

Universidad de Sevilla  
Facultad de Derecho  
Programa de Doctorado en Derecho



Tesis Doctoral

EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
¿EXCEPCIONALIDAD O GENERALIDAD?

Doctorando: M<sup>a</sup> Aída Palencia García

Director: Prof. Dr. José Manuel Gómez Muñoz

Sevilla, España  
Febrero 2023

## AGRADECIMIENTOS

Escribir esta Tesis Doctoral ha sido un camino de perseverancia, esfuerzo y pasión, con sus altos y sus bajos, pero en el que afortunadamente no he estado sola; por ello, no podría darla por terminada sin antes hacer un ejercicio de gratitud.

En primer lugar, quiero agradecer al Prof. Dr. D. José Manuel Gómez Muñoz, director de esta Tesis, su apoyo incondicional y la confianza depositada en mí. Ha sido un privilegio poder contar con sus valiosos conocimientos, sus oportunos consejos de un elevado rigor jurídico y sus útiles comentarios sobre este trabajo de investigación. La generosa disposición a dar su tiempo demuestra su alto compromiso profesional solo comparable con su gran calidad humana.

En segundo lugar, quiero expresar mi agradecimiento a los amigos y compañeros de trabajo que han vivido conmigo la realización de esta Tesis Doctoral y que no necesito nombrar porque tanto ellos como yo sabemos que les estoy muy agradecida por el ánimo y apoyo que me han brindado.

Por último, y no por ello menos importante, quiero dar las gracias a todos y cada uno de los miembros mi familia, estoy en deuda con ellos por su cariño desinteresado y comprensión, a mi marido y, en especial, a mis hijas, Aída y Sofía, porque siento que les he robado un tiempo que era suyo.

## INDICE

### INTRODUCCIÓN

LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO DEL EMPLEADO PÚBLICO LABORAL.....	1
---	---

### CAPÍTULO PRIMERO

LA FIGURA JURÍDICA DEL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO.....	6
---	---

I. Consideraciones previas.....	6
---------------------------------	---

II. Principales hitos en la configuración del derecho de la función pública y la entrada de la perspectiva laboral en el mismo.....	8
---	---

1. Los proyectos de reforma del siglo XIX y las normas de mayor influencia en el régimen jurídico español de la función pública de comienzos del siglo XX.....	8
--	---

2. La Constitución Española de 1978 y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.....	15
--	----

3. Los intentos de remodelación de los recursos humanos de la Administración Pública en la última década del siglo XX.....	27
--	----

III. De la dispersión normativa a la ley que regulará el estatuto de los funcionarios públicos: el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 103 de la Constitución Española y la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).....	29
---	----

1. Los trabajos de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.....	29
--	----

2. El Estatuto Básico del Empleado Público como marco general.....	32
--	----

2.1. Qué esperar de una norma tan esperada.....	32
---	----

2.2. Por qué el EBEP afianza la laboralización del empleo público.....	38
--	----

## CAPITULO SEGUNDO

### LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONAL LABORAL Y EL NECESARIO ENCUADRAMIENTO DE LA NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE PERMITA ACOTAR EL ÁMBITO EN EL QUE ESTA FIGURA JURÍDICA SE DESENVUELVE..... 46

I. Reflexiones generales.....	46
II. Elementos esenciales de la definición de Administración Pública.....	46
1. El concepto de Administración Pública en la Unión Europea.....	47
2. El concepto de Administración Pública en el derecho interno español. ....	56
III. El personal laboral y la <i>especial</i> relación que le une a la Administración Pública. ....	67
1. El concepto de personal laboral. ....	67
2. El régimen jurídico plural del personal laboral al servicio de la Administración Pública y su posible consideración como relación especial de empleo público. ....	70
IV. Hacia la conceptualización unívoca de los recursos humanos en la Administración Pública: la locución «empleado público» como expresión aglutinadora.....	76
V. El comportamiento del binomio personal laboral – personal funcionario en el ámbito de las funciones: las «nada concretas» potestades administrativas. ....	84
1. La problemática delimitación del ámbito funcional según la clasificación del personal que presta servicios en la Administración Pública: un modelo por definir. ....	84
1.1. La salvaguarda de los intereses generales de la Administración y del Estado.....	89
1.2. La participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas.....	91
2. El dudoso ejercicio de potestades administrativas por los funcionarios interinos a la luz de la distinta regulación emanada del EBEP del 2007 y de la LRBRL tras su modificación en 2013. ....	109
3. Apuntes sobre una nueva teoría de la Función Pública Española. ....	120

## CAPITULO TERCERO

INTRODUCCIÓN DEL MODELO DE FLEXIBILIZACION DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS RECURSOS HUMANOS DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL PERSONAL LABORAL Y SU CONTEXTUALIZACIÓN CON LA TIPOLOGÍA DE TRABAJADOR Y LAS FORMAS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO..... 123

I. Referencia a la necesaria tarea de conjugar flexibilidad con la gestión de los recursos humanos en el ámbito de las Administraciones Públicas. .... 123

1. Flexibilidad interna de la Administración Pública en la gestión de su personal laboral..... 125

2. La flexibilidad externa de la Administración Pública..... 126

II. Incidencia de la flexibilización de los recursos humanos en los órdenes jurisdiccionales competentes en relación con el proceso de selección y una vez iniciada la relación laboral. .... 141

III. Principios rectores y procedimientos de acceso al empleo público como elementos subyacentes en la clasificación existente de personal laboral en la Administración Pública. .... 147

1. El personal laboral fijo al servicio de la Administración Pública. .... 157

2. El personal laboral temporal de la Administración Pública..... 165

2.1. Principios que rigen en los procesos de selección temporal..... 166

2.2. Sistemas de acceso al empleo público laboral temporal en la Administración. .... 168

3. El personal laboral contratado por tiempo indefinido. ¿Una figura creada por la jurisprudencia? ¿Efectiva recepción en el EBEP? ..... 175

3.1. El origen de la figura del indefinido “no fijo” o “indeterino” y la problemática de su definición. .... 179

3.2. Recorrido por la creación de la figura jurisprudencial: contradicciones, aclaraciones y matizaciones doctrinales. Una visión crítica..... 185

## CAPITULO CUARTO

### PROBLEMÁTICA EN TORNO AL PERSONAL LABORAL POR TIEMPO INDEFINIDO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y AUSENCIA DE RÉGIMEN LEGAL..... 219

I. Consideraciones previas. ....	219
II. Normas jurídicas y criterios legales a través de las cuales se organiza la figura del personal laboral por tiempo indefinido. ....	220
III. La identificación de los elementos y realidades jurídicas que forman parte del contenido de la figura del personal laboral indefinido. ....	240
1. Fraude de ley por concertar contratos temporales en los que no se acreditan las necesidades provisionales sino que responden y atienden requerimientos permanentes de la Administración Pública. ....	240
2. Concierto irregular de la contratación temporal por no respetar los principios legales de acceso al empleo público. ....	250
3. Concierto regular observando los principios establecidos para la formalización del contrato laboral temporal, tal y como exigen los artículos 14 CE y 11.3 y 55.2 EBEP, pero con extensión de estos contratos fuera de los umbrales temporales previstos en la normativa laboral ex art. 15 ET. ....	254
3.1. Las nuevas tendencias de Juzgados y Tribunales en la materia. ....	260
3.2. Nuevos matices en la doctrina del Tribunal Supremo. ....	263
4. Reversión de la gestión de servicios públicos y subrogación en la Administración Pública de personas trabajadoras que <i>prima facie</i> mantienen un contrato indefinido/fijo con su empleador al amparo del Derecho privado. ....	268
4.1. El debate doctrinal en torno a la reversión. ....	273
4.2. La opinión de la jurisprudencia que dirime el conflicto. ....	279
5. Cesión ilegal de trabajadores. ....	285

## CAPITULO V

### SOLUCIONES A LA CONFUSA CASUÍSTICA PROVOCADA POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: LA INTERVENCIÓN EUROPEA EN LA MATERIA. .... 289

I. Cuestiones preliminares. Situación estadística actual y progresión del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en España..... 289

II. El caso particular del personal laboral de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) incorporados en ejecución de sentencia en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) ¿Un exceso de judicialización ha perjudicado a este personal laboral indefinido *ab initio*?..... 295

1. Antecedentes. .... 295

2. Readmisión en *las mismas condiciones*. .... 299

3. La modificación vía jurisprudencial del vínculo laboral existente. .... 303

4. Conclusiones..... 305

III. Las sanciones al «abuso» en la contratación temporal pública de los Estados miembros y de España a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... 306

1. Ámbito de aplicación y objeto de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada. .... 307

2. Medidas destinadas a evitar la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por el Estado Español. Efectividad en la esfera de lo público..... 311

3. El concepto europeo de «abuso» y las sanciones a los excesos: ¿es una sanción suficiente y disuasoria la figura del indefinido no fijo? ¿Y la compensación económica?..... 315

3.1. Las sanciones del derecho español ante el empleo público irregular.317

3.2. Nuevos criterios judiciales nacionales como sanción al «abuso» en la contratación temporal pública española a la luz de la jurisprudencia comunitaria. .... 322

CONCLUSIONES..... 330

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	346
BIBLIOGRAFIA COMUNITARIA .....	368



# EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ¿EXCEPCIONALIDAD O GENERALIDAD?

## INTRODUCCIÓN.

### LA IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO DEL EMPLEADO PÚBLICO LABORAL.

De siempre, la ordenación de los recursos humanos se ha revelado fundamental en el diseño sostenible y eficiente de cualquier medio productivo y la planificación de los mismos constituye un factor clave en la dinámica organizativa de los sujetos empleadores. La Administración Pública, como tal, no queda al margen de esta afirmación.

Hoy en día, el capital humano está involucrado en el diseño institucional de lo público, lo que otorga a la Administración una proyección “*ad intra*”<sup>1</sup> que se manifiesta en la labor de organización de ésta con su personal, por lo que conocer los efectivos disponibles y manejar su regulación jurídica de forma que permita optimizar los recursos y hacer valer los mismos, resulta primordial para la prestación de servicios públicos, el desarrollo de actividades y el cumplimiento de sus fines al servicio de la sociedad en la que la Administración Pública se integra.

Tradicionalmente, primero, y por previsión constitucional, después, las Administraciones Públicas españolas han venido cubriendo sus necesidades de personal mediante funcionarios públicos y otro personal sujeto al régimen de Derecho Administrativo.

Sin embargo, una Administración moderna y acorde en su actuación con las exigencias del siglo XXI, debe ser capaz de abordar servicios que den

---

<sup>1</sup> Como menciona Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 93, Junio 2011, p. 13, por contraposición a la proyección *ad extra* de la Administración que se manifiesta en las relaciones con los administrados y con otras Administraciones.

cumplida respuesta a las necesidades de los administrados y que respondan a las demandas sociales, debe actuar como elemento dinamizador y contribuir a la implementación de políticas públicas que redunden en beneficio de los ciudadanos, debe conducirse como gestora de los intereses públicos y, para ello, debe contar con una estructura de personal consolidada y flexible que le permita servir *con objetividad los intereses generales* [artículo 103.1 de la Constitución Española (en adelante CE)] y ejercer sus funciones conforme a los parámetros de eficacia y eficiencia.

En este sentido, si bien como se ha dicho se presume que *la Constitución ha optado por un régimen estatutario, con carácter general, para todos los servidores públicos*<sup>2</sup>, cabe destacar la creciente importancia cuantitativa y cualitativa<sup>3</sup> que, tras numerosas vacilaciones y vaivenes jurídicos y jurisprudenciales a los que se aludirá a lo largo de este estudio, ha ido adquiriendo la figura del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Con toda lógica se afirma que el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), que se aprobó por la Ley 7/2007, de 12 de abril<sup>4</sup>, se hizo eco de esta magnitud numérica de la contratación laboral en el empleo público ya que inició *una tendencia hacia la regulación unitaria de las relaciones de empleo en la Administración*<sup>5</sup>, sin duda con la intención de ordenar los recursos humanos de las Administraciones Públicas en su conjunto en cumplimiento del

---

<sup>2</sup> Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial del ‘personal indefinido no fijo’: situación actual”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A. (coord.), y Rodríguez Muñoz, J.M. (coord.); Navarra, Aranzadi Thomson Reuters; 2015, p. 119, refiere que ello se extrae del tenor de lo dispuesto en el artículo 103.3 CE que afirma que “*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos*”; asimismo, vid. Biurun Mancisidor, G., “La dinámica del empleo público temporal y del indefinido no fijo: excedencia, ascensos, permisos, traslados y consolidación de empleo” [en línea], Actum Social, Actualidad Mementos, Monográfico 2020, vol. 155. Disponible en: <https://elderecho.com/social>

<sup>3</sup> Como recuerda Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito....”, op.cit., p. 13.

<sup>4</sup> Norma derogada por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>5</sup> Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial del ‘personal indefinido no fijo...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 121; en el mismo sentido, De Sande Pérez-Bedmar, M., “La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, Documentación Laboral, núm. 106, 2016, Vol. I, pp. 99 y 100.

objetivo de planificación contemplado en el artículo 69 del citado texto normativo<sup>6</sup> lo que, hasta la fecha, solo se había conseguido de forma poco unificada y un tanto caótica.

Con este trabajo se pretende dar una visión de cómo ha sido la evolución y cuál es la problemática actual del personal que presta servicios en la Administración Pública española sujeto al régimen jurídico del Derecho del Trabajo quince años después de que viera la luz el primer texto regulador del Estatuto del empleo público.

La peculiaridad de este estudio deriva de la circunstancia de aludir a unas personas trabajadoras vinculadas a un empleador de naturaleza pública por contrato laboral, que se encuentran *a priori* fuera de su hábitat natural que es el referido al ámbito del derecho privado, aunque sujetas al régimen jurídico propio de éste dentro de un contexto de derecho público.

Se trata del análisis de la paulatina “*incursión*” del Derecho del Trabajo en la Administración Pública que, estando ya dotada de su propio régimen estatutario, no estaba necesitada de mayor apoyo jurídico pero que, dada la presencia de personal laboral, se ve conminada a respetar la convivencia de ambos regímenes, el propio del Derecho Administrativo y el del Derecho del Trabajo, hasta tal punto que se llega incluso a hablar de cierta «laboralización» de los recursos humanos.

Asimismo, se dará una visión de la difícil posición en la que nos deja la división tripartita que de los tipos de personal laboral realiza el EBEP; división que no aparecía en el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005<sup>7</sup> ya que se limitaba a la clasificación dicotómica temporal/fijo, y que introduce la distinción entre fijo e indefinido, inexistente a la vez que inviable en derecho privado, pero

---

<sup>6</sup> En su redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.

<sup>7</sup> Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Informe, INAP, Madrid, 2005, p. 50, apartado 17, la Comisión propone la distinción de “*b) Personal laboral, ya sea fijo o temporal*”.

con el olvido de dotar a este último concepto de una definición y de un contenido jurídico propio, provocando este abandono del legislador el necesario recurso a la hermenéutica que nos proporciona la jurisprudencia nacional e, incluso, comunitaria que será objeto de análisis.

Por último, aunque igualmente importante, se hará alusión a la recurrente y siempre presente problemática de la temporalidad en las Administraciones Públicas que es desorbitada en cualquiera de sus versiones, ya como funcionarios interinos ya como laborales temporales, pero que por lo que a nuestro estudio interesa, se centrará en los segundos, en la temporalidad que fustiga al personal sujeto al Derecho del Trabajo.

Y todo ello no es baladí. No en vano, para optar a los Fondos Next Generation EU<sup>8</sup> cada Estado miembro debe diseñar, con el horizonte en el año 2023, un Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia<sup>9</sup> capaz de impulsar un proceso de transformación que aumente la productividad y el crecimiento potencial de la economía y que el Gobierno de España ha estructurado en torno a 10 políticas palanca siendo la cuarta la destinada a *una Administración para el siglo XXI*<sup>10</sup> con el fin de adaptarla a los retos de la sociedad contemporánea lo que conlleva la incorporación de modelos y técnicas de gestión del sector privado que van a tener su incidencia en los recursos humanos de nuestras Administraciones Públicas.

A estos efectos, y con la mirada puesta en Europa, el Consejo de Ministros aprobó con fecha 20 de diciembre de 2022, el Anteproyecto de Ley de Función Pública con el objeto de impulsar un modelo de recursos humanos público basado en la evaluación de competencias que permita atraer el talento

---

<sup>8</sup> Instrumento excepcional de recuperación temporal aprobado por el Consejo Europeo por un importe de 750.000 millones de euros.

<sup>9</sup> Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de abril de 2021 se aprueba el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR).

<sup>10</sup> Componente 11 (C11) sobre la modernización de las Administraciones Públicas, la reforma para la modernización y digitalización de la Administración (R1). Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/politicas-y-componentes/componente-11-modernizacion-de-las-administraciones-publicas> [Consultado el 15/09/2022]

a una Administración en proceso de adaptación con los actuales objetivos europeos alineados, a su vez, con las reformas de los países de nuestro entorno<sup>11</sup>.

Por otra parte, este cambio propuesto por el Gobierno de España descansa en cuatro ejes y, de entre ellos, el segundo será el encargado de arbitrar los mecanismos necesarios para reducir hasta el 8% la temporalidad de los empleados públicos y adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar el uso abusivo del empleo público temporal<sup>12</sup> y que en España comenzaron a tomar forma mediante la publicación de las oportunas Leyes que vieron la luz a partir de diciembre de 2021 como más adelante se verá.

Así pues, este trabajo, tras la diagnosis de las relaciones laborales que se desarrollan en el seno de la Administración, pretende aportar una modesta reflexión de cómo se dibuja el marco normativo encargado de proporcionar un régimen jurídico a los empleados públicos con contrato laboral, en un momento en el que los servicios públicos se evidencian como elementos esenciales para una sociedad en continuo proceso adaptativo y en evolución y en la que se han producido cambios vertiginosos en la gestión de lo público tras la pandemia sufrida por la COVID-19.

---

<sup>11</sup> Vid. Referencia del Consejo de Ministros <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20221220.aspx#funcionpublica> [Consultado el 17/01/2023]

<sup>12</sup> Objetivo estratégico 3 abordado por el Componente 11.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA FIGURA JURÍDICA DEL PERSONAL QUE PRESTA SERVICIOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RÉGIMEN DE LABORALIDAD. LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO.

#### I. Consideraciones previas.

La progresiva incorporación de personal en régimen laboral a las Administraciones Públicas en España<sup>13</sup> ha sido el producto de un largo caminar a través de un Derecho Administrativo plagado de reticencias y un Derecho Laboral con muy buenas intenciones pero dubitativo ante abismos insoslayables: la legítima defensa de los derechos de los trabajadores, el enfrentamiento con los principios constitucionales que rigen para el acceso a la función pública y el difícil equilibrio entre todos los factores en juego, han ido definiendo este camino.

Como dijera el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 1998, que será objeto de detenido análisis, *«en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios»*.

En el mismo sentido, autores como Todolí afirman que *«en los últimos años se ha visto incrementada la problemática relativa al personal laboral al*

---

<sup>13</sup> Para un estudio de la evolución de la aparición del personal laboral en el resto de países europeos, vid. Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función Pública", Ed. Tecnos, 14ª edición, 2021, pp. 33 y 34, quien en un estudio comparado expone que, a partir de la segunda guerra mundial, Alemania desarrolló un régimen mixto para el empleo público; en la segunda mitad del siglo XX, en los países nórdicos, la aplicación del derecho privado a los empleados públicos (con algunas excepciones) se convirtió en regla general y, la legislación italiana, entre los años 1992 y 1993, también se ha inclinado por la *privatizzazione*; Francia, sin embargo, no participa en la misma medida de esta laboralización, en parte por la presión sindical y corporativa.

*servicio de las Administraciones Públicas y otros entes pertenecientes al Sector Público. Estas complejidades, principalmente de origen sustantivo, han puesto de manifiesto la pugna existente entre los principios administrativos y los principios laborales que muchas veces entran en conflicto respecto a la prevalencia de los principios de uno u otro ordenamiento jurídico, produciendo resultados poco satisfactorios»<sup>14</sup>.*

Esta contraposición jurídica es el producto del tradicional enfrentamiento entre los dos modelos de función pública existentes: por un lado, el sistema abierto o de puesto, basado en la convicción de que el sistema educativo de la nación está capacitado para la formación del personal que necesitan las Administraciones públicas y en el que el reclutamiento de capital humano se hace para un puesto en concreto en función de las necesidades del servicio. Por otro, el sistema cerrado o de carrera en el que la formación diferenciada para ocupar un puesto es fundamental<sup>15</sup>.

Como veremos, la Administración Pública española, en particular, está inmersa en un continuo proceso de cambio que hace que ninguno de estos sistemas se manifieste fielmente, sino que es el producto de la evolución del derecho funcionarial puro, basado exclusivamente en el Derecho Administrativo y en un Estatuto de los funcionarios públicos regido por un modelo cerrado o de

---

<sup>14</sup> Todolí Signes, A., "El orden jurisdiccional competente en materia de personal laboral al servicio las AAPP y otros entes del Sector Público, en especial, los conflictos en materia de acceso al empleo público" en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M<sup>o</sup> Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomás Sala Franco (dir.) y Luis Enrique Nores Torres (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 105.

