones, especialmente las relacionadas con la ciencia y la educación. De la misma manera hay que potenciar el uso de los instrumentos de flexibilidad disponibles: movilidad interna, bolsas de interinos, promociones internas...

Un factor importante para explicar el volumen de trabajo temporal en este sector es la ineficacia de los procesos de selección y acceso al empleo público, que generan bolsas de interinidad sin parangón en las empresas privadas. De ahí que resulte fundamental replantearse estos mecanismos y sobre todo su puesta en práctica, para asegurar una cobertura fluida e inmediata de los puestos disponibles. Esta situación no podrá cambiar en tanto no mejore la gestión de los procesos de contratación de personal en estas entidades. También deben revisarse los instrumentos de cobertura de los puestos vacantes, buscando formas que no generen contrataciones a término.

En esta parte del mercado de trabajo nos encontramos con un marco normativo más permisivo para la contratación a término, en todas las modalidades del empleo público. Esto se debe a que a los supuestos previstos en la legislación laboral común se añaden otros propios, tanto en la normativa general sobre funcionarios como en regulaciones especiales para actividades y administraciones concretas. Por ello si se quiere controlar el crecimiento de este trabajo de menor calidad resulta imprescindible revisar por completo el régimen jurídico de las formas de empleo temporal, para reducir los espacios de discrecionalidad, evitar discriminaciones y eliminar incentivos a su utilización generalizada.

Hay que valorar de manera conjunta e integral el impacto de las políticas públicas en la calidad del empleo, para considerar, junto al empleo temporal directo, el indirecto o inducido. A partir de aquí hay que definir medidas que permitan reducir el efecto precarizador de las distintas formas de prestación de servicios a las administraciones y de colaboración con éstas de entidades privadas, adoptando un enfoque holístico que permite atender a todos los costes y beneficios de las decisiones de externalización. En este contexto se debe señalar la relevancia de las cláusulas sociales en la contratación, y la importancia de la subrogación contractual y convencional como mecanismos para reducir la rotación del personal empleado indirectamente en el sector público.

Una parte significativa del incremento de la temporalidad se debe a la aplicación de restricciones presupuestarias que ralentizan los de por sí complicados procesos de entrada al empleo público, cuando no impiden directamente la contratación de calidad. Lógicamente, este efecto debe ser tenido en cuenta conjuntamente con los demás costes sociales de los recortes de la crisis financiera mundial, como uno de los más perjudiciales. Sin una normalización de la financiación de los servicios públicos no podrá regularizarse la situación de las personas que los prestan.

El Derecho unioneuropeo se ha convertido, de manera inesperada, en un factor de cambio fundamental para esta situación. Partiendo de un Acuerdo Marco Europeo cuyos efectos potenciales no fueron seguramente bien valorados, el Tribunal de Justicia y la Comisión Europea han repasado nuestra legislación, poniendo de manifiesto sus carencias y contradicciones, y obligándonos a revisarla de manera inmediata. Esto puede ser una buena oportunidad para comenzar a cambiar las cosas en el empleo público, y así controlar sus inaceptables e insostenibles niveles de temporalidad.