<sup>15</sup> Vid. Casado García-Hirschfeld, M., "Función Pública de la Unión Europea: (auto) regulación institucional. Las DGA de las instituciones europeas", Colección: Monografías, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, Madrid, 2014, pp. 26 y 27, citando a Parada Vázquez, R., «La degeneración del sistema de función pública», *Revista de Administración Pública* núm. 150, septiembre-diciembre 1999; Parada Vázquez, R., "Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público", Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 21; asimismo, vid. cuadro comparativa sistemas cerrados y abiertos de empleo público en VV.AA., "Manual Básico de derecho del empleo público", Gosálbez Pequeño, H., Mellado Ruiz, L. y Roca Fernández-Castanys, M.L., Editorial Tecnos, 2013, p. 34, donde el modelo cerrado se caracteriza por priorizar el interés general y, en el mismo, se dota al empleado público de independencia, objetividad e imparcialidad con objeto de garantizar aquél; sin embargo, en el modelo abierto no es necesario dotar a estos empleados públicos de estatutos diferentes de aquellos trabajadores comunes. *¿Por qué darles un Estatuto propio? No hay razones para los privilegios, no hay carrera sino simplemente empleo.*

carrera, sin influencias del Derecho Laboral, hacia un sistema abierto o de empleo<sup>16</sup> de la Función Pública con importantes conexiones con el Derecho del Trabajo, que se nutre de la flexibilidad del contrato de trabajo frente a la rigidez de las relaciones administrativas<sup>17</sup> y que se va gestando de forma gradual como modelo mixto<sup>18</sup>.

II. Principales hitos en la configuración del derecho de la función pública y la entrada de la perspectiva laboral en el mismo.

1. Los proyectos de reforma del siglo XIX y las normas de mayor influencia en el régimen jurídico español de la función pública de comienzos del siglo XX.

Un breve recorrido por los orígenes del derecho funcional español<sup>19</sup> nos lleva al siglo XIX y, en concreto, al momento en el que se aprueba la Constitución de Cádiz en 1812. Esta norma implicó profundos cambios en la organización política y administrativa de España si bien dejaba en manos del legislador ordinario la cuestión del modelo de empleo público y adoptaba, mayormente, el modelo cerrado o de carrera del sistema francés.

---

<sup>16</sup> Vid., Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 25 a 33; Pinazo Hernandis, J., “El futuro del Empleo Público Español: la dialéctica entre lo institucional y lo organizativo” [en línea], Tesis de doctorado, Universidad de Valencia, Valencia, mayo de 2004, pp. 50 a 53 y 305 y ss. Disponible en: [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/5144/1/Pinazo\\_Hernandis%2CJavier\\_Tesis.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/5144/1/Pinazo_Hernandis%2CJavier_Tesis.pdf)

<sup>17</sup> Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito.....”, op.cit., p. 17.

<sup>18</sup> Rodríguez Ramos, M.J., “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores”, Antonio Ojeda Avilés (dir.), Estudios de Derecho del Trabajo, Granada, 1997, p. 500; asimismo, Rodríguez Ramos, M.J., “La funcionarización del personal laboral al Servicio de las Administraciones Públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos”, Comunicación a la ponencia general sobre *Las relaciones laborales en la Administraciones Públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 785 a 821, que afirma que la laboralización del empleo público en España se ha producido como consecuencia del paso progresivo de un Estatuto funcional de modelo cerrado a otro de modelo mixto siendo innegable que ya no es posible concebir las relaciones de empleo público como relaciones solo regidas por el Derecho Administrativo.

<sup>19</sup> Vid. Muñoz Llinás, J.I., “La Función Pública en España: 1827 – 2007” [en línea], Derecho histórico Boletín Oficial del Estado, Madrid 2019, pp. 33 a 65. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DH-2019-114](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DH-2019-114); Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función Pública”, op.cit., pp. 41 a 65.



Para tratar de profesionalizar el empleo público, con la Real Orden de 19 de agosto de 1825<sup>20</sup> se establecieron una serie de reglas con relación al ingreso, incompatibilidades, régimen de separación del servicio, ascensos y situaciones administrativas de los funcionarios, que constituyeron la base de los que serían conocidos como los Reales Decretos de López Ballesteros de 7 de febrero de 1827<sup>21</sup> y de 3 de abril de 1828.

El artículo 1º del RD de 7 de febrero de 1827, era el encargado de dividir en cuatro clases los empleados en la carrera civil, siendo Consejeros, Intendentes de Provincia, Jefes de administración y Oficiales de Real Hacienda, si bien, en su artículo 9 se señalaba que *Además de las cuatro clases que quedan expresadas habrá otra, que se titulará Subalternos de Real Hacienda* y que se identificaban con los trabajadores manuales, de los oficios y niveles más bajos<sup>22</sup>, clasificación marginal que se mantuvo en textos posteriores y que se considera el origen de las futuras primeras distinciones entre personal funcionario y personal laboral como la que se refleja en el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública que será objeto de análisis posterior.

Esta distinción remonta sus orígenes a la aparición del Estado moderno en el que, como recuerda Alonso Olea<sup>23</sup>, se asocia el trabajo intelectual con el funcionario que se caracteriza por trabajar no con máquinas e instrumentos sino sobre el lenguaje oral o escrito, no accesible al resto de población con escasa alfabetización; y este rasgo es el que le hace entrar en contraposición con el resto de los trabajadores más vinculados a trabajos industriales manuales propios del “obrero” necesitado de la función tuitiva del Derecho del Trabajo.

---

<sup>20</sup> «Gaceta de Madrid», núm. 106, de 1 de septiembre de 1825.

<sup>21</sup> «Gaceta de Madrid», núm. 21, de 17 de febrero de 1827.

<sup>22</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Editorial Civitas (coeditor), 1995, p. 44.

<sup>23</sup> Alonso Olea, M., “Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las administraciones públicas”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), Madrid, Ed. Civitas, 1989, pp. 52 y 53.

Continuando con el devenir cronológico y con el objeto de evitar que la entrada en la carrera de la Administración se configurase como patrimonio del favor, se elaboró el Proyecto de Ley que regulaba los principales elementos constitutivos del régimen jurídico de los empleados públicos y reforzaba a la Administración frente al nepotismo y las corruptelas dando lugar al Estatuto de Juan Bravo Murillo de 1852<sup>24</sup> que, como en el caso anterior y por tradición histórica, otorgaba carácter residual a las llamadas clases subalternas<sup>25</sup> integradas por obreros con trabajos materiales los cuales quedaban al margen del personal funcionario de la Administración al que, como se ha dicho, se le encomendaban los trabajos vinculados al conocimiento<sup>26</sup>.

Desde el punto de vista de la Función Pública, estas normas no consiguieron acabar con el favoritismo político característico de la época, por lo que se procuró una nueva norma, el Estatuto de O'Donnell de 1866, que solo tuvo una vigencia de cuatro meses, siendo sustituido por el conocido como Estatuto de Maura, aprobado por la Ley de Bases de 22 de julio de 1918<sup>27</sup>, que se mantuvo en vigor durante cuarenta años, y que en su Base 1ª distinguía en la Administración civil del Estado entre funcionarios técnicos y funcionarios auxiliares a los que reconoció por primera vez la nota de la inamovilidad<sup>28</sup> y que, en un futuro, serviría como característica distintiva entre lo que eran funcionarios y lo que serían laborales.

---

<sup>24</sup> «Gaceta de Madrid», núm. 6572, de 20 de junio de 1852. En su artículo 1º, pfo. segundo, señala que *“Los subalternos no tienen el carácter de empleados públicos para los efectos de este decreto, salvo los derechos adquiridos”*.

<sup>25</sup> El artículo 1º, párrafo 2, del Estatuto dispone que *“Los subalternos no tienen el carácter de empleados públicos para los efectos de este decreto”*; vid. López Gómez, J.M., *“El régimen jurídico del personal laboral de...”*, op.cit., p. 43; López Gómez, J.M., *“La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público”*, Ed. Civitas, Primera edición, Madrid, 2009, p. 34.

<sup>26</sup> Montoya Melgar, A., *“Las relaciones laborales en el ámbito...”*, op.cit., p. 14.

<sup>27</sup> «Gaceta de Madrid», núm. 205, de 24 de julio de 1918. Vid. Cantero Martínez, J., *“Los derechos individuales del personal laboral de las entidades locales. Especial referencia a las expectativas que abre la «Publicación» de los derechos relacionados con su carrera profesional y su progresión”* [en línea], *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (309), enero-abril 2009, p. 77. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576461198005>

<sup>28</sup> Base quinta.

Todos estos textos se preocuparon por la clasificación y el sistema de categorías para los empleados públicos en régimen estatutario, por la mayor profesionalización de la Función Pública en la que no figuraba regulación para otro tipo de personal que no fuese funcionario y por el reconocimiento del mérito y capacidad para el acceso a las funciones públicas con la voluntad común de despolitizar el reclutamiento de los empleados públicos actuando contra el *spoils system* o clientelismo y sustituyéndolo por el *merit system*<sup>29</sup>.

En 1924 se aprueba el Estatuto municipal de 8 de marzo<sup>30</sup>, en cuyo artículo 248 *in fine* aparecen las primeras alusiones al personal laboral que presta servicios en la Administración local, señalando que «*Los obreros municipales quedarán sujetos a las leyes reguladoras del trabajo y los Ayuntamientos tendrán respecto de ellos las obligaciones que incumben a todo patrono*»<sup>31</sup>.

A partir de este Estatuto, se suceden una serie de normas que comienzan a regular mínimamente la figura del personal laboral, como la Orden 30 de junio de 1933 del Ministerio de Trabajo que imponía a los Municipios la obligación estricta de cumplir, con respecto a sus empleados y obreros, las leyes de trabajo y muy especialmente las relativas al descanso semanal y jornada máxima legal, la Orden 21 de diciembre de 1938 del Ministerio de la Gobernación, el Decreto 16 de diciembre de 1950 del texto articulado de la Ley de Administración Local que en su artículo 354-3 disponía que «*Las Corporaciones cuidarán de cumplir, respecto de los empleados y obreros, lo dispuesto en el Fuero de los Españoles y en el del Trabajo, así como en las Leyes y disposiciones sociales. En particular, cuando ejecuten directamente o*

---

<sup>29</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración Pública”, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 34; Pinazo Hernandis, J., “El futuro del Empleo Público Español: la dialéctica entre lo institucional y...”, op.cit., p. 55; vid. asimismo, Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no hijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?” [en línea], Revista de Información Laboral núm. 10/2018, parte Artículos de fondo, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018, que apuesta por evitar *los males endémicos tradicionales del spoils system, la desprofesionalización y el clientelismo en sus diversas formas*. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

<sup>30</sup> «Gaceta de Madrid» núm. 69, de 9 de marzo de 1924.

<sup>31</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración.....”, op.cit., pp. 82 y 83; y Pinazo Hernandis, J., “El futuro del Empleo Público Español: la dialéctica entre lo institucional y...” op.cit., pp. 90 a 92.

*por Administración obras o servicios públicos deberán atenerse a la legislación vigente en materia de obligaciones y derechos y en lo relativo a la extinción del contrato de trabajo», el Decreto de 30 mayo 1952 del Ministerio de la Gobernación que aprobó el Reglamento de Funcionarios de la Administración local (artículo 5º), el Decreto de 24 junio 1955 del Ministerio de la Gobernación que contenía el texto refundido de la Ley de Régimen local (artículo 353-3) o en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958<sup>32</sup> en cuyo artículo 79 establece que integran el personal al servicio de los Organismos Autónomos «(...) d) los obreros».*

Con la Ley 109/1963, de 20 de julio, de Bases de los Funcionarios Civiles del Estado se explica cómo, en sus trazos fundamentales, la ordenación de la Función Pública española arranca del Decreto de 18 de julio de 1852 y se consolida con la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y su Reglamento de 7 de septiembre del mismo año, que no hicieron sino completar y retocar algunos extremos del régimen establecido y que, con esta nueva Ley, iban a ser objeto de una profunda renovación<sup>33</sup>. El texto de esta norma contemplaba en su Base 1ª, punto Cuatro, que «*La Administración podrá contratar personal para la realización de tareas concretas y específicas de carácter no permanente, en las circunstancias y con los requisitos que se determinen en las normas de desarrollo de esta Ley*» con lo que se reconocía la existencia de un personal contratado temporal aunque no se le dotaba expresamente de un régimen de contratación bastando con su remisión genérica al Derecho Laboral (punto Cinco<sup>34</sup>).

Ahora bien, a partir de la aparición del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE)<sup>35</sup>, no se puede hacer oídos sordos a la legitimación normativa

---

<sup>32</sup> Fernández-Caballero Lamana, L., “La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el empleo público”, Editorial Aranzadi, 2021, pp. 38 y 39, considera que con esta Ley se generaliza la figura de la Administración instrumental frente a la Administración Pública tradicional.

<sup>33</sup> Vid. VV.AA., “Manual Básico de derecho del empleo.....”, op.cit., pp. 31 y 32.

<sup>34</sup> Base I. Cinco “*Los trabajadores contratados por la Administración civil se regirán por el Derecho laboral*”.

<sup>35</sup> BOE de 15 febrero 1964, núm. 40.

que la misma representó en cuanto a la incorporación en el ámbito de la Función Pública de personal sometido a Derecho privado junto al funcionario, extendiendo la contratación laboral en algunos ámbitos de la Administración, que en la práctica ya existía pero que, desde entonces, se someterá de forma expresa a la legislación laboral<sup>36</sup> y coadyuvando, desde ese preciso instante, a un progresivo acercamiento entre ambos regímenes jurídicos<sup>37</sup>.

Así, en su artículo 7, apartado 1, de la LFCE<sup>38</sup> se disponía que «[s]on trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable» rompiendo, de esta forma, la exclusiva del sistema de función pública vigente<sup>39</sup>, al admitir la contratación de trabajadores al servicio de la Administración de acuerdo con la legislación laboral, siempre que estuviese autorizada reglamentariamente (apartado 2 del artículo 7). A pesar del cambio que representa este precepto, a nuestro entender, esta brecha rupturista no resulta del todo extraña e innovadora pues, como acabamos de ver, ya existía precedente desde 1924 cuando se aprueba el Estatuto Municipal.

---

<sup>36</sup> Vid. Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función.....”, op.cit, p. 47, quien destaca que esta norma supuso *un punto de inflexión, una apertura hacia la renovación (...)*; VV.AA., “Manual Básico de derecho del empleo.....”, op.cit., p. 33; VV.AA., “Manual de Derecho Administrativo Laboral”, Monereo Pérez, J.L. (coord.), Editorial Tecnos, Madrid, 2012, p. 197.

<sup>37</sup> Cordero Saavedra, L., “Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?” [en línea], Revista Doctrinal Aranzadi Social núm.3/2000. Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; en el mismo sentido, Cavas Martínez, F., “El empleo temporal irregular en el sector público”, Anales de derecho, núm. 35.2, Murcia 2017, p. 3, quien afirma que *el proceso de laboralización del empleo público arranca con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, texto aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero*; igualmente, Padilla Ruiz, P., “El ejercicio por los funcionarios interinos de funciones reservadas tras la Ley 7/2013, de Reforma Local” [en línea], Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 89, Sevilla, mayo-agosto 2014, p. 367. Disponible en: <https://pedropadillaruz.es/docs/Ejercicio-por-los-funcionarios-interinos-de-funciones-reservadas.pdf>, que destaca que hasta ese momento *el empleo público laboral era aún algo residual*; también, Desdentado Daroca, E., “El empleo público en España: panorama general y reflexiones críticas” [en línea], Revista de Administración Pública, volumen 47, 2016, p. 77. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/manager.+a3.pdf>; este autor considera que *con la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, la contratación laboral dejará de ser marginal para generalizarse*.

<sup>38</sup> Derogado por la Disposición derogatoria única, letra a), del Real Decreto Legislativo núm. 5/2015 de 30 de octubre.

<sup>39</sup> Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcional)” [en línea], ponencia presentada en el VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010, p. 5, califica esta exclusividad como monopolio funcional. Disponible en: <https://www.vitoria-gasteiz.org/http/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>.

Lo que sí resulta innegable es que con la LFCE, el personal laboral aparece ya de forma explícita<sup>40</sup> en la estructura de la Administración y es un texto que representa la consagración definitiva del modelo dual de prestadores de servicios para las Administraciones<sup>41</sup>, aunque lo haga de manera marginal y sin ningún criterio delimitador, como si fuera una realidad extravagante, excepcional o con vocación de desaparecer<sup>42</sup> y creado sin la mínima intención de definir un régimen laboral paralelo al funcional ni establecer parámetros orientadores para su contratación<sup>43</sup>.

Pero el camino ya estaba iniciado y esta incorporación de personal laboral a la Administración Pública resultó un claro síntoma de la influencia de otros regímenes más abiertos de función pública, como el *Civil Service* inglés<sup>44</sup> o el modelo alemán<sup>45</sup>, y sentó las bases para la construcción conceptual del “empleo público”<sup>46</sup>. Esta Ley de 1964 generó el efecto de transicionar del modelo cerrado o de carrera propio de la función pública española, a otro más

---

<sup>40</sup> Fernández-Caballero Lamana, L., “La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el.....”, op.cit., p. 53, considera que la LFCE es el primer reconocimiento expreso de la posibilidad de contratar personal laboral.

<sup>41</sup> Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito.....”, op.cit., p. 14.

<sup>42</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración.....” op.cit., pp. 87 y 88; asimismo, vid. Guerrero Padrón, T., “Sobre la frágil estabilidad del personal laboral en el sector público”, en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (coord.), 2015, p. 191, quien considera que la norma alcanzó escasa relevancia práctica por el control presupuestario y la fiscalización previa de los planes de contratación de personal.

<sup>43</sup> En este sentido, Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función Pública”, 2ª Edición, Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2019, p. 173; asimismo, Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito....)”, op.cit, p. 2.

<sup>44</sup> Parada Vázquez, R., “Derecho del Empleo Público....”, op.cit., pp. 50 y 51, quien asume que la LFCE supone la ruptura con el sistema tradicional español de función pública de clara inspiración francesa.

<sup>45</sup> El modelo alemán, con la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, incorporó la posibilidad de otro personal vinculado a la Administración por una relación de Derecho privado o laboral, calando, así, en nuestra LFCE que introduce la posibilidad de admitir personal laboral en la función pública española. Vid. Pinazo Hernandis, J., “El futuro del Empleo Público Español: la dialéctica entre....”, op.cit., p. 94; en el mismo sentido, Lins de Lessa Carvalho, F., “Siete Modelos Comparados de Función Pública: Análisis jurídico, tendencias y retos del empleo público en el mundo”, Revista Internacional Consinter de Direito, nº IX, 2º semestre de 2019, p. 511.

<sup>46</sup> VV.AA., “Manual Básico de derecho del empleo.....”, op.cit., p. 33.

abierto<sup>47</sup>, todavía alejado del anglosajón o el americano, pero en el que el puesto de trabajo, considerado de forma individualizada, cobra una mayor relevancia<sup>48</sup>, aunque en ese aspecto aún se dejaba poco margen para el citado personal laboral.

Se introduce una clasificación de personal en la que se da cabida a nuevas figuras de sujetos contratados, importando no sólo la admisión del personal laboral, sino también la de los contratados administrativos en régimen temporal y para la realización de trabajos específicos, así como la del personal eventual<sup>49</sup>.

## 2. La Constitución Española de 1978 y la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

La acogida del empleado laboral en la Administración no ha sido el resultado de un proceso pacífico, precisamente porque es el fruto de la poca fortuna que el legislador siempre ha mostrado para clarificar el panorama, determinando un marco normativo «transitorio»<sup>50</sup> en el que no se optaba explícitamente o por el régimen funcionarial o por el contractual.

Prueba de ello es el siguiente texto normativo encargado de arrojar luz sobre la materia: la Constitución de 1978, nuestra Carta Magna que, lejos de definir un modelo de organización, no hizo sino permitir interpretaciones dispares al amparo de los mismos artículos.

---

<sup>47</sup> Este modelo abierto se consolida en la posterior Ley 30/1984 tal y como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992, al decir "(...) A este respecto conviene recordar que una de las mayores novedades contenidas en la L 30/84 es, precisamente, la potenciación en la Administración pública española del sistema de empleo, frente al sistema de carrera que regía en plenitud antes de esa Ley, y dicho sistema de empleo implica una prevalencia del puesto de trabajo, sobre el Cuerpo o la categoría del funcionario (...)"

<sup>48</sup> Muñoz Llinás, J.I., "La Función Pública en España...", op.cit., p. 67.

<sup>49</sup> Pinazo Hernandis, J., "Empleo Público para una nueva Administración...." op.cit., p. 86; López Gómez, J.M., "El régimen jurídico del personal laboral de....", op.cit., pp. 45 a 47.

<sup>50</sup> Cordero Saavedra, L., "Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones...", op.cit., [en línea]; VV.AA., "Manual Básico de derecho del empleo....", op.cit., p. 34.

Ciertamente, si nos ceñimos a los preceptos constitucionales<sup>51</sup>, tres son los que, de forma directa, sientan las bases de los fundamentos jurídicos del régimen de la Función Pública en España.

Sin embargo, ninguno de ellos define, *ni por aproximación*<sup>52</sup>, qué se ha de entender por Función Pública, no aluden a si el modelo dual de empleo público debe o no debe ser admisible<sup>53</sup> y no se utiliza el término “empleado público” omnicompreensivo de todo el personal al servicio de la Administración aunque sí se afirma que este compendio de artículos constituye un auténtico “*Estatuto constitucional de los funcionarios*”<sup>54</sup>, en el que no se hace referencia al resto de personas que trabajan en el marco de lo público.

Siguiendo el orden de aparición en el texto constitucional, el primer precepto proclama el principio de igualdad en el acceso a la Función Pública y refuerza el *sistema de mérito*<sup>55</sup>, profesionalidad e imparcialidad (art. 23.2); el segundo impone una reserva legal para la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la Función Pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (artículo 103.3) y, el tercero, atribuye la competencia exclusiva al Estado para establecer las bases del

---

<sup>51</sup> Un análisis de estos preceptos constitucionales en Ramos Moragues, F., “Tipología de empleados públicos” en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019, p. 89; asimismo, Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración.....”, op.cit., pp. 90 y ss.; Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función....”, op.cit., pp. 47 a 54; López Gómez, J.L., “El régimen jurídico del personal laboral de las.....”, op.cit., p. 50; Rodríguez Ramos, M.J., “Teoría General sobre la relación de empleo público y el estatuto de los funcionarios públicos: contenido” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. (coord.), Universidad Internacional de Andalucía, 2004, p. 214.

<sup>52</sup> En expresión de Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989, p. 16.

<sup>53</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las.....”, op.cit., p. 49, señala que *los constituyentes se podían haber planteado soluciones y propuestas de reconstrucción de la función pública, podían haber diseñado un modelo, según los principios tradicionales, u otro, siguiendo las propuestas de laboralización del empleo público o, tal vez, optado por un sistema dual, como el establecido en la Ley Fundamental de Bonn.*

<sup>54</sup> Rodríguez Ramos, M.J., “Teoría General sobre la relación de empleo público y el estatuto.....” op.cit., p. 222.

<sup>55</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función.....”, op.cit., p. 48.



régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (art. 149.1.18), un tema este último que resultaba apremiante dada la necesidad de promulgar una ley que intentara resolver *la deficiente situación de la función pública española*<sup>56</sup>.

En concreto, la literalidad del artículo 103.3 de la Constitución Española señala que «.....*La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*». Sin embargo, esta ley encargada de regular el estatuto de los funcionarios se ha hecho esperar y desde que se aprobara el texto constitucional en el año 1978, casi treinta años<sup>57</sup> han pasado para que asome al panorama normativo el primer Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la ya aludida Ley 7/2007, de 12 de abril.

El desarrollo legal resultaba acuciante para poder constatar, negro sobre blanco, la existencia no sólo de un derecho de los funcionarios públicos, sino también de un derecho de los empleados públicos laborales, aglutinados todos ellos bajo el paraguas común de un único empleador, la Administración Pública, y que sirviera también como único régimen jurídico, el Estatuto del Empleo Público en España.

En la espera, hubo que acudir a la vía de la interpretación jurisprudencial<sup>58</sup> y a la actividad hermenéutica de la doctrina para poder arrojar luz sobre esta cuestión.

---

<sup>56</sup> Baena del Alcázar, M., “La función Pública en la Constitución y en las leyes orgánicas” en *Administración y Constitución: estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982, p. 60.

<sup>57</sup> Castillo Blanco, F.A., “El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿un paso adelante en la reforma de nuestro sector público?”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada 2008, p. 66, apunta que a pesar de los intentos de llevar a cabo una reforma integral del sistema de empleo público, no ha sido posible sino casi treinta años después de aprobada la reforma constitucional.

<sup>58</sup> SSTC 5 de noviembre de 1981, 14 y 39 de junio de 1982 y 25 de enero de 1985.

Así, se reconoce<sup>59</sup> que, de una interpretación inicial de los artículos 103.3 y 35.2 de la Constitución Española de 1978 que indicaba que el régimen funcional y el laboral no tendrían ningún punto de conexión ya que sus ámbitos de aplicación y los sujetos afectados por los mismos serían totalmente diferentes y que era inconcebible o, al menos, harto difícil plantear la posibilidad jurídica de una intercomunicabilidad entre el régimen jurídico público y el privado que permitiera regir las relaciones profesionales en la Función Pública (por no hablar del insalvable escollo que suponía para esta interpretación admitir como posible la existencia de personal laboral en el seno de la Administración Pública mediante una ley cuya constitucionalidad sería automáticamente puesta en duda<sup>60</sup>), se pasó a una explicación más flexible<sup>61</sup> que negaba que, en el espíritu de la Constitución, subyaciera la intención de imponer al legislador ordinario, presente o futuro, la exclusión de la regulación del régimen laboral en el seno de la Administración por inconstitucional o se estableciera la exclusividad del régimen funcional y ni tan siquiera la preferencia por este último. En este sentido, compartimos la afirmación de Sala Franco<sup>62</sup> de que la Constitución es “*neutra*” ya que ni excluye ni excepciona el régimen laboral, solo establece una reserva de ley para regular el estatuto de los funcionarios.

No obstante esto último, cabe recordar, como hiciera Sánchez Morón<sup>63</sup>, que el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en su labor hermenéutica, declararía en su sentencia 99/1987, de 11 de junio, sobre la que ahora se ahondará, que la Constitución optó por un régimen estatutario, como *opción general o preferencia*, redirigiendo automáticamente el régimen laboral a la excepcionalidad. Ahora bien, esta afirmación no implica que la jurisprudencia

---

<sup>59</sup> López Gómez, J. L., “El régimen jurídico del personal laboral...”, op.cit., pp. 49 a 88; y Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los Acuerdos mixtos”, Estudios de Derecho del Trabajo, Antonio Ojeda Avilés (dir.), Editorial Comares, Granada 1999, pp. 10 a 12.

<sup>60</sup> Parada Vázquez, J.R., “Derecho Administrativo: Organización y Empleo Público”, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 280 y 323, afirma que la Constitución no se refiere en ningún momento a la posibilidad de que exista personal en la Administración Pública sujeto a Derecho Laboral por lo que *no parece lícito que el legislador ordinario pueda establecer esa dualidad*.

<sup>61</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral...”, op.cit., p. 16.

<sup>62</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral...”, op.cit., p. 16.

<sup>63</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 49 y 50.

constitucional entienda contraria a la Carta Magna la contratación de personal según las normas del derecho privado.

Con este panorama postconstitucional caracterizado por el confusionismo<sup>64</sup> y que navega desde unas teorías administrativistas en las que se intuye el “prejuicio antilaboralista”, hacia tesis contractuales que no admiten la existencia de un régimen especial de Derecho Administrativo distinto al del resto de los trabajadores por cuenta ajena del sector público o privado defendiendo un único régimen comprensivo de toda forma de trabajo<sup>65</sup>, se derivó hacia conclusiones intermedias que descartan la mitificación de la bondad del régimen funcional o de la perversidad del régimen laboral<sup>66</sup> y entienden que cada vez es más patente el progresivo y real acercamiento jurídico entre laborales y funcionarios llegando, en ciertos aspectos, a la consideración conjunta del trabajo subordinado al margen del carácter público o privado de la organización o, incluso, del régimen jurídico al que se somete<sup>67</sup>.

Tras la Constitución, y ante la ausencia de desarrollo normativo del artículo 103.3 CE, el impulso vino determinado por la aparición de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP)<sup>68</sup> que, de acuerdo con la evolución iniciada *estableció un sistema mixto de carrera, introduciendo elementos del sistema de empleo*<sup>69</sup> pero con

---

<sup>64</sup> Cordero Saavedra, L., “Laborales y funcionarios al servicio...” [en línea], op.cit.

<sup>65</sup> Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta...”, op. cit., pp. 14 y 15, en donde se citan autores para una y otra teoría como Parada Vázquez, J.R., “Derecho Administrativo: Organización...”, op.cit., que entendía que la opción genérica de la Constitución se inclinaba hacia el régimen jurídico funcional de Derecho público dejando fuera al personal laboral; o Mairal Jiménez, M., “El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público: (un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativas aplicables al personal al servicio de las administraciones públicas)”, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, 1990, seguidor de la teoría extrema contractualista.

<sup>66</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral....”, op.cit., p. 17.

<sup>67</sup> Marín Alonso, I. “La negociación colectiva conjunta...”. op.cit., p. 6.

<sup>68</sup> BOE núm. 185, de 03/08/1984.

<sup>69</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., p. 55.

*una clara deriva ya hacia las exigencias de flexibilización y racionalización propias de los sistemas abiertos*<sup>70</sup>.

Desde el punto de vista de los recursos humanos, esta Ley supuso un gradual crecimiento del registro laboral en la Administración del Estado; aceptó un régimen de contratación sujeto al Derecho del Trabajo paralelo al régimen funcional, dio carta de naturaleza e incorporó criterios laborales que permitieron la utilización de esta clase de empleados para desempeñar determinados puestos ya no tan ceñidos a trabajos manuales<sup>71</sup>, lo que se vio potenciado, además, con la prohibición de contratos administrativos<sup>72</sup> y la estricta utilización de la interinidad funcional para el caso de falta de funcionarios de carrera<sup>73</sup> y se reveló como una norma determinante para la creciente intensificación de la contratación laboral en el período comprendido hasta 1988<sup>74</sup>.

A raíz de la LMRFP, el personal al servicio de las Administraciones Públicas podía clasificarse de dos maneras, o bien atendiendo a la Administración Pública de pertenencia, o bien en virtud de su régimen jurídico. En relación con este segundo aspecto distinguía cuatro tipos de personal, funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal eventual y personal

---

<sup>70</sup> VV.AA., "Manual Básico de derecho...", op.cit., p. 36. Sobre una muy crítica opinión de la aprobación de esta ley, vid. Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., "Derecho de la Función.....", op.cit., pp. 101 a 105.

<sup>71</sup> Padilla Ruiz, P., "El ejercicio por los funcionarios interinos de funciones reservadas tras la Ley 27/2013....." [en línea], op.cit., p. 367; Ojeda Avilés, A., "Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas", Biblioteca Básica de Derecho del Trabajo, Editorial Comares, Granada 1998, p. 91.

<sup>72</sup> Vid. Roqueta Buj, R., "La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcional, la Estatutaria, la Laboral y la Contratación Administrativa", en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, pp. 116 a 120, quien califica estos "contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho Administrativo" como un *tertium genus* entre los regímenes jurídicos funcional y laboral que supusieron un uso y un abuso al amparo del artículo 6 de la LFCE hasta que se puso fin a esta situación en virtud de la Disposición Adicional cuarta de la LMRFP.

<sup>73</sup> El contenido de esta regulación ha sido objeto de crítica y se calificó como "*espectacular desarrollo del empleo público laboral*", vid. Parada Vázquez, R., "Derecho del empleo público.....", op.cit., p. 86.

<sup>74</sup> López Gómez, J.M., "La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público", op.cit., p. 42, destaca que en ese momento *el personal sometido al Derecho Laboral en el sector público estatal llegaba casi al 50% (464.142 trabajadores), mientras que se contabilizaron 475.943 funcionarios.*

laboral, siguiendo la senda iniciada por la LFCE<sup>75</sup> y que, posteriormente, se mantendrá en el Estatuto Básico del Empleado Público de 2007. Así, los tres primeros se someten al Derecho Administrativo y el cuarto al Derecho Laboral.

Posteriormente, el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado<sup>76</sup> concentra la regulación de los «*procedimientos de selección y acceso de personal, funcionario o laboral*» (artículo 3.1), considerando que «*la selección del personal laboral fijo, previa a su contratación, se realizará por el sistema de concurso*» (artículos 5 y 26) y contemplando la posibilidad de «*contratación de personal laboral de duración determinada*» (artículo 32).

Ahora bien, esta proyección inicial de la Ley quedó en un intento fallido de laboralizar la Función Pública<sup>77</sup>, frenando las expectativas de invertir el orden preestablecido en el empleo público de manera firme y rotunda, ya que tras la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional nº 99/1987, de 11 de junio, sobre el recurso de inconstitucionalidad promovido por 54 Diputados contra determinados preceptos de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, se daba lugar a una nueva redacción de los controvertidos artículos de la misma, a través de la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

---

<sup>75</sup> Muñoz Llinás, J.I., “La Función Pública en España...”, op.cit., p. 72.

<sup>76</sup> Derogado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

<sup>77</sup> Rodríguez Ramos, M. J., “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto....”, op.cit., pp. 2 y 3; Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización del personal temporal...”, op.cit., p. 91, entiende que con esta Ley se produce una *huida del Derecho Administrativo* sobre todo en dirección a los contratos de trabajo temporales si bien, esta evolución se detiene súbitamente con la tendencia contraria a *refuncionarizar* los entes públicos a causa de la sentencia del TC 99/1987, de 11 de junio.

Siguiendo la secuencia expositiva de Rivero Lamas<sup>78</sup>, la redacción originaria del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de la LMRFP, vino a establecer que el Ministerio de la Presidencia sería el encargado de especificar los puestos de trabajo que se reservaban a los funcionarios públicos *“en atención a la naturaleza de su contenido”*<sup>79</sup>. Con ello, a través de esta fórmula deslegalizadora, se pretendió suprimir la reserva de ley en un punto crucial, como lo era la regla general según la cual la provisión de puestos de trabajo de las Administraciones por funcionarios se decidiría por el mencionado departamento ministerial.

El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia y estimó, en parte, la impugnación planteada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 763/1984, privando a la Administración del Estado de tal poder respecto del personal especificado en el apartado 1º del artículo uno de la LMRFP<sup>80</sup>, lo que puso de manifiesto, de manera frontal y terminante, en la referida sentencia.

---

<sup>78</sup> Rivero Lamas, J., “Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: maco general” [en línea], Fundación, Democracia y Gobierno Local, Serie Claves del Gobierno Local, 2. 2004, pp. 13 y 14. Disponible en: [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/808/claves02\\_04\\_rivero.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/808/claves02_04_rivero.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>79</sup> Se declara la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 1 *in fine*, del artículo 15, por Sentencia del TC 99/1987, de 11 de junio *“Estos requisitos serán determinados por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”*.

En este sentido, el Tribunal Constitucional vino a entender que *“Este apoderamiento indeterminado que la Ley confería al Ministerio de la Presidencia, a efectos de especificar cuáles sean los puestos de trabajo que deban quedar reservados a funcionarios públicos, entraña una patente conculcación de la reserva de Ley establecida en el art. 103.3 de la Constitución y, de este modo, una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la propia Función Pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración. Tal necesario encuadramiento legislativo de las decisiones de quienes hayan de aplicar o desarrollar las propias normas de la Ley no viene dado en este precepto, desde luego, por su mención, como pretendido criterio para las decisiones sobre esta reserva de puestos de trabajo, a «la naturaleza de su contenido» propio, imprecisa referencia que no vincula efectivamente a la decisión administrativa. Este último inciso del art. 15.1 («debiendo especificar aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos») es inconstitucional y ha de ser declarado nulo”* [FJ 3.d)].

<sup>80</sup> Artículo uno.1 de la LRFP:

“Las medidas de esta Ley son de aplicación:

- a) Al personal de la Administración Civil del Estado y sus Organismos autónomos.
- b) Al personal civil al servicio de la Administración Militar y sus Organismos autónomos.
- c) Al personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social”.

Para el Tribunal Constitucional, la solución prevista en la ley constituía una “conculcación” de la reserva legal que establece el artículo 103.3 de la CE, y, en consecuencia, «*una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las administraciones públicas y de la propia función pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración*». No existían en la ley impugnada unas especificaciones suficientes que prestaran el “*necesario encuadramiento legislativo*” para la aplicación o el desarrollo de la ley, ante la insuficiencia e indeterminación del criterio de remisión a la “*naturaleza del contenido*” de los puestos que se debían reservar a funcionarios. Así, se dejaba clara la reserva legal imperante en materia de función pública que quedaría posteriormente plasmada en el artículo 11.2 del EBEP del año 2007, que dejaba en manos de una norma con rango de ley la determinación de qué puestos de trabajo podían ser desempeñados por funcionarios y cuáles por personal laboral<sup>81</sup>.

Se afirma que la redacción originaria del precepto suponía una auténtica conmoción en nuestra función pública, pues de un “*plumazo*” acababa de desaparecer uno de los pilares básicos de la función pública y no era otro que el de que la regla general en la provisión de puestos es que ésta se realiza por funcionarios<sup>82</sup>. Esta corriente administrativista vio en este texto *un sibilino tanto ganado por los “laborizadores” del funcionariado que conseguían mediante el establecimiento de una reserva expresa competir en pie de igualdad con el funcionario*<sup>83</sup>.

Todo ello lleva al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional y nulo el último inciso del artículo 15.1 de la LMRFP y a que la tesis de la generalidad a favor del personal funcional y la excepcionalidad de la

---

<sup>81</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, RTSS, CEF, núm. 409, abril 2017, p. 66.

<sup>82</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos”, Dykinson, S.L. Madrid, 13ª Edición, 2021, p. 53.

<sup>83</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la Función Pública...”, op.cit., pp. 53 y 54.

presencia en la Administración de personal laboral seguida por diferentes autores<sup>84</sup> adquiriese mayor fuerza. El régimen de funcionarios públicos, sometidos a Derecho Administrativo, se sitúa como la regla común y presenta la utilización del Derecho Laboral como una excepción para aquellos ámbitos funcionales en los que no es posible la creación y cobertura mediante cuerpos de funcionarios<sup>85</sup>.

Es claro que el TC en la citada sentencia 99/1987, justificaba la existencia de ambos regímenes de personal al servicio de la Administración pública, manifestando en su Fundamento Jurídico 1º, «... *que la Ley que se impugna, 30/1984, de 2 de agosto, se refiere -y tal se intitula- a 'medidas para la reforma de la Función Pública', y tiene como propósito la reestructuración de la misma, con la mira puesta en su modernización y acomodo a las exigencias del Estado Autonómico y a las de los países de nuestro entorno (Exposición de Motivos)*».

Pero no es menos cierto que, a partir de esta sentencia y de la posterior regulación normativa de la función pública, lo atípico debía ser la incorporación de personal laboral, porque la opción genérica y explícita que se interpretó que derivaba de la Constitución (artículo 103.3 y artículo 149.1.18) era por el estatuto funcional para los servidores públicos<sup>86</sup>, pues conforme entendió el

---

<sup>84</sup> Baena del Alcázar, M., "La función Pública en la Constitución....." en *Administración y Constitución: estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles*, op.cit., p. 55, quien afirma que no todos los empleados públicos tienen que ser funcionarios; pero en todo caso siempre debe existir un núcleo importante de personal con régimen estatutario; asimismo, Entrena Cuesta, R., "El régimen estatutario de las funciones públicas como postulado constitucional" en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), Tomo III, Civitas Madrid 1991, pp. 2606 a 2609, opina que *resulta evidente la voluntad de la Constitución española de que, con carácter general, la Administración esté servida por funcionarios públicos* y, si bien se admite otro tipo de personal, éste habrá de revestir escasa entidad; y VV.AA. "Manual Básico de derecho....", op.cit., pp. 36 y 37.

<sup>85</sup> Un estudio sobre las distintas posturas doctrinales ante el modelo de regulación constitucional del régimen aplicable al empleo público en Fondevila Antolín, J., "Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP", CEMCI, Granada 2018, pp. 159 a 170.; igualmente, Entrena Cuesta, R., "El régimen estatutario..." en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, op.cit., p. 2607.

<sup>86</sup> En este sentido, la STS de 13 de mayo de 2009, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª, (rec. 562/2005) en la que se establece que, en relación con el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, «la regla general es el estatuto funcional y lo excepcional el régimen laboral; y esto hace que hayan de



Tribunal Constitucional «*habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública*» [FJ 3º c) de la STC 99/1987]<sup>87</sup>.

No se descartaba el empleo público en régimen laboral, antes al contrario, se consolidaba su existencia, pero el sistema prevalente era el funcionarial, con lo cual, por un lado, el modelo cada vez más abierto al que se había encaminado la función pública e iniciado con el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, no se lleva hasta sus últimas consecuencias y, por otro, se mantiene la “desequilibrada” dualidad entre personal funcionario–personal laboral iniciándose, incluso, un proceso de refuncionarización<sup>88</sup> del personal con contrato laboral que reivindicaba el paso a la función pública de su relación de servicio<sup>89</sup>.

Tras esto, por algún sector doctrinal administrativista<sup>90</sup> se afirmó, con cierto alivio, que de un momento inicial de equivalencia entre los funcionarios públicos y los empleados laborales, que se plasma en la redacción inicial del artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se pasa a una interpretación restrictiva y formalista en la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987.

En este punto y en aquel momento, a la pregunta de si el personal laboral de la Administración Pública española constituye regla general o

---

interpretarse restrictivamente las excepciones que en dicho precepto se enumeran» dada «la mayor garantía de objetividad que significa el estatuto funcionarial. » (FDº 3º); vid. asimismo, Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito....)”, op.cit., p. 22, afirma que el EBEP no revierte esta situación con lo que el personal laboral continua siendo *una excepción que, en todo caso, debe venir específicamente prevista por el legislador ordinario, ya sea estatal o autonómico*.

<sup>87</sup> Vid. Rodríguez Ramos, M. J., “El Estatuto de los funcionarios públicos ....”, op.cit., pp. 502 a 506.

<sup>88</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral especial de empleo público. Estudio de...”, op.cit., p. 45.

<sup>89</sup> Sánchez Morón, M., “Sobre la determinación de los puestos y funciones públicas que corresponden al personal funcionario y al personal laboral”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021, p. 23, recuerda que la Ley 23/1988, de 28 de julio, contempló procesos de funcionarización de parte del personal laboral.

<sup>90</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la Función Pública....”, op.cit., p. 115; Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función....”, op.cit., p.22.

excepción, no cabe duda que la respuesta habría de ser por su carácter excepcional respecto del régimen general del funcionariado.

Continuando con el estudio de la sentencia constitucional, el análisis más sosegado de la misma también ha permitido afirmar<sup>91</sup> que, aunque en un principio la ley recurrida es una norma destinada a los empleados sometidos a régimen jurídico público como principal objetivo destinatario, el hecho de contemplar el empleo privado laboral en la esfera pública, aunque solo sea de forma residual, permite que ciertos aspectos organizativos previstos en la misma se dirijan de forma indistinta a todo el personal en función de las necesidades de organización de ésta y no del régimen jurídico individual que ligue al trabajador con la Administración, evitando tener que realizar una “*organización separada o paralela*”<sup>92</sup> según se rijan por el régimen estatutario o laboral.

En este sentido, se reconoce<sup>93</sup> que, de siempre, ha existido contratación laboral en las Administraciones Públicas si bien es a partir del año 1984 cuando se produce un notable incremento de la misma, debido a la combinación de dos novedades legislativas que, en su conjunción, dieron lugar al citado aumento y que no toda la doctrina ha considerado positivamente<sup>94</sup>.

Estas novedades son, de una parte, el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que establece que las Administraciones Públicas «*seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los*

---

<sup>91</sup> Vid., Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta...”, op.cit., pp. 59 a 63.

<sup>92</sup> Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta...”, op.cit., p. 59.

<sup>93</sup> Así lo hace Agustí Juliá, J., “La evolución -procelosa e inacabada- de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo” [en línea], Revista Jurídica de Castilla y León, nº 37, septiembre de 2015, p. 4. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334293>

<sup>94</sup> Martínez de Pisón Aparicio, I., “El ocaso de la Función Pública española: La reforma del régimen funcionarial de la ley 22/93 de 29 de diciembre”, Ed. Civitas, Madrid 1995, p. 15, considera que el modelo de Función Pública sufrió un golpe mortal con la ley 32/1984, que encerraba la pretensión política de una laborización de las estructuras burocráticas. Asimismo, Fondevila Antolín, J., “Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración.....”, op.cit., pp. 171 y 172.

*principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad*». Y de otra parte, la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que amplía y flexibiliza la contratación laboral temporal, creando además más tipos de contratos como lanzamiento de nueva actividad, relevo o formativos que tienen su consecuente reflejo en la contratación en régimen laboral de la Administración.

Por ello, en opinión de Palomar Olmeda<sup>95</sup>, y con cierto paralelismo con lo acabado de decir, en la práctica existía una clara vía de escape de la doctrina de la sentencia desde las normas de la organización (que no desde las de la función pública), por lo que la realidad desvelaba “una doble moral”<sup>96</sup>; formalmente, se acataba la doctrina del Tribunal Constitucional pero, realmente, los responsables de lo público siguieron optando por el sistema laboral que siguió creciendo a pesar de la STC 99/1987, por lo que concluye este autor que esta situación no hace sino poner de manifiesto algo evidente, que *«la Administración busca un esquema y unas formas de gestión en las que sentirse cómoda»*<sup>97</sup>.

### 3. Los intentos de remodelación de los recursos humanos de la Administración Pública en la última década del siglo XX.

Superados los vaivenes de los años 80, el proceso de reforma de la función pública ya estaba en marcha y de ello quedó constancia en el denominado documento de trabajo “Reflexiones para la modernización del

---

<sup>95</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la Función Pública.....”, op.cit., p. 115.

<sup>96</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración.....”, op.cit., p. 110, afirma que el dictado de la STC 99/1987, no impuso inexorablemente un camino de vuelta hacia la funcionarización, sino más bien orden en un proceso de cambio; Fondevila Antolín, J., “Problemas y soluciones al Empleo Público actual.....”, op.cit., p. 176, considera que la reforma operada tras la sentencia del TC de 1987 no ha supuesto una auténtica reducción de la intensidad del proceso de laboralización en la Administración.

<sup>97</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la Función Pública.....”, op.cit., p. 115.

Estado” de 1990, considerado como el *libro blanco* de la época<sup>98</sup>, que proponía la introducción de una estrategia de mejora de las Administraciones Públicas que permitiera la adaptación de las mismas a un modelo funcional más ágil, eficiente y capaz de actuar sobre tres ámbitos del modelo administrativo tradicional, a saber, la organización administrativa, los procedimientos de actuación administrativa y la gestión de los recursos humanos a la que dedicaba su parte final<sup>99</sup>.

En esos momentos, la última reforma significativa fue la llevada a cabo por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, en cuya Exposición de Motivos anunciaba una nueva redacción a algunos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto<sup>100</sup>, puesto que «*[e]n el marco de la racionalización y ajuste de la estructura de las organizaciones administrativas, mejoren el rendimiento de los recursos humanos de la Administración Pública sometiendo su planificación y gestión a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia, optimizando los costes de personal*».

Pese a ello, con esta norma no se consiguen unificar criterios en aspectos organizativos y de gestión de los recursos humanos que, finalmente, terminan siendo de aplicación directa para el personal funcionario, mientras que para el personal laboral impera, de nuevo, la remisión a la legislación laboral.

---

<sup>98</sup> En opinión de Arenillas Sáez, M., “Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España” [en línea], *metheados.revista de ciencias sociales*, 2017, 5 (2): pp. 302-317. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v5i2.190>

<sup>99</sup> Vid. Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función.....”, op.cit, p. 58; asimismo, Rodríguez Ramos, M. J., “El Estatuto de los funcionarios públicos....”, op.cit., pp. 501 y 502.

<sup>100</sup> Esta reforma de la LMRFP llegó a verse como el inicio del ocaso de la Función Pública, *in extenso* Martínez de Pisón Aparicio, I., “El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen....”, op.cit., p.15.

III. De la dispersión normativa a la ley que regulará el estatuto de los funcionarios públicos: el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 103 de la Constitución Española y la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

En los años transcurridos desde que se aprobara la Constitución Española se evidenciaba la necesidad de enfocar y desarrollar el régimen jurídico del personal de la Administración y se ponía de manifiesto la acuciante prioridad de publicar un Estatuto que viniese a dar cumplimiento al mandato constitucional previsto en el artículo 103.3 CE.

Un esperado texto normativo único, sin ambición de equiparación en términos absolutos<sup>101</sup>, pero que permitiese a la Administración empleadora aplicar un régimen jurídico a todo el personal que presta servicios en la misma, incluso para aquellos que no ostentan la cualidad de autoridad pública, y que evitase agravios comparativos entre quienes trabajan en el mismo lugar y para el mismo empleador.

1. Los trabajos de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público.

En 2004 se aprueba la Orden<sup>102</sup> por la que se constituye la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. En ella, se reconoce que *transcurridos ya más de veinticinco años desde la promulgación de la Constitución*, se hace preciso cumplir con el mandato constitucional del artículo 103.3.

---

<sup>101</sup> Marín Alonso, I., "Problemática de la negociación colectiva funcional" en *Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos: Análisis y Perspectivas*, Coord. Ojeda Avilés, A. y Rodríguez Ramos, M.J., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001, p. 53.

<sup>102</sup> Creada por Orden APU/3018/2004, de 16 de septiembre, con la finalidad de "*llevar a cabo los análisis y estudios previos así como la elaboración de un documento que sirva de base para la posterior elaboración del anteproyecto*" de dicho Estatuto.

El Informe emitido por la Comisión el 25 de abril de 2005<sup>103</sup>, apoya la necesidad de elaborar este nuevo Estatuto que ordene y sistematice la legislación básica o común sobre la Función Pública, con las necesarias adaptaciones, y sustituya los textos legales existentes que, en materia de empleo público, seguían siendo además de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que como afirma la Comisión constituye “*la última reforma general de importancia ni siquiera completa*”, otros textos legales, que complementan a la anterior y entre los que destacan la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Esta Comisión constata la existencia de un conjunto de problemas e ineficiencias que se han agravado en el curso de la aplicación de esta incompleta legislación, como son:

- *la práctica inexistencia de planificación estratégica de recursos humanos y la debilidad de los mecanismos de gestión;*
- *el aumento de la temporalidad en el empleo público;*
- *la desigualdad de condiciones de trabajo de funcionarios públicos y personal laboral, incluso cuando realizan funciones idénticas;*
- *la ausencia de un régimen específico para los directivos públicos;*
- *la excesiva rigidez de algunos procedimientos de acceso y promoción y la falta de garantías de objetividad de otros;*
- *la excesiva movilidad voluntaria interna de los funcionarios públicos, que contrasta con los estrictos límites de la movilidad forzosa y con una reducida movilidad del personal entre Administraciones;*

---

<sup>103</sup> Del que se afirma que *su calidad técnica y su exposición* de la situación existente de la Función Pública en ese momento en España *son dignas de encomio*, Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado Público”, Revista de Administración Pública, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 458.

- *la escasa consideración de los resultados y del desempeño en la carrera y en el sistema retributivo de los empleados públicos (...).*

Factores todos ellos que la propia Comisión recuerda «*que contribuyen a la huida del régimen común por parte de colectivos o sectores determinados de la función pública o al desbordamiento de facto de las previsiones legales de obligado cumplimiento en la práctica administrativa*».

Esta foto fija con el análisis de la problemática existente no impide, sin embargo, que las aseveraciones vertidas por la mencionada Comisión en los trabajos preparatorios del EBEP terminen navegando por un mar de indecisiones.

Así, por un lado, tras desvelar las desigualdades entre el personal se concluye que por la norma «*no se proponía unificar la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único*», sino que, en todo caso, el EBEP pretendía servir de compendio de «*unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionario o al personal laboral que, justificadamente, proceda mantener*». Pero, por otro, también se apoyaba el hecho de que el futuro texto normativo acogiera la unificación en los aspectos sustanciales del régimen general aplicable a funcionarios y laborales, llegando incluso a proponer la denominación genérica de Estatuto del *empleado público*<sup>104</sup>, abandonando los términos *función pública* aunque sin atreverse a defender el fin de la dualidad de regímenes.

Un claro ejemplo de esto último también lo vemos en el régimen de acceso al empleo público recomendado en su Informe por la Comisión, para el que se sugiere una regulación común para funcionarios y laborales que permitiese potenciar el respeto común de los principios constitucionales a la

---

<sup>104</sup> Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función...", op.cit., p.59.

vez que agilizar y flexibilizar los sistemas de selección y que termina traduciéndose en el EBEP en *un sistema poco innovador en su conjunto*<sup>105</sup> y que perpetúa las diferencias entre los diferentes tipos de empleados públicos.

Aun así, con estos precedentes y para solventar las deficiencias acabadas de mencionar a la par que dar cumplimiento efectivo al olvidado mandato constitucional que dispone que será una ley la que regule el estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE), se procede a elaborar y aprobar la ya mencionada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>106</sup>.

## 2. El Estatuto Básico del Empleado Público como marco general.

### 2.1. Qué esperar de una norma tan esperada.

Muchas y muy variadas han sido las opiniones suscitadas por esta Ley cuando viera la luz en abril de 2007 lo que, por otra parte, resulta lógico ya que en la espera de casi tres décadas se habían vertido propuestas jurídicas de todo tipo sobre su posible contenido.

Desde los que consideran que el EBEP constituye un cambio en la conformación del disperso sistema del empleo público de nuestras Administraciones Públicas puesto que el contenido de su regulación sintetiza *«aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado»*<sup>107</sup>, como se reconoce en su propia Exposición de Motivos; a aquellos que recuerdan que *«el objetivo y finalidad del nuevo EBEP no es establecer el “Estatuto” de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103.3 de la*

---

<sup>105</sup> VV.AA., “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Sánchez Morón, M. (dir.), Ed. Lex Nova, 2ª edición, marzo 2008, p. 401.

<sup>106</sup> «BOE» núm. 89, de 13 de abril de 2007, (cuyo Texto Refundido es aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre).

<sup>107</sup> Palomar Olmeda, A. “Derecho de la Función Pública.....” op.cit., pp. 114 y 118.



*Constitución*»<sup>108</sup> sino concretar la legislación básica, al amparo del artículo 149.1.18 CE, del régimen jurídico de los funcionarios lo que, a la postre, lo convierte en un texto poco operativo al quedar su aplicación a expensas del desarrollo normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas<sup>109</sup>. Finalmente, también cuenta con la crítica de los que no llegan a calificar el texto jurídico como fracaso, aunque “*juegan*” con la idea, al entender que fueron tales las presiones políticas y sindicales que *nació con las manos atadas*<sup>110</sup>, impidiendo una regulación completa de cuestiones esenciales en un texto que ha terminado siendo una ley de mínimos con importantes claroscuros en su contenido y que no acaba con la transitoriedad<sup>111</sup> pues gran parte de su concreción queda postergada para otro momento.

Así, en definitiva, el EBEP, por un lado, emerge como fuente de incertidumbre debido a que su delimitación se difiere a leyes de desarrollo autonómicas y de las propias Administraciones encargadas de ordenar sus sistemas de empleo público, dejando un amplio margen de maniobra a estos entes territoriales y en condiciones confusas<sup>112</sup>, de ahí la nota de interinidad que se otorga al texto legal. Por otra parte, el hecho de que el EBEP surja como norma básica en materia de función pública refuerza de nuevo la tesis de la funcionarización<sup>113</sup> del empleo público laboral ya que, en última instancia, supone la aplicación al conjunto de trabajadores que desarrollan su actividad profesional en la Administración Pública, y por extensión al personal laboral, de

---

<sup>108</sup> Fuentetaja Pastor, J.A. “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., p. 459.

<sup>109</sup> Fuentetaja Pastor, J.A. “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., pp. 459-460.

<sup>110</sup> En este sentido, Fondevila Antolín, J., “Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración...”, op.cit., pp. 257 a 259.

<sup>111</sup> Vid. Martín Rebollo, L., “El Estatuto básico del empleado público: un Godot que no ha llegado” [en línea], Revista de Administración Pública, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007), p. 130. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26534rap174009.pdf>.

<sup>112</sup> Un ejemplo de ello es la reflexión de Fondevila Antolín, J., “Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración...”, op.cit., p. 259, que entiende que al introducir la figura del funcionario interino por programas o por exceso de tareas se puede entender que está limitando la contratación laboral temporal (mal endémico hasta nuestros días) pero, sin embargo, ante el silencio de la norma se mantienen ambas vías.

<sup>113</sup> Para un ejemplo de funcionarización, vid. Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito...”, op.cit., p. 20, que considera que el artículo 83 EBEP, que en materia de provisión y movilidad en régimen laboral primero remite al Convenio Colectivo aplicable y, subsidiariamente, al régimen de la función pública, es uno de los supuestos en que se advierte de modo más claro el peso del fenómeno de la «funcionarización» del personal laboral de las Administraciones.

principios y reglas «*tradicionalmente propios del personal funcionario y no tanto a la inversa*»<sup>114</sup> pero sin llegar hasta el punto de aglutinar a todos bajo un único régimen jurídico, manteniendo la dualidad.

Con estos precedentes, como era de esperar, se da al traste con la idea de que el Estatuto acoja un régimen jurídico común a todos los actores que prestan servicios para un empleador público, es decir, para la Administración. En esencia, con el esperado Estatuto Básico del Empleado Público no se crea un marco general en España ya que todo el personal al servicio de la Administración Pública se encuentra sujeto o enmarcado en un dualismo evidente desde el punto de vista de su régimen jurídico: o funcionario público o el personal laboral.

Se opta por dar continuidad a la teoría que aboga por el modelo dual ya que, como recoge el Estatuto en su Exposición de Motivos, aun reconociendo e integrando «*la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas*», no llega a aglutinar una regulación integradora de ambos regímenes.

Y es en esta dualidad de regímenes donde se suscitan «*problemas jurídicos y de gestión de personal*»<sup>115</sup> que obstaculizan la planificación de los recursos humanos en el empleo público.

La realidad es que la publicación del EBEP fue la ocasión perdida. El Estatuto, en su preámbulo, indica que «*aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto*» respetando al mismo tiempo las facultades de organización de las distintas Administraciones Públicas y avanzando hacia la

---

<sup>114</sup> Quesada Lumbreras J.E., "La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía" Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 317, septiembre-diciembre 2011, p. 155, citando a Sánchez Morón, M. en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Ed. Lex Nova, pp. 43-81.

<sup>115</sup> Exposición de Motivos del EBEP.

regulación conjunta del personal que presta servicios en la Administración; y, sin embargo, a renglón seguido estas aspiraciones quedan en una declaración de intenciones porque o no fueron atendidas por ser demasiado innovadoras o simplemente fueron matizadas o porque en último término no se tradujeron en equiparación u homogeneización de regímenes.

El EBEP que se aprueba en el año 2007 supone un avance en la evolución y el reconocimiento jurídico, no siempre aceptado de forma pacífica, de los trabajadores públicos en régimen laboral que nuestro modelo de función pública ya venía experimentando<sup>116</sup> y representa el gran momento de intentar establecer, por primera vez, un marco regulador de todas las relaciones de empleo público<sup>117</sup>, dando una visión global de las diversas categorías de empleados que prestan servicios en nuestras Administraciones<sup>118</sup> pero, tal y como acabamos de ver, al aunar en su texto dos tipos de regulaciones que se amparan en dos títulos competenciales distintos (artículos 149.1.18 y 149.1.7 CE), se mantienen líneas infranqueables para las que hubiesen sido deseables soluciones más audaces<sup>119</sup>.

Se confirma, por tanto, que no se aprovechó la oportunidad de poner fin a una anomalía<sup>120</sup> que está siendo corregida en algunos Estados de la Unión Europea que optan por la unificación de los regímenes jurídicos de los empleados públicos, ya que no resulta del todo razonable que convivan dos

---

<sup>116</sup> Fernández Miranda, J., "El Estatuto Básico del empleado público y la regulación....", op.cit.

<sup>117</sup> Márquez Prieto, A., "Contratación y acceso al Empleo Público" en Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz J.M. (Coord.), 2015, p. 56.

<sup>118</sup> Vid., Castillo Blanco, F.A. "¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral? Una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral", Revista de Administración Pública, número 190, Madrid, enero-abril (2013), p. 312; Castillo Blanco F.A., en VV.AA., "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático.....!", op.cit., p. 87, clasifica estas categorías en una primera de carácter común cuando se refiere a los empleados públicos en general, e inclusiva, por tanto, de funcionarios públicos y personal laboral; una segunda de carácter exclusivo para los funcionarios públicos; y, por último, una tercera categoría que establecería normas solamente referidas al personal sujeto al régimen laboral.

<sup>119</sup> Castillo Blanco F.A., en VV.AA., "El Estatuto Básico del Empleado Público.....", op.cit., p. 88.

<sup>120</sup> En palabras de Linde Paniagua, E., "Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público" en *El Estatuto Básico del empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid 2008, p. 11.

tipos diferentes de personal que, a la postre, son empleados públicos, y cada uno con su propio régimen jurídico.

En nuestra opinión, las relaciones de empleo público deben tender, en la práctica, hacia un único Estatuto general en el que, siendo conscientes de la diversidad de funcionarios existentes [Jueces, Magistrados o Fiscales (cuya función constitucional es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (cuyos derechos colectivos, como el de sindicación, se encuentran limitados)] y las peculiaridades en la regulación de algunas de sus atribuciones, tienen cabida derechos y obligaciones comunes que conforman ese Estatuto que todos los empleados públicos comparten. La heterogeneidad funcional y las especialidades normativas no deben impedir hablar de un Estatuto único, al igual que ocurre en el Derecho del Trabajo en el que existe un marco general común recogido en el ET, a salvo de las relaciones laborales de carácter especial con regulación propia.

En esencia se trata de empleados en los que se dan las notas propias que caracterizan la relación laboral, a saber, voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución<sup>121</sup> y que realizan funciones similares, a salvo, claro está, de las que suponen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas que corresponderán en exclusiva a los funcionarios públicos (artículo 9.2 EBEP). Y esto último es lo que lleva al Derecho Comunitario, a través de las interpretaciones contenidas en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>122</sup>, a poner el acento y establecer las diferencias en función de las tareas que comporta el empleo (concepción funcional) y no por la naturaleza del vínculo que une al trabajador

---

<sup>121</sup> Treviño Pascual, M., "La figura del indefinido no fijo y su extensión.....", op.cit., pp. 67 a 69; Monereo Perez, J.L., "Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo", Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 139, afirma que desde el punto de vista técnico no es justificable que la relación de empleo de los funcionarios públicos sean relaciones sociales de trabajo por cuenta ajena y, sin embargo, su regulación no sea el contrato de trabajo.

<sup>122</sup> Vid. Treviño Pascual, M., "La figura del indefinido no fijo y su extensión.....", op.cit., pp. 68 y 69; las sentencias citadas del TJUE (Sala Segunda) de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-270/13, Iraklis Haralambidis vs. Calogero Casilli, Sentencia de 12 de febrero de 2014, Sala Cuarta, Asunto n.º C-152/73, Giovanni María Sotgin vs. Deutsche Bundespost, Sentencia de 17 de diciembre de 1980, Asunto C-149/79, Comisión vs. Bélgica, Sentencia 3 de junio de 1986, Asunto C-307/84, Comisión vs. Francia, sentencia 3 de julio de 1986, Asunto C-66/85, Deborah Lawrie-Blum vs. Land Baden-Wurtemberg.

y la Administración (concepción institucional) que, como veremos a propósito del concepto de Administración Pública, es el que impera en nuestro ordenamiento y hace que se mantenga la dualidad de regímenes.

Así pues, independientemente de las distintas expectativas depositadas en esta norma, la conclusión es que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, se hace eco de la tendencia existente en la función pública hacia la diversidad<sup>123</sup> motivada por la creciente contratación de personal conforme a la legislación laboral; de hecho, la Constitución compela a que se aprobara un estatuto pensado para los funcionarios públicos y, sin embargo, el legislador opta por un texto básico para todos los empleados públicos<sup>124</sup> como hace constar en su propio título del que erradica la referencia a la función pública presente en el artículo 103.3 de la CE poniendo fin al modelo de función pública tradicional<sup>125</sup>.

Sin embargo, también nace condicionada por un doble motivo: por un lado, por su necesario desarrollo legal posterior y, por otro, por la rigidez impuesta por el mantenimiento del sistema dual que hace que ni se puedan unificar ambos regímenes en el modelo funcional porque su aplicación a todos los empleados públicos no resulta factible<sup>126</sup> dada la estanqueidad del sistema, ni se pueda aplicar, sin más, la normativa laboral ordinaria ya que produciría ciertos desajustes<sup>127</sup> al demostrarse incapaz de gestionar unos recursos humanos sin las previsiones normativas específicas que contemplan la singularidad del sector y del ejercicio de determinadas funciones.

Y esta última opción hubiera sido, sin duda, la más acertada, la que tiende a la laboralización con las necesarias e ineludibles previsiones propias

---

<sup>123</sup> Exposición de Motivos del EBEP.

<sup>124</sup> Siguiendo la opinión de Cantero Martínez, J., "Funcionarios y laborales (a propósito....", op.cit., p. 5.

<sup>125</sup> Parada Vázquez, R., "Derecho del Empleo....", op.cit., pp. 39 y 40.

<sup>126</sup> López Gómez, J.M., "La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen....", op.cit., p. 47.

<sup>127</sup> Castillo Blanco, F. A., "La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales" [en línea], en *Colección Estudios de Relaciones Laborales*, noviembre 2017, p. 125. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_reinternalizacion\\_servicios\\_publicos.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_reinternalizacion_servicios_publicos.pdf)

del sector público porque, como nos recuerda Montoya Melgar<sup>128</sup>, para la plena laboralización hay un obstáculo insalvable desde el momento en que la propia Constitución prevé la obligación de que exista un estatuto de los funcionarios públicos.

## 2.2. Por qué el EBEP afianza la laboralización del empleo público.

Autores como Parada Vázquez<sup>129</sup> y Cantero Martínez<sup>130</sup> afirman que el texto legal publicado configura el empleo laboral en la Administración como un modelo paralelo al funcionarial al permitir su coexistencia y consagra la consolidación de la vía laboral ya iniciada con la LMRFP de 1984 con claras evidencias de modernización y expectativas de flexibilidad, aunque también en términos babélicos y de manera desigual<sup>131</sup>.

La consolidación de un régimen dual en la Ley que aprobó el Estatuto de 2007 no ha significado que las leyes de la función pública absorban y minimicen la regulación del derecho laboral en el ámbito del empleo público; antes al contrario, aunque no se puede negar que *el régimen laboral aplicable a la Administración propende a administrativizarse*<sup>132</sup>, asumiendo roles propios del sistema estatutario en aspectos tales como la selección, la responsabilidad disciplinaria o el régimen de incompatibilidades, también se constata que el régimen funcionarial en su conjunto *tiende a laboralizarse*<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> Montoya Melgar, A., "Las relaciones laborales en el ámbito....", op.cit., p. 16.

<sup>129</sup> Parada Vázquez, R. "Derecho del empleo público....", op.cit., p. 61 y ss., ofrece una dura crítica del Estatuto Básico del Empleado Público advirtiendo que *estamos ante una flagrante vulneración del art.103 de la Constitución que impuso un régimen funcionarial para el conjunto del empleo público y que tras su desconocimiento por el Estatuto ya no tiene el menor sentido.*

<sup>130</sup> Cantero Martínez, J., "Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la administración y .....)", op.cit., p. 4. Cantero Martínez, J., "Los derechos individuales del personal laboral....", op.cit., pp. 59 a 92.

<sup>131</sup> Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función....", op.cit, p. 60; y VV.AA., "Manual Básico de derecho del empleo....", op.cit., p. 37.

<sup>132</sup> Vid. Cantero Martínez, J., "Los derechos individuales del personal laboral....", op.cit., p. 68; Cantero Martínez, J., "Funcionarios y laborales (a propósito....", op.cit., p. 7; asimismo, Montoya Melgar, A., "Las relaciones laborales en el ámbito....", op.cit., p. 17, observa que si bien con el EBEP se mantiene la mutua influencia del Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, se acentúa si cabe *la impregnación de sentido administrativo o funcionarial de la relación laboral.*

<sup>133</sup> Cantero Martínez, J., "Funcionarios y laborales (a propósito....", op.cit., p. 3.

Gran parte de nuestra doctrina acepta que el EBEP *consolida el proceso de laboralización*<sup>134</sup> en el que se hallaba inmerso nuestro modelo de función pública y constituye un texto normativo más directamente aplicable a las relaciones laborales en creciente aumento en el ámbito de la Administración Pública<sup>135</sup>.

Participamos de la opinión de aquellos que afirman que la función pública en España siempre ha estado inmersa en dicho proceso de laboralización, no entendido como sinónimo de privatización<sup>136</sup>, sino como término más específico que vendría a realizarse por una doble vía, «*por la inclusión del Personal Laboral en las Administraciones Públicas, al estilo del modelo alemán y que ha conducido a la ósmosis del Derecho funcionarial y del Derecho Laboral y por la penetración de instituciones y principios básicos del Derecho del Trabajo en el Derecho de la Función Pública, al estilo del modelo italiano*»<sup>137</sup>, lo que quedaría demostrado por el incremento del volumen del empleo laboral presente en todas las Administraciones Públicas en España.

---

<sup>134</sup> Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J., “El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público” [en línea], Revista española de Derecho Administrativo núm. 139/2008 parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2008. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., 2021, p. 18, afirma que hay empleados públicos cuyas relaciones laborales con la Administración se rigen por el Derecho del Trabajo y es el crecimiento considerable de este colectivo, en muchos países durante los últimos años, lo que permite hablar de un proceso de *laboralización parcial* del empleo público; asimismo, Fernández-Caballero Lamana, L., “La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y...”, op.cit, pp. 19 y 37.

<sup>135</sup> Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., p. 469, afirma que *el Estatuto es, por un lado, legislación básica del régimen jurídico de los funcionarios públicos y, por otro, legislación de la relación laboral de empleo público*.

<sup>136</sup> Rodríguez Ramos, M.J., “Teoría General sobre la relación de empleo...” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, op.cit., p. 220, advierte del riesgo de una *huida del Derecho de la Función Pública respecto al Derecho Administrativo, con un importante crecimiento del sindicalismo corporativo y una laboralización, también privatización, de la Función Pública en general*; asimismo, Rodríguez Ramos, M. J., “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia...”, op.cit., p. 3, entiende que el término privatización es más amplio e incluye el de laboralización.

<sup>137</sup> Vid. Rodríguez Ramos, M. J., “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia...”, op.cit., p. 4; en términos similares, Alarcón Caracuel, M. R., “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Rojo Torrecilla, E. (Coord.), Editorial Huygens, Barcelona, 2015, p. 113; igualmente, para un estudio de los modelos alemán e italiano y sus experiencias laboralizadoras, vid. Parada Vázquez, R., “Derecho del Empleo Público...”, op.cit., pp. 28 a 34.

Varios son los parámetros que han impulsado esta laboralización, aunque no siempre se trate de aspectos positivos según los defensores de la prevalencia del estatuto funcional<sup>138</sup>, pero que se pueden concretar en la anhelada necesidad de flexibilización de los recursos humanos en la función pública y la esperada distensión de los, en ocasiones, demasiado rígidos postulados del Derecho Administrativo sin caer, claro está, en la interpretación de que se trata de justificar la “huida”<sup>139</sup> de este régimen normativo. Y es que, como veremos más adelante, la utilización del régimen jurídico laboral no supone una vía de escape de los principios constitucionales<sup>140</sup> que inspiran la actuación de las Administraciones Públicas, razón por la que entendemos que lo público no se encuentra en un proceso de privatización, pero sí ha de servir, a la postre, de transferencia al ámbito de la Función Pública de técnicas e instrumentos de regulación y de garantía de los derechos que se habían venido configurando a lo largo del pasado siglo para los trabajadores dependientes del sector privado.

---

<sup>138</sup> Vid. Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público en una nueva Administración...”, op.cit., pp. 129 y 130, en donde se hace un repaso de las razones que han derivado en un proceso de laboralización de la Administración en España:

- A) Como estrategia anticorporativista del cuerpo funcional y que ha sido desarrollada en varias fases.
- B) Como manifestación de la huida del Derecho Administrativo.
- C) Como mecanismo de elusión a los procedimientos de reclutamiento del personal en aras de un terreno abonado al favor político y clientelismo de los partidos políticos en el poder.
- D) Fruto de la expansión del sindicalismo en la Función Pública en el ámbito internacional y también a partir de la decadencia de la tesis según la cual incumbe al Estado una facultad soberana en las relaciones con sus empleados y trabajadores.
- E) Por la imposibilidad de incorporar, como funcionarios, a los empleos necesarios de la demanda de las Administraciones Públicas de las CCAA emergentes, y la resistencia de la Función Pública estatal de autonomizarse.
- F) Ante los nuevos retos para la Administración Pública cada vez más emergentes, que requerían de mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, para esta gestión el recurso a las técnicas contractuales era herramienta hábil sin duda, como se observaba de las experiencias comparadas.
- G) También influyó en este proceso la evolución hacia un modelo más abierto.

Asimismo, vid. Fondevila Antolín, J., “Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración...”, op.cit., pp. 183 a 195.

<sup>139</sup> Sobre este aspecto vid. López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral...”, op.cit., p. 39; López Gómez, J.M., “La relación laboral especial de empleo público...”, op.cit., p. 31, señala que el fenómeno que se ha denominado de “huida del Derecho Administrativo” se caracteriza por la utilización de normas y técnicas propias del mundo privado en la gestión de las organizaciones públicas, aun manteniendo la titularidad pública de las mismas. Una crítica sobre la proliferación de este fenómeno que viene a quebrar el llamado *régime administratif* puede verse en el Voto Particular de la STC 236/2015 que formula el Magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, al que se adhiere el Magistrado don Juan José González Rivas.

<sup>140</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral...”, op.cit., p. 87.



Se ha de insistir, como hace Sanmartin Casillas<sup>141</sup>, en que aunque la Administración Pública, en las relaciones laborales que mantiene con sus empleados, actúa como un empresario más sometido al Derecho del Trabajo, no es posible obviar que se encuentra sometida en su régimen de actuación a los postulados constitucionales de servir a la defensa del interés general, con lo cual estas relaciones también abrazan dogmas del Derecho Administrativo de lo que se deduce, si se admite la expresión, se trata de dos derechos que están “condenados a entenderse”.

Por ello, no se debe temer una total huida del Derecho Administrativo; esta derivación no es absoluta, ya que también se asiste a una especie de «predominio de la lógica del Derecho Administrativo sobre la lógica específica de regulación y racionalización jurídica a la que sirve de ordinario el ordenamiento laboral (...) dando lugar a una suerte de normativa laboral especial o peculiar en el ámbito del sector público de empleo»<sup>142</sup>. La aproximación de este personal laboral al derecho funcionarial es evidente cuando se le aplican principios tales como los de publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículo 55 EBEP) o el régimen de incompatibilidades aplicable a todos los empleados del sector público (artículo 2.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre) o quedan vinculados a leyes de presupuestos que pueden limitar su régimen salarial (artículos 21 y 27 EBEP en relación con las Leyes de Presupuestos) o su jornada laboral o determinadas ayudas sociales o el “código de conducta” por el que deben regirse (artículos 52, 53 y 54 EBEP) o por la extensión al sector público fundacional y empresarial, que se encuentran fuera del núcleo esencial del concepto de Administración, de principios básicos del Derecho Administrativo (Disposición Adicional primera del EBEP) que tienen que conciliarse, a su vez,

---

<sup>141</sup> Sanmartin Casillas, F.J., “Régimen Jurídico del personal laboral en la Administración Pública. La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo”, [en línea], Tesis de doctorado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2017, p. 61. Disponible en: <https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/5385/sanmartin-casillas-tesis-16-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>142</sup> En opinión de Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia” [en línea], Revista Derecho Social, núm. 67, julio 2014, pp. 14 y 15. Disponible en: <https://vlex.es/vid/aspectos-laborales-interconexion-administraciones-577783006>

con los concurrentes principios básicos del derecho privado y del derecho social del trabajo.

Se trata de dos derechos vivos que evolucionan permanentemente amoldándose a la realidad social que les corresponde regular y, si bien, como dijera Sala Franco<sup>143</sup>, *la tensión entre estos dos complejos normativos (...) se hace evidente*, no debemos olvidar que se trata de dos fórmulas de prestación de servicios progresivamente interrelacionadas y con una evidente tendencia unificadora entre ambos regímenes<sup>144</sup> que ayuda y contribuye a la mejora de la organización del capital humano en el seno de las Administraciones<sup>145</sup> como manifestación de esa proyección *ad intra* de la que hablábamos al principio. Este acercamiento se ve impulsado por la gradual tendencia de la Administración a incrementar la contratación en régimen laboral<sup>146</sup> que es la que, a la postre, le permite manejar cierta flexibilidad interna en la gestión de los recursos humanos. Un razonamiento éste que, desde nuestro punto de vista, nos permite teorizar sobre la posibilidad de que, a futuro, el tratamiento jurídico de la materia modulará principalmente hacia el Derecho del Trabajo y sus criterios inspiradores.

En definitiva, a nuestro juicio, la postura prevalente es que la función pública española está asistiendo a una tendencia progresiva hacia la laboralidad<sup>147</sup> que tiene su fundamento en razones que van desde la crisis

---

<sup>143</sup> Sala Franco, T., "El personal laboral del sector público", Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 20.

<sup>144</sup> Rodríguez Ramos, M. J., "El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con....", op.cit., p. 601; vid., Sempere Navarro, A.V., "La creación jurisprudencial del 'personal indefinido no fijo':...." en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 120 y 121, quien aludiendo al complejo acomodamiento entre los dos bloques normativos, considera de máximo interés el estudio de las dudas y litigios que provoca el intento de conciliación de ambos regímenes.

<sup>145</sup> Sala Franco, T., "El personal laboral....", op.cit., p. 20, afirma que es importante equiparar al máximo ambos regímenes *para una buena y pacífica gestión del personal*.

<sup>146</sup> Monereo Perez, J.L., "Introducción al nuevo Derecho del Trabajo.....", op.cit., p. 145; vid., Álvarez de la Rosa, M., "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público", Documentación Administrativa, número 210-211, mayo-septiembre 1987, p. 233, que respecto a la relación derecho privado-derecho público concluye que *dos órdenes jurídicos distintos regulan la prestación del trabajo en el sector público y ambos están profundamente relacionados*.

<sup>147</sup> Vid. Monereo Perez, J.L., "Introducción al nuevo Derecho del Trabajo.....", op.cit., p. 140, que hace ya más de dos décadas que afirmaba que era posible *predecir que el empleo público se verá atraído progresivamente – con la excepción de las altas categorías funcionariales (precisamente excluidas de la Ley 9/1987 de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación*

conceptual de un modelo funcional cerrado y corporativista<sup>148</sup>, caracterizado por el principio de carrera y el Cuerpo, hasta la evidencia de una necesaria transformación de la planificación del personal en la Administración a fin de conseguir que la misma sea más ágil, eficaz, eficiente e idónea para dar respuesta a las demandas de los administrados, siendo estas algunas de las razones que han favorecido este incremento de la figura del sujeto trabajador en el sector público<sup>149</sup>: la búsqueda de una mayor eficacia en los servicios ofrecidos por los entes públicos, la prohibición de concertar contratos administrativos de colaboración temporal a partir de 1984 y un régimen de empleo público que aproveche la capacidad adaptativa que ofrecen las relaciones laborales respecto a las funcionariales como requisito para incrementar la productividad desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos.

El derecho laboral está ejerciendo una suerte de *vis atractiva* sobre los derechos del personal funcionario<sup>150</sup>. Así, salvaguardadas las prerrogativas que le son propias al personal funcionario por el Derecho Administrativo y que se concretan fundamentalmente en el nombramiento legal, en la inamovilidad en el cargo en la Administración<sup>151</sup> y en la reserva de funciones que implican el ejercicio de autoridad, el EBEP se inclina por vestir el régimen jurídico del

---

*del personal al servicio de las Administraciones Públicas) – por el Derecho del Trabajo , suprimiendo la diversificación de su tratamiento jurídico.*

<sup>148</sup> Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas. Consecuencias sobre el nuevo vínculo jurídico: ¿un tertium genus transitorio funcional?” [en línea], Revista de Administración Pública, núm. 168, Madrid, septiembre-diciembre 2005, pp. 309-350. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-LaFuncionarizacionDelPersonalLaboralDeLasAdministr-1393872.pdf> ; Boltaina Bosch, X., “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la administración pública”, Aranzadi Social, núm. 5, 2002, p. 529. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

<sup>149</sup> Cavas Martínez, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo” [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 185/2016 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas; asimismo, Sánchez Morón, M. “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 62 y 63.

<sup>150</sup> Opinión no siempre bien acogida por la doctrina administrativista; vid. Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito...” op.cit., p. 7, como ya se ha dicho este autor considera que el acercamiento entre ambos regímenes está virando hacia una administrativización del régimen aplicable al personal laboral.

<sup>151</sup> Desde un punto de vista formal, el acto del nombramiento y la inamovilidad son las dos grandes notas básicas que configuran el régimen del funcionario público y que nos permiten distinguirlo del contratado laboral de la Administración, Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito...” , op.cit., p. 3.

personal funcionario con ropajes laborales tanto en materia de derechos individuales como derechos colectivos sin olvidar, no obstante, que el régimen funcional también exporta algo de su regulación estatutaria<sup>152</sup> al personal laboral.

Los funcionarios se asemejan cada vez más, en aspectos formales y materiales, al personal laboral que presta sus servicios para las Administraciones públicas. Ya es sabido que el vínculo profesional que mantienen con la Administración está perfectamente definido por leyes y reglamentos en el marco de su estatuto público; ahora bien, conviene matizar<sup>153</sup> que hoy en día se reconocen ciertos derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, derechos de participación y representación o de libertad sindical, como el derecho de negociación colectiva<sup>154</sup>, en otro tiempo impensables para la función pública, que permite alcanzar una serie de reglas que, sin ser plenamente asimilables al convenio colectivo, adoptan la forma de pactos o acuerdos próximos al régimen propio del derecho laboral<sup>155</sup>, por lo dispuesto en los artículos 15 b) y 31.1 del EBEP y expreso reconocimiento para los funcionarios en el artículo 33 del mismo texto legal.

De hecho, si se observa la jurisprudencia europea<sup>156</sup> surgida de las cuestiones prejudiciales<sup>157</sup> planteadas por los jueces españoles al Tribunal de

---

<sup>152</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público” op.cit., p.5, quien afirma que *se ha producido, en definitiva, un trueque: la funcionarización del personal laboral — tanto por conversión como por separación formal del ET— a cambio de la laboralización de los derechos contenidos en el EBEP para los funcionarios públicos.*

<sup>153</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 18 y 19.

<sup>154</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen...”, op.cit., pp. 39 y 40; para un estudio de la evolución del derecho de negociación colectiva en la Administración Pública vid., Marín Alonso, I., “Problemática de la negociación...” en *Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos: Análisis y Perspectivas*, op.cit., pp. 54 a 76. Asimismo, VV.AA. “Manual Básico de derecho del empleo...”, op.cit., pp. 243 a 255 y Sánchez Morón, M. “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 292 a 312.

<sup>155</sup> Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización ...”, op.cit., p. 2, apunta que *la convergencia entre el Estatuto de los Funcionarios y el de los Trabajadores se produce ante todo en derecho colectivos, pues ya durante los años setenta los sindicatos y las representaciones de funcionarios eran activos y negociaban con las Administraciones de múltiples formas.*

<sup>156</sup> A partir de la respuesta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia dictada el 14 de septiembre de 2016 que resuelve los casos acumulados C-184 y C-197/2015 (en términos similares la sentencia de 14 de septiembre de 2016 del TJUE en el asunto C-16/15), la sentencia núm. 618/2016 de 12 diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, (Sala de lo Contencioso-

Justicia de la Unión Europea demandando la interdicción de cualquier discriminación en las condiciones de trabajo de todo el personal de la Administración, observamos cómo se están introduciendo importantes cambios que, basándose en el principio de primacía del Derecho de la Unión, han llevado incluso a algunos Juzgados y Tribunales nacionales, aunque hay que admitir que todavía de forma muy excepcional, a hacer extensiva la figura del indefinido “no fijo”, hasta ahora exclusiva del ámbito del derecho laboral que se aplica en las Administraciones Públicas y sobre la que más adelante se abundará, al personal funcionario temporal o a reconocer la indemnización por finalización de contrato al funcionario interino equiparándolo en derechos al personal laboral temporal de la Administración.

La aparición de estos pronunciamientos europeos están contribuyendo a consolidar un régimen común y convergente, propio del derecho laboral, en cuestiones relativas a la promoción profesional, la jornada, las vacaciones, las condiciones de empleo que, por lo general, es consecuencia, de la extensión de las garantías de los trabajadores a los empleados públicos sea cual sea la naturaleza de su relación de servicio con las Administraciones públicas<sup>158</sup>.

---

Administrativo, Sección 3ª) resuelve que la solución al caso planteado por la funcionaria interina consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el Orden Jurisdiccional Social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos y declarar su condición de indefinida no fija [Esta sentencia fue anulada en casación por el Tribunal Supremo]. Asimismo, la sentencia de 30 de junio de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de A Coruña

<sup>157</sup> Siguiendo a Iglesias Cabero, M., “La Constitución Española y el Ordenamiento comunitario europeo”, en *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo I), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 350, el planteamiento de la cuestión prejudicial requiere necesariamente la existencia de una duda razonable y persigue como objetivos:

- *“Facilitar la labor de los Jueces nacionales en la aplicación del Derecho comunitario.*
- *Garantizar la uniformidad en la aplicación de tal Derecho.*
- *Lograr el mismo efecto en todos los supuestos, evitando la dispersión”.*

<sup>158</sup> Ordoñez Solís, D., “Incidencia de la normativa i jurisprudencia comunitaria i de la protecció de dades en les relacions laborals de les Administracions Publiques” [en línea], Seminari d’actualització de la Funció Pública Local. FMC, julio 2013, p. 2. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/Ordonez\\_Solis\\_normativa\\_europea\\_empleados\\_publicos.pdf?noredirect=1](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/Ordonez_Solis_normativa_europea_empleados_publicos.pdf?noredirect=1).

## CAPITULO SEGUNDO

LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONAL LABORAL Y EL NECESARIO ENCUADRAMIENTO DE LA NOCIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE PERMITA ACOTAR EL ÁMBITO EN EL QUE ESTA FIGURA JURÍDICA SE DESENVUELVE.

### I. Reflexiones generales.

La concurrencia entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral a la que venimos haciendo alusión y el marco legal en el que se desenvuelven estas singulares relaciones jurídicas en las que el empleador ostenta la forma jurídica de Administración Pública, determina que adquieran especial relevancia el concepto y la definición de los agentes que intervienen en las mismas.

Por ello, *a priori*, ha de quedar claro qué se entiende por Administración Pública, cómo está formada y los entes que la integran atendiendo a la perspectiva territorial o funcional de la misma para, *a posteriori*, pasar a delimitar la figura de los demás actores que forman parte de la ecuación empleador/empleado o, más bien, Administración Pública/personal a su servicio (funcionario, laboral o eventual del artículo 8 del EBEP), con especial atención al personal laboral objeto de nuestro estudio.

### II. Elementos esenciales de la definición de Administración Pública

Desde un punto de vista etimológico, el término Administración proviene del latín *administrare* que significa “servir” y desde una perspectiva política, social y económica, el origen de la Administración se debe remontar a aquellas épocas en las que ha existido una forma social organizada, que ha contado con un poder constituido como forma de administrar vinculado al concepto jurídico de servicio público y con el que se han relacionado los individuos dependientes

del mismo, concibiéndose como una realidad histórica que adquiere carta de naturaleza tras la implantación de la separación de poderes, frente al absolutismo monárquico, por el pensamiento nacido de la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII<sup>159</sup>.

Pero, por lo que a nuestro análisis se refiere, si queremos concretar los distintos tipos de personal que prestan servicios en las Administraciones Públicas y, en concreto, el empleado público personal laboral, será necesario determinar lo que se ha de entender en puridad por Administración Pública.

## 1. El concepto de Administración Pública en la Unión Europea.

Cabría esperar, en una aproximación a lo que ha de entenderse por Administración Pública, que un primer concepto general y aglutinador debiera surgir en el seno del Derecho Comunitario; sin embargo, desde épocas muy tempranas se afirma por la doctrina laboralista<sup>160</sup> y la doctrina administrativista<sup>161</sup> que la noción de Administración Pública a los efectos de este derecho resulta problemática habida cuenta de que el Tratado de Roma Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), de fecha 25 de marzo 1957, en su versión originaria, no hace referencia a un concepto comunitario y deja en manos de cada Estado la facultad de definir y organizar su propia Administración, con lo que ello representa a efectos jurídicos pues de cómo se defina la Administración dependerá cómo se organice el personal que presta servicios en la misma.

---

<sup>159</sup> Castro Pascual, J.M., "El Derecho Administrativo como derecho de la Administración Pública" en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. (coord.), Universidad Internacional de Andalucía, 2004, p. 39; VV.AA. "Manual de Derecho Administrativo...", op.cit., pp. 193 y 194.

<sup>160</sup> Gómez Muñoz, J.M., "Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español", CES, Colección Estudios núm. 22, Primera edición, 1996, pp. 187 y ss.

<sup>161</sup> Calonge Velázquez, A., "El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración Pública Nacional y Administración Pública Comunitaria", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2º semestre de 2010, pp. 12 y 13; Fuentetaja Pastor, J.A., "La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión", Fundación Alfonso Martín Escudero, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 29.

Volviendo al mencionado Tratado de Roma, éste sólo contiene el término Administración Pública en tres ocasiones y siempre para referirse a las Administraciones Públicas nacionales<sup>162</sup>. Los artículos 48.4 y 49.a) dedicados a la libre circulación de trabajadores y el artículo 54.3.b) que se encuentra entre las disposiciones dedicadas al derecho de establecimiento, son los únicos preceptos del Tratado que incluirán este término, pero sin ofrecer concepto alguno<sup>163</sup>, tan solo se limitan a excepcionar a los nacionales de otro Estado miembro del acceso a los empleos de la Administración Pública (artículo 55 TCE).

La situación no cambia en la nueva numeración de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>164</sup> (TFUE) que menciona a la Administración en los artículos 45.4, 46.a), 50.2.b), 73 y 298<sup>165</sup>.

Dos son las posturas fundamentales en esta labor jurídico hermenéutica<sup>166</sup> que realiza la doctrina a partir de dos preceptos fundamentales, los artículos 48.4 y 55 TCE:

a) Concepción institucional, orgánica o amplia, según la cual es posible identificar Administración Pública con sector público lo que va a permitir la extensión de la restricción de estos preceptos al acceso a cualquier empleo vinculado con dicho sector, siendo cada Estado soberano para determinar qué puestos de trabajo son excluidos. Lo determinante, por tanto, es que si la

---

<sup>162</sup> Vid. Calonge Velázquez, A. "El concepto de Administración pública en la Unión...", op.cit., p.15.

<sup>163</sup> Calonge Velázquez, A. "El concepto de Administración Pública en la Unión...", op.cit., p.15.

<sup>164</sup> Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de mayo de 2008 - C115/47, y en el BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 1 junio 2010, núm. 133)

<sup>165</sup> «En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente»

<sup>166</sup> Siguiendo a Domínguez-Berrueta de Juan, M. y Nevado Moreno, P. T., "La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la Función Pública de los Estados miembros" en *La Constitución Europea en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III) Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, pp. 1057 a 1060.



entidad donde el trabajador comunitario pretende prestar sus servicios es de naturaleza pública quedará automáticamente restringido su acceso.

b) Concepción funcional o estricta. A los efectos de buscar una interpretación armónica entre los ordenamientos internos de los Estados miembros, se debe optar por aplicar el principio excluyente en función de la naturaleza del trabajo a desarrollar.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>167</sup> juega un papel decisivo en el desarrollo del Derecho Administrativo común europeo<sup>168</sup>. En este sentido, siguiendo la opinión de Gómez Muñoz<sup>169</sup>, ante posturas tan antagónicas y como consecuencia de la disparidad de criterios sobre la materia, la labor de este Tribunal de Luxemburgo<sup>170</sup> ha resultado esencial también a la hora de perfilar un concepto de Administración Pública derivado de la hermenéutica llevada a cabo por el mismo respecto de los preceptos del TCE.

Así pues, la noción europea de Administración Pública que nace, principalmente, en interpretación del mencionado artículo 48.4 TCE relativo a la libre circulación de trabajadores, ofrece una concepción funcionalista<sup>171</sup>, que

---

<sup>167</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) desde 1952 hasta el 1 de diciembre de 2009 que pasa a denominarse Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

<sup>168</sup> Como nos recuerda Moreno Molina, J.A., "La Administración Pública Comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho Administrativo Europeo Común", Revista de Administración Pública, nº 148, enero-abril 1999, p. 343. En el mismo sentido, Fernández López, M. F., "Libertad de circulación de trabajadores" en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 924, que pone de manifiesto la trascendental función de suplencia de las carencias legislativas del derecho comunitario que desempeña el TJCE.

<sup>169</sup> Gómez Muñoz, J.M., "Libre circulación de trabajadores en el empleo público...", op. cit., pp. 189 a 192.

<sup>170</sup> El TJUE tiene su sede en Luxemburgo.

<sup>171</sup> Gómez Muñoz, J.M., "Libre circulación de trabajadores en el empleo público...", op. cit., pp. 200 a 202, afirma que la concepción funcional, frente a la concepción organicista o institucional o incluso a la mixta orgánico-funcional, parece ser la de mayor viabilidad, aunque tampoco puede escapar a la crítica doctrinal "Es cierto que esta posición posee sólidos fundamentos constitucionales en el derecho comunitario, habida cuenta del respeto escrupuloso con que trata a los principios de efecto útil de los Tratados y de aplicación uniforme de las reglas comunitarias (...) A pesar de esta solidez argumental no

vincula y acota el concepto de Administración, no en atención a la naturaleza pública del empleador o del vínculo jurídico entre empleado y empleador ya que tales calificaciones varían entre las distintas legislaciones nacionales<sup>172</sup>, sino tomando en consideración las funciones que comportan una participación directa en el ejercicio de poder público o en las atribuciones derivadas de tareas específicas a desarrollar. Además, como afirma Fernández López<sup>173</sup>, esta limitación basada en el ámbito funcional no se circunscribe a los márgenes de la libertad de circulación sino que va más allá y se reitera respecto de los desplazamientos en el ejercicio de otras libertades básicas como la libertad de establecimiento del artículo 55 TCE.

La doctrina científica<sup>174</sup>, tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, concluye que este concepto funcional de Administración Pública, vinculado a la hermenéutica llevada a cabo en torno al principio de libre circulación en Europa, se hace en un “sentido restrictivo”<sup>175</sup>. Y ello guarda

---

*se nos escapa que la aplicación pura de la concepción funcionalista puede conducir a resultados no deseados en la medida en que, (...) la existencia de funciones públicas ligadas a los intereses más altos del Estado o de los organismos públicos requiere la determinación previa de conceptos tan jurídicamente indeterminados como el de autoridad pública o tan difícilmente juridificables como el de relación de solidaridad con el Estado”.*

<sup>172</sup> Gómez Muñoz, J.M., “Consideraciones jurídicas acerca del concepto comunitario de trabajador migrante”, en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, pp. 1194 a 1195.

<sup>173</sup> Fernández López, M. F., “Libertad de circulación de trabajadores” en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 949, reproduce el contenido del artículo 55 TCE para concluir que cualquier atisbo definitorio irá en la línea de atender a la naturaleza de las tareas realizadas o “*con el ejercicio del poder público*” (art. 55, pfo. 1º *in fine*); asimismo, vid. Landa Zapirain, J. P., “La noción de empleo público en el derecho comunitarios europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE”, en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 1208, que afirma que la interpretación restrictiva del TJUE de los artículos 48.4 y 55.1 TCE construye la noción de “Administración Pública” sobre la base de la exclusión de los empleos.

<sup>174</sup> Calonge Velázquez, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión...”, *op.cit.*, p. 18; y Fernández López, M. F., “Libertad de circulación...”, *op.cit.*, pp. 949 a 959, quien realiza un análisis de la jurisprudencia del TJ *encargada de resolver este delicado impasse interpretativo*.

<sup>175</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral...”, *op.cit.*, p. 45, quien cita la sentencia del TJ (Asunto Comisión Europea vs Bélgica de 17 de diciembre de 1980) en la que se concluye que “no cabe acoger una interpretación en virtud de la cual la excepción del artículo 48.4 [TCE] tenga un alcance general referido a todos los puestos de trabajo en la Administración”; y Fernández López, M. F., “Libertad de circulación de...”, *op.cit.*, pp. 950 y 951, recuerda que en este Asunto de la Comisión ésta mantiene una propuesta definitoria *notablemente restrictiva*; asimismo, Domínguez-Berrueta de Juan, M. y Nevado Moreno, P. T., “La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre...”, *op.cit.*, pp.

toda lógica desde el momento en que este derecho de libre circulación se configura como una de las «*libertades básicas sobre las que se sustenta el Ordenamiento Comunitario y que obliga a una definición estricta del concepto de Administración como ámbito exento del ejercicio de aquella libertad*»<sup>176</sup>.

Esto quiere decir que los empleos que pueden ser excluidos del ámbito de la libertad de circulación no son todos los desempeñados en una Administración Pública sino solo aquellos que graviten en torno a dos fundamentos: o bien que impliquen el ejercicio de funciones revestidas de *imperium* en las que, sin hacer mención el Tribunal de Justicia al contenido estricto de las tareas a desarrollar, el sujeto se halla investido de poderes exorbitantes o bien que contribuyan a la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas, aludiendo en estos casos a actividades concretas «*sin atender tanto a los poderes que se ostentan en el ejercicio de aquéllas en cuanto a la naturaleza de los intereses en juego*»<sup>177</sup>.

Desde esta perspectiva comunitaria y siguiendo a Calonge Velázquez<sup>178</sup>, en Europa el concepto de Administración Pública se circunscribe sólo a los organismos que ejercen esas funciones.

Hasta aquí, por tanto, la definición de Administración Pública en el contexto europeo se vincula a un concepto restringido en consonancia con la interpretación también restringida que se hace de las excepciones a la libre circulación de un nacional de un Estado miembro a otro para el desempeño de puestos de trabajo en la Administración.

Ahora bien, el concepto cambia cuando se aborda la interpretación de la reglamentación comunitaria en materia de Seguridad Social; aquí la definición

---

1060 a 1062, cita la sentencia del TJCE de 12 de febrero de 1974 (caso Sotgiu) como el primer litigio en el que se pronunció sobre la materia a favor del concepto funcional.

<sup>176</sup> Palomar Olmeda, A., "Derecho de la Función Pública...", op.cit., p. 89, citando a Gómez Muñoz J.M. y Rodríguez Ramos, P., "La libertad de circulación de los Trabajadores en la Unión Europea" en *Una aproximación al derecho social comunitario*, Cruz Villalón y Pérez del Río (coord.), Tecnos, Madrid 2000.

<sup>177</sup> Fernández López, M. F., "Libertad de circulación...", op.cit., pp. 952 a 954.

<sup>178</sup> Calonge Velázquez, A., "El concepto de Administración Pública en la Unión...", op.cit., p. 18

de Administración ya no se vincula a las funciones sino que entran en juego otros parámetros.

En este sentido, de pronunciamientos del Tribunal de Justicia europeo sobre la materia se desprende que, cuando se trata de aplicar el apartado 4 del artículo 4 [que dispone que el Reglamento “*no se aplicará a (...) los regímenes especiales de los funcionarios o del personal asimilado*”] del Reglamento (CEE) nº 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo al régimen de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan por dentro de la Comunidad<sup>179</sup>, el concepto europeo de Administración Pública ya no será funcional, circunscribiéndose solo a aquellos organismos que actúan en el ejercicio de una potestad pública y de responsabilidad en la satisfacción de un interés general, sino que abarcará también a aquellos entes públicos que cuenten con personal sujeto al estatuto funcional o asimilado donde las notas de ejercicio de prerrogativas públicas y de salvaguarda de los intereses generales del Estado no son determinantes<sup>180</sup> y se opte por centrarse en las características del vínculo de los sujetos en cuestión. Aquí el concepto de Administración Pública no responde a una concepción funcionalista ya que quedarán fuera del ámbito del Reglamento todo el personal funcionario (cualesquiera que sean sus funciones) que preste servicios en la Administración mientras que habrá otros sujetos que presten servicios en la Administración que sí lo estarán por razón de su modalidad de contratación<sup>181</sup> y la naturaleza jurídica del vínculo.

En este supuesto, en sentencia de 22 de noviembre de 1995, en el asunto C-443/93, el Tribunal Europeo responde que no se atenderá al concepto funcional establecido «*en el apartado 4 del artículo 48 del Tratado, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia*» sino que abarcará «*a todos los*

---

<sup>179</sup> En su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) nº 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983 (DO L 230, p. 6)

<sup>180</sup> Calonge Velázquez, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión...”, op.cit., p.19

<sup>181</sup> Fernández López, M. F., “Libertad de circulación...”, op.cit., p. 961.

*funcionarios empleados por una administración pública y al personal asimilado»* al margen de las funciones que desempeñen.

Además de la concepción funcional restrictiva referida al principio de libre circulación de trabajadores en Europa, y de la concepción de Administración derivada de la naturaleza del vínculo Administración/empleo en el marco de la normativa europea de Seguridad Social, si se analizan las primeras Directivas Comunitarias sobre contratación pública<sup>182</sup>, éstas delimitarán el concepto de Administración Pública mediante la enumeración de los organismos que forman parte de la misma por cuanto pueden ser sujetos susceptibles de adjudicación de los contratos de obras públicas; y ello no es una cuestión nimia pues esta concepción institucional de Administración es la que será determinante en nuestro derecho interno.

Así las cosas, lo cierto es que no se da en el Derecho Comunitario un concepto de Administración Pública unívoco por lo que, en nuestro análisis y con objeto de depurar una línea definitoria, se acudirá a la opinión doctrinal que ha tratado de desentrañar los entresijos del concepto de Administración Pública.

Al hilo de lo anterior, y atendiendo a Entrena Cuesta<sup>183</sup>, el concepto se puede analizar desde dos puntos de vista, subjetivo y objetivo. En el primer sentido, cabría entender por Administración Pública un conjunto de órganos; en el segundo, una actividad. Si bien la naturaleza de la función será lo que determine la existencia de una Administración Pública, ésta no podrá

---

<sup>182</sup> Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras públicas y Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros

<sup>183</sup> Entrena Cuesta, R., "El concepto de Administración Pública en la Doctrina y el Derecho españoles" [en línea], Revista de Administración Pública, (32). CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1960, p. 57. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeAdministracionPublicaEnLaDoctrinaYEIDe-2112459.pdf>.

desvincularse de su dimensión subjetiva «*siempre que se acepte como definidor del mismo cierta caracterización jurídico-formal específica*»<sup>184</sup>.

El avance en el proceso de integración europeo parece haber ido en línea con esto, propiciándose la aparición de un concepto de Administración Pública europea complejo de tal forma que, teniendo en cuenta tanto la perspectiva subjetivo-institucional como la objetivo-funcional, la Administración pública europea sería en sentido subjetivo (concepción institucionalista) «el conjunto interrelacionado de órganos y servicios europeos y nacionales que actúan para la ejecución del Derecho de la Unión» y en sentido objetivo (concepción funcionalista) la «función que ejercen tales órganos con la finalidad de satisfacer los intereses colectivos europeos»<sup>185</sup>.

Teniendo en cuenta estos precedentes, se afirma que *el concepto válido de Administración de la Unión Europea no puede ser otro que el correspondiente a la gobernanza multinivel*<sup>186</sup> capaz de reflejar el proceso de integración de los distintos actores que intervienen a nivel europeo y nacional encargados de la ejecución del derecho comunitario<sup>187</sup>.

Pero aun admitiendo lo anterior, no podemos obviar que el concepto de Administración que nos ofrece el derecho comunitario se orienta más al criterio funcional. Siguiendo a Sala Franco<sup>188</sup>, no cabe duda de que si bien el principio de libre circulación de trabajadores no rige para los empleos en la Administración Pública es, sin embargo, el que va a servir de referencia para definir el concepto por parte del Tribunal de Justicia europeo «*no permitiendo que la delimitación de la noción de Administración Pública se abandone a la*

---

<sup>184</sup> Martínez López-Muñiz, J.L., "El concepto de Administración pública de la Ley de lo contencioso tras la Constitución de 1978" [en línea], Revista de Administración Pública, (96). CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981, p. 231. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeAdministracionPublicaDeLaLeyDeLoConten-1050137.pdf>.

<sup>185</sup> Calonge Velázquez, A., "El concepto de Administración Pública en la Unión...", op.cit., pp. 24 y 29.

<sup>186</sup> Elías Méndez, C., "La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración Pública Europea: Análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica" [en línea], ReDCE. Año 10. Núm. 20. Julio-diciembre/2013, p. 29. Disponible en: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/01\\_ELIAS.pdf](https://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/01_ELIAS.pdf).

<sup>187</sup> Elías Méndez, C., "La Administración de la Comisión Europea...", op.cit., p. 29.

<sup>188</sup> Sala Franco, T., "Incidencia de la legislación laboral....", op.cit., p. 44.

*completa discrecionalidad de los Estados Miembros sino refiriéndose a un concepto comunitario de Administración Pública»* porque, volviendo al citado artículo 45.4 del TFUE (antiguo artículo 39 TCE), el Tribunal Europeo afirma que *«la naturaleza de Derecho Público o privado del vínculo jurídico de la relación laboral no es determinante para la aplicación del artículo 45 del TFUE»*<sup>189</sup> y que *«[l]a normativa comunitaria solo permite excluir determinadas actividades que impliquen una participación en los poderes públicos y estén conexos a la tutela de los intereses generales del Estado»*<sup>190</sup> (Asunto Comisión vs Bélgica de 1980), entendiendo que para la aplicación de la exclusión del mencionado precepto no se distingue entre los empleos ocupados por los funcionarios y los ocupados por los laborales<sup>191</sup>.

En el fondo de estas interpretaciones, compartiendo la opinión de autorizada doctrina<sup>192</sup>, se encuentra ya latente la tensión entre la creciente laboralización de la función pública y la retención por el Estado de competencias soberanas como justicia, defensa y orden público.

Por tanto, cabe concluir que el concepto de Administración Pública a la luz de la normativa europea se reconduce y se centra más en la naturaleza de las funciones que como entidad tiene encomendadas (concepto funcionalista) que en los órganos que integran la misma. El problema es que la alusión a “funciones propias de la Administración” es un concepto vago, no definido por la normativa europea ni por nuestro legislador nacional, por lo que se hace necesario volver sobre él más adelante como elemento clave para arbitrar la capacidad de autoorganización y estructuración del sistema de gestión del régimen jurídico de su personal.

---

<sup>189</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Asunto C-270/13, Iraklis Haralambidis contra Calogero Casilli.

<sup>190</sup> Vid. Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral....”, op.cit., p. 45, que respecto del anterior precepto 48.4 TCE cita diferentes sentencias del Tribunal de Justicia Comunitario (Asunto Sotgiu de 1974 y Asunto Lawrie Blum de 1986) en las que ya se destacaba la irrelevancia del vínculo funcional o laboral que une al empleado con la Administración, justificando la excepción a la libre circulación de trabajadores sólo en “la protección de un reducto de funciones soberanas de los Estados” (Asunto Comisión Europea vs. Francia de 1986).

<sup>191</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido no fijo....”, op.cit., p. 70.

<sup>192</sup> Gómez Muñoz J.M. y Rodríguez Ramos, P., “La libertad de circulación de los Trabajadores....” en *Una aproximación al derecho social comunitario*, op.cit., p.40.

## 2. El concepto de Administración Pública en el derecho interno español.

La Administración Pública no aparece definida en nuestra Carta Magna ni en el resto de nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución Española contiene diversas referencias a la misma y concretas alusiones a la Administración en las que describe a la misma como una estructura al servicio de los tres poderes del Estado: el Gobierno dirigirá la Administración «*de acuerdo con la Constitución y las leyes*» (artículo 97 CE), los Tribunales controlaran la actuación administrativa y el sometimiento de la misma «*a los fines que la justifican*» (artículo 106 CE), su finalidad será servir «*con objetividad los intereses generales*» y su razón de ser, actuar «*con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*» (artículo 103.1 CE).

A pesar de no existir una definición constitucional, la Administración Pública no se concibe como una única realidad sino que se asocia a un concepto plural<sup>193</sup> (recordemos que la Administración Europea también se vincula a una gobernanza multinivel) que deriva de la peculiar organización del Estado español.

Atendiendo a ese carácter orgánico, conviene comenzar distinguiendo, como hiciera Ramos Moragues<sup>194</sup>, los dos principales bloques de

---

<sup>193</sup> Bermejo Vera, J. “Derecho Administrativo Básico” [en línea], Volumen I, Parte General, 13ª ed., Editorial Civitas, julio 2019. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>; Fuentes Rodríguez, F., “Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Administración Pública”, en XXXIII Jornadas universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz J.M. (coord.), 2015, p. 21, concibe la Administración compuesta de múltiples realidades en función del ámbito territorial, su diferente estructura o su ámbito competencial.

<sup>194</sup> Ramos Moragues, F., “Delimitación del Sector Público y ámbito aplicativo del EBEP”, en Las relaciones laborales en el sector público, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019, p. 14. Aparte de los dos grandes bloques definidos, el autor señala que *No se agotan aquí las personas jurídicas administrativas existentes en España sino que junto a las dos categorías mencionadas, deben añadirse las entidades de carácter asociativo a las que la Ley confiere personalidad jurídica pública para dar cumplimiento a determinadas funciones de interés general, esto es, la «Administración corporativa»; y, por otro lado, determinados organismos que intervienen en sectores especialmente relevantes para el país, razón por la cual, es pertinente que gocen de una cierta neutralidad o independencia respecto de la acción del Gobierno —surge así la llamada, Administración independiente—*. Añade que, además, *podría hablarse de una quinta categoría, denominada como «Administración consultiva», de la que sería máximo exponente el Consejo de Estado*. Otro estudio sobre el concepto de Administración Pública en Fernández Delpuech. L. “Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al



Administraciones existentes, según el carácter que las define y que forman parte del concepto más amplio de Administración Pública.

Un primer bloque sería, por su carácter territorial u orgánico, la Administración estatal, autonómica y local que se corresponden con los tres niveles territoriales en que se estructura el Estado español y que conforman lo que comúnmente se conoce como «*Administraciones o entes territoriales*» y un segundo bloque, de carácter funcional, integrado por organizaciones públicas específicas creadas por una Administración Pública matriz (territorial o no) para adquirir una mayor eficiencia en la consecución de los intereses generales y sobre la que ejerce una posición superior de dependencia<sup>195</sup>, conocida como «*Administración institucional o instrumental*» o sector público institucional.

Esta denominada Administración instrumental, resultaba ya reconocida como tal en la sentencia del Tribunal Supremo (TS), de 28 de septiembre de 1978, que afirmaba que «*La Administración para el logro de los distintos intereses públicos económicos y la prestación de los correspondientes servicios puede acudir, y de hecho acude, a una variada gama de formas organizativas, entre las cuales se encuentran las empresas personificadoras con personalidad jurídico-privada y capital mixto; así, la Administración participa en concepto de socio, y además comparte también la dirección y gestión empresarial, bien porque a la Administración se le haya reconocido esa gestión en los Estatutos, o de otra forma jurídica, circunstancias que imprimen a la empresa el carácter público (...)*»

Sin embargo, no es hasta la publicación de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuando se consolida el concepto de sector público institucional<sup>196</sup> para referirse a un conjunto de realidades muy diversas

---

empleo público” [en línea], Cizur Menor Navarra, Aranzadi 2015, 1ª Edición. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

<sup>195</sup> Ortiz Mallol, J., “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, coord. Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G., Universidad Internacional de Andalucía, 2004, p. 595.

<sup>196</sup> Palomar Olmeda A. “El despido colectivo en las Administraciones y Entes Públicos. Marco general, causas y procedimiento” [en línea], en *Estudios de Relaciones Laborales*, octubre 2013, p. 24. Disponible

que se caracterizan por la presencia pública en la financiación o en el régimen de adopción de las decisiones de gobierno de la entidad.

En puridad, por tanto, una acepción amplia de Administración Pública englobaría ambos bloques, dejando para casos concretos la alusión específica a cada una de ellos.

En otro sentido, Palomar Olmeda<sup>197</sup> prefiere hablar, en lugar de bloques aglutinados bajo un concepto común, de macroconcepto y microconcepto. El primero estaría compuesto por un concepto “amplio” que incluye los supuestos de Administración centralizada, descentralizada funcionalmente, el sector empresarial, el sector fundacional público, consorcial, asociativo público y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y se encuentren financiados mayoritariamente por sujetos pertenecientes al sector público. El microconcepto se dejaría para la concepción clásica de Administración Pública parte integrante del sector público.

A vueltas con todo ello nos encontramos, por un lado, con que no hay una regulación normativa que unifique la definición de Administración Pública, por otro, que esa dispersa regulación normativa acota, para cada ámbito sobre el que se proyecta, qué se entiende por Administración Pública lo que no añade sino más confusión y, finalmente, conviene no olvidar que nos enfrentamos a un concepto procedente del ordenamiento administrativo, en lógica consecuencia con el hecho de que la normativa laboral no tiene por qué confeccionar una definición de la misma, lo que viene a sumar mayor dificultad a la labor definitoria que a nuestro estudio interesa.

---

en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_despido\\_colectivo.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_despido_colectivo.pdf). Considera este autor que estamos ante un concepto que lejos de ir consolidándose en su composición ha ido variando a lo largo de nuestra historia legislativa española.

<sup>197</sup> Palomar Olmeda A. “El despido colectivo en las Administraciones....”, op.cit., p. 24.

Y es que como decíamos al inicio de este epígrafe, definir qué se entiende por Administración Pública nos va a permitir delimitar los actores que conforman la misma, definir su estructura de empleo público y, por ende, el concreto perfil del personal laboral al que nos referimos.

Así, iniciando nuestro estudio con la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)<sup>198</sup> se observa cómo tienen, en todo caso, la consideración de Administraciones Públicas, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

En estos organismos públicos y entidades de derecho público acabados de mencionar<sup>199</sup>, quedarían integrados, por una parte, los entes que adoptan una forma pública de personificación y actúan sujetos al Derecho público, como son los organismos autónomos<sup>200</sup> y las agencias estatales<sup>201</sup>, y cuyo personal

---

<sup>198</sup> Artículo 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, «BOE» núm. 236, de 02/10/2015 así como, también, el artículo 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, «BOE» núm. 236, de 02/10/2015

<sup>199</sup> Definidos en el artículo 88 de la LRJSP.

<sup>200</sup> Vid. artículos 98 a 102 de la LRJSP; asimismo, Ramos Moragues, F., “Delimitación del Sector Público...”, op.cit, p. 33, nos recuerda que el régimen jurídico de los organismos autónomos dispuesto en la LRJSP será de aplicación a las *Entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades que integran la Administración de la Seguridad Social*, si bien les confiere un régimen especial ya que en materia de personal (además de otros aspectos), le será de aplicación su legislación específica, la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y, supletoriamente, por la LRJSP (Disposición adicional 13ª).

En cuanto a los Consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias (artículo 118 LRJSP).

<sup>201</sup> Entidades, en un primer momento, con previsión de extinción en 2019 tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, que preveía la adaptación de las mismas a esta ley en el plazo de 3 años desde su entrada en vigor el 2 de octubre de 2016 y la correlativa derogación de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Sin embargo, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021, en vigor desde el 1 de enero de 2021 recupera esta figura e introduce una regulación completa de la misma en los artículos 108 bis a 108 sexies de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. La recuperación ahora de esta figura estaría vinculada a la necesidad de contar con una fórmula organizativa más autónoma y flexible de cara al cumplimiento de objetivos tales como los relativos a la optimización de la gestión de los fondos europeos para paliar los devastadores efectos económicos tras la crisis causada por la pandemia del SARS-COV-2, según

podrá ser funcionario o laboral al que, según dispone la LRJSP, le resultará de aplicación lo dispuesto en el Estatuto Básico del Empleado Público y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y por la normativa laboral, en cada caso<sup>202</sup>.

Por otra parte, estarían los entes que adoptan una forma pública de personificación pero actúan sujetos al Derecho privado, en los que se incluirían las entidades públicas empresariales<sup>203</sup> y que se diferencian de los anteriores en que se inclinan por dar mayor prevalencia a la figura del personal laboral, como parece desprenderse de su específica regulación normativa<sup>204</sup>. Por tanto, se afirma por la doctrina jurídica que *«para este tipo de organismos públicos, la regla general en materia de contratación será recurrir a contratados laborales; mientras que la excepcionalidad vendría representada por el personal funcional»*.<sup>205</sup>

Aclarado lo anterior, si continuamos con la definición de la LPAC y de la LRJSP, no forman parte del concepto de Administración Pública aunque sí se encuentran dentro del sector público, del que también forman parte las anteriores, el llamado sector público institucional que (excepción hecha de los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas a los que se acaba de hacer alusión, que aun siendo sector público institucional sí tienen la consideración de Administración Pública) se integra por cualesquiera entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas, y las Universidades públicas.

---

reconoce expresamente el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, «BOE» núm. 341, de 31 de diciembre de 2020.

<sup>202</sup> Vid. Sanmartín Casillas, F.J., “Régimen jurídico del personal laboral....”, op.cit., p. 38.

<sup>203</sup> Artículos 103 a 108 de la LRJSP. Ejemplo de entidad pública empresarial es el Consorcio de Compensación de Seguros o el Instituto de Crédito oficial.

<sup>204</sup> Redacción del artículo 106 de la LRJSP.

<sup>205</sup> Para un estudio más exhaustivo y detallado de la materia vid., Ramos Moragues, F. “Delimitación del Sector Público...”, op.cit., pp. 25 a 30; asimismo, Ortiz Mallol, J., “La relación entre la entidad matriz...” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, op.cit., pp. 595 a 637.

Esto significaría que, en esencia, no merecen la consideración Administraciones Públicas pero pueden ser tratadas como Administración Pública «secundum quid»<sup>206</sup> ya que forman parte, sin duda, del sector público.

En estas entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas nos encontraríamos con las sociedades mercantiles públicas y con las fundaciones del sector público<sup>207</sup> que son formas privadas de personificación utilizadas por la Administración Pública matriz. El personal que integra este tipo de sociedades se registrará principalmente por el Derecho laboral y no por el Derecho Administrativo, salvo excepciones que veremos ya que la naturaleza pública de la empresa o fundación implica ciertas especialidades.

Finalmente, las Universidades Públicas tienen reconocida constitucionalmente su autonomía en el artículo 27.10 CE, por lo que la LRJSP parece excluirlas del concepto de Administración Pública con lo que su personal tendrá carácter funcional o será laboral ajustándose a las categorías recogidas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Por tanto, y a modo de extracto, conforme a las reglas establecidas por la mencionada Ley 40/2015, de 1 de octubre, existen importantes diferencias respecto de la configuración jurídica de los entes que forman parte del concepto de Administración Pública<sup>208</sup>: las Administraciones territoriales y órganos autónomos son entes de Derecho Público que se rigen por éste, las entidades públicas empresariales son entes de Derecho Público que se rigen, en cambio, por el Derecho Privado y las sociedades mercantiles públicas y fundaciones públicas son entes de Derecho Privado que se rigen por el mismo.

---

<sup>206</sup> Terminología empleada por Ramos Moragues, F., “Delimitación del Sector Público...”, op.cit., p.16.

<sup>207</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función.....”, op.cit., p.69, señala que el personal de estos entes integra el *sector público empresarial* y el *sector público fundacional*.

<sup>208</sup> Todolí Signes, A., “El orden jurisdiccional competente...”, en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., p. 106.

Ahora bien, si se toma como referencia la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público<sup>209</sup>, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP)<sup>210</sup>, y a los efectos de esta concreta Ley, la definición de lo que se entiende por Administración Pública difiere de la anterior e incluye las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes<sup>211</sup>, así como las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco<sup>212</sup>.

Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores, en su redacción anterior al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>213</sup>, también se ha referido a las Administraciones Públicas a propósito de la aplicación de los límites de encadenamiento de contratos previstos en su artículo 15.5 ET<sup>214</sup>, en relación con la Disposición Adicional decimoquinta, apartado 3<sup>215</sup>, que será de aplicación a las mismas, en cuanto concreta que a estos efectos, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas ni las Universidades cuando contraten conforme a las modalidades de contratos previstos en la Ley de Universidades.

---

<sup>209</sup> Artículo 3 apartados 1 y 2.

<sup>210</sup> «BOE» núm. 272, de 09/11/2017.

<sup>211</sup> Para una definición de la misma vid. Ramos Moragues, F., “Delimitación del Sector Público....”, op.cit., pp. 34 a 36.

<sup>212</sup> Palomar Olmeda A., “El despido colectivo en las Administraciones.....”, op.cit., pp. 25 y 26, señala que, en el caso definido en el artículo 3.2 de la LCSP, estamos ante un “microconcepto” de Administración Pública, con el que el legislador contractual ha querido identificar una definición clásica y convencional de Administración Pública.

<sup>213</sup> BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021.

<sup>214</sup> Nueva redacción que entró en vigor el 30 de marzo de 2022.

<sup>215</sup> Los apartados 1 y 2 quedan derogados a partir del 30 de marzo de 2022 por efecto de lo dispuesto la disposición derogatoria única. 2 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, en relación con la disposición final 8.2.f) del mismo texto normativo.

A fortiori, y a efectos de la aplicación del derogado despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público, la también Disposición Adicional decimosexta del ET<sup>216</sup> recurría al concepto de sector público del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público para determinar la aplicación de los artículos 51 y 52 c) del ET cuando concurrían causas económicas, técnicas organizativas o de producción; pero aclaraba que a efectos de la definición de Administración Pública del artículo 3.2 de la LCSP, solo se apreciarían causas económicas, técnicas u organizativas y se descartan las causas productivas<sup>217</sup> que no encajan con los objetivos definidos para la Administración Pública entendida en sentido estricto por cuanto no tiene naturaleza de empresa privada y su función se enmarca en el mantenimiento de servicios a la ciudadanía al margen de la competencia del mercado.

Quiere decir que, cuando la entidad pública formase parte del sector público, pero no tuviese la condición de Administración Pública, las causas que permitían este tipo de despidos eran las generales establecidas para el conjunto de las empresas privadas<sup>218</sup>.

Analizado lo anterior, entendemos que el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>219</sup>, que tiene por objeto determinar el régimen jurídico del personal que presta sus servicios en el ámbito de lo público, será la norma que nos servirá de guía para delimitar qué se entiende por Administración<sup>220</sup> para su correlativa proyección en materia de recursos humanos.

---

<sup>216</sup> Con el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, también se deroga a partir del 30 de marzo de 2022 esta Disposición por lo que desaparece la específica posibilidad de acometer despidos objetivos individuales y ERE en el ámbito de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público.

<sup>217</sup> Vid. Purcalla Bonilla, M.A., "El despido objetivo en la Administración Pública y en el sector público", Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 37, septiembre de 2015, p. 16.

<sup>218</sup> Palomar Olmeda, A., "El despido colectivo en las Administraciones...", op.cit., p. 24.

<sup>219</sup> Artículos 1 y 2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público «BOE» núm. 261, de 31/10/2015; asimismo, vid. VV.AA., "Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico", Monereo Pérez, J.L. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.), Editorial Comares, Granada 2010, p. 389.

<sup>220</sup> En este sentido, Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función...", op.cit., p. 69.

Así, el EBEP amplía su ámbito en lo que a las normas de personal se refiere y hace extensiva su aplicación “*en lo que proceda*” no sólo al personal de lo que acabamos de considerar estrictamente como Administración Pública, a saber, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales (provinciales o municipales) y los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, sino también al personal de las Universidades Públicas.

Dentro de su artículo 2.1 d) del EBEP que alude a los «*organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*», se incluirían<sup>221</sup>, los entes a los que ya se ha hecho alusión cuales son los organismos autónomos, las agencias estatales, las entidades públicas empresariales, los entes públicos de régimen especial (como ocurre, por ejemplo, con las Entidades gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social), y las entidades administrativas creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, mancomunidades de municipios y consorcios<sup>222</sup>, siempre que adopten una forma pública de personificación.

Así las cosas, la remisión al EBEP implica un concepto de Administración Pública que no coincide ni con la LCSP ni con la LPAC o la LRJSP<sup>223</sup>, que determina que aquellas entidades que, siendo sector público no

---

<sup>221</sup> Siguiendo la clasificación de Ramos Moragues, F., “Delimitación del Sector Público...”, op.cit., p. 40; Castillo Blanco, F., “La nueva regulación de los Consorcios Públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal” [en línea], R.V.A.P. núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014, pp. 898 y 899. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.038>

<sup>222</sup> Fernández-Caballero Lamana, L., “La sucesión de empresas...”, op.cit., p. 27, entiende que los consorcios a partir de la entrada en vigor de la LRJSP tienen la consideración de Administración Pública pero considera cuestionable la naturaleza jurídica de los consorcios nacidos con anterioridad a dicha Ley.

<sup>223</sup> Sobre las dificultades definitorias que plantean las normas administrativas de lo que debe considerarse Administración Pública en atención a criterios diversos de naturaleza territorial y funcional,



tienen la condición de Administración Pública, no presenten una caracterización sustantiva diferenciada del resto de empresas y sociedades privadas. Y esto va a concretar que queden fuera de su ámbito de actuación las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas<sup>224</sup>, si bien, como decíamos anteriormente, con ciertas peculiaridades, como son las referentes al código de conducta y la regulación de su acceso al ente que condicionará su contratación.

En este sentido, la incorporación de su personal deberá producirse a través de un proceso selectivo que respete los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen para el ingreso al empleo público (art. 117 LRJSP y arts. 55 y 59 y Disposición Adicional 1ª EBEP) a diferencia de lo que ocurre en el sector privado<sup>225</sup>; en cuanto a los deberes de los trabajadores regirá para ellos lo dispuesto en los artículos 52, 53 y 54 EBEP a los que les resultarán de aplicación los principios éticos y de conducta recogidos en los mismos por efecto de lo establecido en la ya mencionada Disposición Adicional 1ª del mismo texto legal; asimismo, quedarán sometidos a la legislación de incompatibilidades (art. 2.1.h de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas) o a las leyes de presupuestos en materia de retribuciones (art. 21 EBEP)<sup>226</sup>.

---

vid. Rodríguez-Ramos Velasco, P., "Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: suspensión del contrato y reducciones de jornada" [en línea], Documentación Laboral, Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo Nº 97 - Año 2013 - Vol. I, Segunda parte, pp. 131 a 135. Disponible en: <https://www.aedtss.com/documentacion-laboral/>

<sup>224</sup> Sánchez Morón, M., "Derecho de la Función...", op.cit., pp. 69 y 70, afirma que el personal de estos entes no es, jurídicamente hablando, parte del empleo público, la relación contractual es de naturaleza estrictamente privada.

<sup>225</sup> Ramos Moragues, F., "Delimitación del Sector Público...", op.cit., p. 32; en el mismo sentido, Marín Alonso, I., "Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010", Relaciones Laborales nº 22/2011, de 15 de noviembre, Editorial Wolters Kluwer, p. 13; asimismo, dos sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020 (recurso de casación 1911/2018 y recurso de casación 2811/2018), reiterada en sentencia de 2 de febrero de 2021 (recurso 451/2019), en la que frente a la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2015, de 22 de enero, en la que se concluye que la figura del indefinido no fijo no es aplicable a las sociedades mercantiles públicas, el TS afirma que la condición de trabajador indefinido no fijo sí es predicable de dichas sociedades mercantiles estatales.

<sup>226</sup> Ejemplo de ello es el artículo 12.1 c) de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021 (BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2021).

En este punto resulta muy ilustrativa y suscribimos la opinión de Sala Franco<sup>227</sup> que, con sana crítica, afirma que «*el ámbito de aplicación objetivo del actual EBEP (...) resulta manifiestamente mejorable, en orden a proporcionar una mínima seguridad jurídica en este aspecto y, sobre todo, en orden a incluir en su seno, a todos los efectos, a todas las entidades del sector público empresarial*» (es decir, las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas), lo que propiciaría la consideración pública homogénea de su personal y, por ende, la aplicación al mismo del EBEP sin el actual acotamiento solo a determinados preceptos.

En cualquier caso, el artículo 2 del EBEP contiene las reglas que delimitan la noción de Administración Pública y concretan el ámbito subjetivo del Estatuto precisando dónde puede haber personal laboral a su servicio<sup>228</sup>; si bien con la particularidad de que, mientras se produce esa denominada ‘mejora’ o ampliación, en todos los supuestos en los que nos encontremos con personal que presta servicios en el sector público pero que no está incluido en el concepto de Administración Pública descrito en el citado artículo 2.1, hay que tener en cuenta el carácter supletorio del Estatuto Básico del Empleado Público dada la previsión totalizadora<sup>229</sup> contenida en el artículo 2.5 del mismo texto normativo que afirma que «*El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación*».

Así, para concluir, la Administración Pública se configura como «*una gran persona jurídica en la que se incardinan miles de personas jurídicas diferenciadas*»<sup>230</sup> o como una «*organización productiva especial*»<sup>231</sup>, orientada

---

<sup>227</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral del sector...”, op.cit., pp. 119 y 125.

<sup>228</sup> Palomar Olmeda, A., “Derecho de la función pública...”, op.cit., p. 790.

<sup>229</sup> Para un estudio de la situación del personal en otras Administraciones Públicas no incluidas en el artículo 2.1 del EBEP, vid. Sala Franco, T., “El personal laboral...”, op.cit, p. 14.

<sup>230</sup> En Blasco Pellicer, C. y Alfonso Mellado, C., “Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores” [en línea], Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1990, tomo 1, Editorial La Ley, p. 159, citando a García de Enterría. Disponible en: Laleydigital.es.

<sup>231</sup> VV.AA. “Manual de Derecho Administrativo.....” op.cit., p. 194.

al ejercicio de los intereses generales y que se sirve para el desempeño de sus funciones de distintos tipos de personal.

Por tanto, teniendo en cuenta tanto el concepto orgánico (subjetivo-institucional) como el concepto funcional (objetivo-funcional), a los que venimos haciendo alusión, por parte de la doctrina científica se define la Administración Pública como aquella «*organización integrada por una pluralidad de entes, al servicio de la comunidad, que gestiona los intereses colectivos de la misma*»<sup>232</sup> sirviéndose de una estructura de personal caracterizada por la naturaleza pública del empleador que es lo que va a hacer que todo el régimen jurídico del empleo presente peculiaridades<sup>233</sup>.

III. El personal laboral y la *especial* relación que le une a la Administración Pública.

1. El concepto de personal laboral.

Una vez fijada la definición de Administración Pública que a nuestro estudio interesa, entendido como el conjunto de entes del sector público sobre cuyos recursos humanos proyecta su aplicación el EBEP, y dejando al margen a todas aquellas personas prestadoras de servicios en la Administración que quedarían sujetas a las normas de la Función Pública, como se ponía de relieve con anterioridad, podría parecer sencillo definir qué se entiende por personal laboral al servicio de la ya delimitada Administración Pública, puesto que existe toda una disciplina que se dedica al estudio de las personas que prestan su fuerza de trabajo y sus servicios por cuenta ajena, en el ámbito productivo de un tercero, y de las relaciones jurídicas que los definen, como es el Derecho del Trabajo.

---

<sup>232</sup> Segura Grau, J.M., “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 2019, p. 19.

<sup>233</sup> Estas peculiaridades van a permear los distintos ámbitos del empleo, de la negociación y de la autonomía colectiva de la Administración Pública como nos recuerda Fuentes Rodríguez, F., “Negociación colectiva y autonomía.....”, op.cit., p. 21.

Ahora bien, sin olvidar que el obligado recurso a los medios personales y mecanismos de contratación que proporciona el Derecho del Trabajo a la Administración Pública constituye un pilar que no se puede tratar de forma marginal, cuando este personal presta servicios por cuenta ajena en la esfera de lo público, lo estrictamente administrativo entra en íntima conexión con lo privado e incide directamente en la definición de este concepto.

No en vano el EBEP, como norma de naturaleza jurídica mixta, se ha encargado de regular la legislación básica del régimen jurídico del personal funcionario en virtud del art. 103.3 CE con la habilitación competencial que le otorga el artículo 149.1.18ª de la Constitución y la legislación laboral del régimen del personal laboral en razón de la habilitación concedida en exclusiva por el art. 147.1.7ª CE al legislador estatal<sup>234</sup>, que la propia Disposición Final 1ª del EBEP recoge con la pretensión de ejercer de norma laboral para este personal<sup>235</sup> sin llegar a constituirse como *lex specialis*.

A mayor abundamiento, es el EBEP y no el Estatuto de los Trabajadores, el que ha procurado dar una definición de lo que se ha de entender por personal laboral al servicio de la Administración Pública y el que ha dotado a este personal la categoría de empleado público como se verá.

Así, el Título II, Capítulo I sobre las «clases de personal» afirma que, entre los empleados públicos, hay un tipo correspondiente a *personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal* [art. 8.2 c) EBEP]. Seguidamente, en una aproximación a la noción de personal laboral señala que será aquel *que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de*

---

<sup>234</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público” Revista Relaciones Laborales Nº 8/2009, de 23 de abril de 2009, Editorial Wolters Kluwer, p. 5; Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., pp. 485 y 486.

<sup>235</sup> En este sentido, Menéndez Sebastián, P., “La fijación de condiciones laborales en el ámbito público” en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019, p. 112.

*las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.*<sup>236</sup>

Una nota definitoria será, por tanto, que el vínculo contractual que une a la persona trabajadora que acabamos de definir con la Administración adquiera cualquiera de las formas previstas en el Estatuto de los Trabajadores<sup>237</sup> y resto de normativa colateral de desarrollo<sup>238</sup>.

Esta definición establece claramente las diferencias con lo que se ha de entender por funcionario al servicio de la Administración Pública que son «*las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos (art.1 LFCE de 1964)*»<sup>239</sup> en los que media nombramiento legal que le vincula a la Administración «*por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo*»<sup>240</sup> y que quedan expresamente excluidos del Estatuto de los Trabajadores ya que la relación de servicio de los funcionarios públicos «*se regirá por sus correspondientes normas legales y reglamentarias*»<sup>241</sup>.

---

<sup>236</sup> Artículo 11 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del EBEP.

<sup>237</sup> En cuanto a la forma y contenido del contrato de trabajo, destaca la ausencia de regulación específica en el EBEP que, salvo la exigencia de forma escrita contemplada en el artículo 11 del mismo texto legal, no regula aspectos como las formalidades y contenido del mismo, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la duración del periodo de prueba. En este sentido, vid. Menéndez Sebastián, P., “La fijación de condiciones laborales...” en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., pp. 163 a 166; asimismo, Boltaina Bosch, X., “Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)” [en línea], Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 106 - Año 2016 - Vol. I, Primera parte, *Flexibilidad externa: modalidades de contratación y regulación de empleo del personal al servicio de las AA.PP*, p. 22, que afirma que los contratos de trabajo del ET pueden ser utilizados, sin excepción, por la Administración y el sector público local, *incluido el contrato de alta dirección, como así prevé el artículo 13 del EBEP*. Disponible en: <https://www.aedtss.com/documentacion-laboral/>

<sup>238</sup> Piénsese, p. ej., en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

<sup>239</sup> *El personal laboral o trabajadores al servicio de la Administración son aquellos empleados vinculados con ésta a través de un contrato de trabajo, de conformidad con la legislación laboral (art.1.1 ET), la cual les será de aplicación, ocupando puestos de trabajo calificados como laborales por las relaciones de puestos de trabajo (RPT)*, vid. Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las...” [en línea], op.cit.

<sup>240</sup> Artículo 9.1 del EBEP.

<sup>241</sup> Artículo 1.3 a) del ET “*La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias*”.

Por su parte, y aunque el Estatuto de los Trabajadores no define lo que es el personal laboral, sí plantea una singularidad respecto de aquellos trabajadores de la Administración que no son funcionarios, a los que llama «*personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público*», por cuanto prevé su inclusión tácita en el Derecho Laboral pero también su exclusión expresa “*cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias*” [art. 1.3 a) EBEP].

En consecuencia, de la combinación de ambos textos normativos concluimos que es personal laboral de la Administración Pública: el empleado público que presta servicios retribuidos por cuenta ajena (artículo 1.1 ET) en alguna de las Administraciones a las que se refiere el art. 2.1 del EBEP, mediante un contrato de trabajo de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores que debe formalizarse por escrito y que se rige, en sus relaciones jurídicas, por el Estatuto Básico del Empleado Público solo en lo que le resulte de aplicación, y por la legislación laboral y demás normas convencionales aplicables (art. 7 pfo. 1º EBEP).

2. El régimen jurídico plural del personal laboral al servicio de la Administración Pública y su posible consideración como relación especial de empleo público.

El legal reconocimiento de la contratación de personal en régimen laboral en el marco de los recursos humanos que prestan servicios en entidades de naturaleza pública, hace que nos encontremos con una figura mixta, entendida como un elemento que participa de diversas disciplinas, lo que le dota de una naturaleza compleja. Si hubiera que representarlo gráficamente, el personal laboral al servicio de la Administración sería el área de intersección entre dos círculos en los que uno representaría el Derecho de la Función Pública y otro el Derecho Laboral.

Esta singular naturaleza es lo que conduce a la Comisión para el estudio y preparación del EBEP<sup>242</sup>, a calificar el vínculo jurídico de este personal como «relación laboral especial» de empleo público y que algunos autores<sup>243</sup> justifican en el carácter público del empresario, que lleva a que el Derecho Administrativo trascienda a una relación jurídica privada sujeta al Derecho Laboral haciendo extensiva la aplicación a este tipo de trabajador público de los preceptos del Estatuto Básico<sup>244</sup>; por ello, su especialidad derivaría del hecho de no poder aplicar íntegramente a esta relación laboral la normativa propia de la disciplina del Derecho del Trabajo<sup>245</sup>.

En defensa de esta posible consideración como relación laboral de carácter especial se argumenta<sup>246</sup> que el régimen jurídico común del Derecho Laboral se ha demostrado insuficiente y se agota ante las características especiales del tipo de trabajo: bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la naturaleza pública del empresario sometido a deberes y prerrogativas que no ejerce cualquier otro empleador privado, bien por la sede donde se realiza el trabajo destinado a prestar un servicio público o bien por el tipo de funciones que se realizan al servicio de los intereses generales.

---

<sup>242</sup> Informe de la Comisión de 25 de abril de 2005, p.55.

<sup>243</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco.....”, op.cit., p. 90, plantea la oportunidad de declarar expresamente por ley este carácter de relación laboral especial; Sala Franco, T., “El acceso al empleo público laboral”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, p. 20, afirma que con la aprobación del EBEP se reconoce y consolida la existencia de una nueva relación laboral especial; Sala Franco, T., “El personal laboral del....”, op.cit., p.19; asimismo, Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función....”, op.cit., p. 71; Castillo Blanco, F.A. “¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral? Una reflexión.....”, op.cit., p. 314, quien plantea que si es una relación laboral de carácter especial ya es hora de que nos pongamos a resolver la singular aplicación del Derecho laboral en el ámbito de lo público.

<sup>244</sup> VV.AA., “Las modalidades de contratación temporal....”, op.cit., p. 392; asimismo vid. VV.AA., “Manual de Derecho Administrativo...”, op.cit., pp. 199, 207 y 210, donde se afirma que la aplicación preceptiva del EBEP con preferencia a la normativa laboral configura a este vínculo como una relación laboral especial – sin llegar a denominarlo expresamente –.

<sup>245</sup> VV.AA. “Manual Básico de derecho....”, op.cit., pp. 99 y 100; Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito....”, op.cit., pp. 6 y 7; en el mismo sentido, Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito....”, op.cit., p. 19, afirma que el Derecho del Trabajo no se aplica ni «plenamente» (como se decía en el artículo 7 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado) ni «en su integridad» a los trabajadores al servicio de las Administraciones lo que determina que la relación laboral del trabajador al servicio de una Administración Pública revista importantes *singularidades*.

<sup>246</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público en una nueva Administración...”, op.cit., pp. 227 a 229.

Por ello, tras haberse constatado durante la segunda mitad del siglo XX la ausencia de una política integradora del colectivo del personal laboral y un deficiente e inadecuado régimen jurídico, Pinazo Hernandis<sup>247</sup> abogaba, con carácter previo a la aprobación del EBEP, por un régimen jurídico propio y especial, contenido en la futura ley que regularía el “Estatuto General del Empleo Público”, como mecanismo más coherente que, necesariamente, permitiría entender excluido a este personal del mencionado artículo 1.3 a) ET, por cuanto al amparo de esa ley pasaría a ser relación laboral de carácter especial de conformidad con el artículo 2.1 l) ET, con lo que se consolidaba la idea de que podríamos encontrarnos ante una *relación laboral especial en estado de gestación*<sup>248</sup>.

Sin embargo, y sin perder de vista que el del personal asalariado de la Administración Pública es un régimen jurídico que presenta evidentes particularidades o singularidades, el legislador, en la primera oportunidad que tuvo para legislar sobre la materia con la publicación de la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del Empleado Público, no considera que el contrato de trabajo celebrado por una Administración con su trabajador por cuenta ajena contratado en régimen de derecho privado constituya una relación especial, que suponga la salida del Estatuto de los Trabajadores o de instituciones específicas del mismo; antes al contrario, solo en determinadas ocasiones prevé la aplicación del EBEP con carácter preferente, lo que en la práctica comporta que su régimen jurídico se separe en casos concretos del común recogido en el *ius laborum*<sup>249</sup> jugando, a estos efectos, el «principio de

---

<sup>247</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público en una nueva Administración...”, op.cit., pp. 227 a 229.

<sup>248</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las...”, op.cit., pp. 483 y 491-492, este autor, con anterioridad a la aprobación del EBEP, ya consideraba que, aunque la laboralización total debía descartarse, si se llegara a producir la ampliación del Derecho del Trabajo a la mayoría de los empleados de las Administraciones Públicas mediante la unificación de las dos formas de empleo, *podría resultar conveniente la declaración legal del régimen unitario como relación laboral de carácter especial* puesto que *este ordenamiento dispone de mecanismos jurídicos capaces de dotar a los empleadores públicos de instrumentos que le permitirían una mejor y más eficaz gestión de los servicios públicos* y es capaz de garantizar, a la vez, el equilibrio en la posición de las partes propias del derecho laboral.

<sup>249</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Temporalidad en el Empleo Público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Estudios financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 407, febrero 2017, p. 20. Disponible en: [www.cefllegal.com](http://www.cefllegal.com); Rodríguez Escanciano, S., “Reflexions al voltant de la reforma del mercat laboral: Acomiadaments, suspensions i reduccions de



especialidad» pero sin llegar a configurar una relación laboral de carácter especial.

Así, desde esta perspectiva y de forma indirecta, el EBEP establecería una suerte de relación laboral de carácter «singular» de empleo público que lo distingue del trabajador común contemplado en el art. 1.1 del ET, proporcionando para aquellos trabajadores que sea necesario mantener o contratar en régimen laboral una regulación específica de empleo público, relativamente separada del Estatuto de los Trabajadores aplicable al trabajador común a la par que comedidamente cercana al Estatuto de los funcionarios públicos<sup>250</sup> y que, siguiendo terminología acuñada por autorizada doctrina<sup>251</sup>, representan *relaciones laborales comunes con «peculiaridades»*.

En opinión de Boltaina Bosch, la intención del EBEP no ha sido la de calificar a la relación laboral como especial<sup>252</sup>, sino que más bien ha optado por una vía intermedia como «*relación laboral de empleo público*», que en la práctica conforma una relación especial sin tal reconocimiento legal explícito, pero con tantas particularidades como algunas de las otras relaciones laborales especiales que son denominadas como tales y que, en la actualidad, existen en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

---

jornada a partir de la reforma laboral”, Seminario de actualización de la Función Pública Local, p. 3. Disponible en:

[http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Rodriguez\\_Escanciano\\_ref\\_merc\\_laboral.pdf](http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Rodriguez_Escanciano_ref_merc_laboral.pdf)

<sup>250</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral.....”, op.cit., p. 5.

<sup>251</sup> Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito.....”, op.cit., p. 19; asimismo, Bodas Martín, R., “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas”, en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 259, que habla de “especialidades materiales” más que de “naturaleza especial”.

<sup>252</sup> Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público” [en línea], en *Estudios de Relaciones Laborales*, Octubre 2010, pp. 38 y 39. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_personal\\_laboral\\_cast.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_personal_laboral_cast.pdf)

Según este autor, el carácter especial hubiera sido factible al amparo del artículo 2.1 del ET como ha ocurrido en el ámbito de la Administración respecto de la relación laboral de médicos residentes (Ley 44/2003 y RD 1146/2006 de 6 de octubre).

Esto se traduciría en que formalmente no estaríamos ante una relación laboral especial, aunque materialmente sí, porque al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se le aplicaría un régimen jurídico modulado, dado que aquél quedaría integrado por la regulación laboral y por los preceptos del Estatuto Básico que le resultasen de aplicación los cuales, para un sector doctrinal<sup>253</sup>, gozan ya de la suficiente entidad y peso específico como para afirmar lo anterior.

Y, si bien esta aseveración no está falta de razón, y como ejemplo la reforma operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, que *de facto* desplaza al Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas de los “(...) *permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia*”, que se regirán por lo previsto en el EBEP, a nuestro entender la situación jurídica analizada muestra que estamos ante una relación, vínculo o conexión de distintas disciplinas entre las que, podríamos decir, reina cierto desorden, pero no ante una relación laboral especial. Quizá lo más correcto sea quedarnos con la idea de pluralidad más que de especialidad, de régimen jurídico plural, más que de régimen jurídico especial.

El EBEP no ha reconocido ninguna especialidad en la regulación de esta modalidad contractual<sup>254</sup>, remitiéndose a lo dispuesto en la normativa laboral con las singularidades que la especial posición de la Administración Pública como empleador, sometido a las exigencias constitucionales, ha introducido en

---

<sup>253</sup> Gorelli Hernández, J., “El despido disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, op.cit., p. 198, quien se plantea si lo idóneo no sería *contar con una relación laboral especial, debidamente regulada, que afectase a estos trabajadores*; Molina Navarrete, C., “Las medidas de ‘flexibilidad interna’ en el empleo público como alternativa a los despidos: ¿un régimen especial o excepcional?” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 192, apunta que el EBEP se revela insuficiente para dotar de un régimen homogéneo a los empleados públicos lo que evidencia la necesidad de configurar *la relación de la Administración con sus empleados laborales como especial*.

<sup>254</sup> En este sentido, Cruz Villalón, J., “Claves Laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales*, núm 135/2016, p. 14, afirma que si bien el legislador no ha optado por esta calificación, el contrato de trabajo de los empleados públicos presenta enormes rasgos de especialidad.

la materia<sup>255</sup>. Este texto normativo no se ha convertido en la norma reguladora principal de las condiciones laborales del personal laboral, simplemente decide qué norma rige cada parcela de la prestación laboral de servicios<sup>256</sup>. Por ello, lo adecuado no es encuadrarlo como especialidad dentro del empleo público.

El Estatuto Básico recoge un régimen dual para el empleo público en el que trata de acomodar lo administrativo con lo laboral por lo que, siguiendo a López Gómez<sup>257</sup>, no se entiende ya necesaria *la declaración legal de la especialidad del personal laboral de las Administraciones Públicas*, pues desde el Derecho Laboral común, complementado con el EBEP en lo que le resulte de aplicación, se puede ofrecer una respuesta a casi toda la problemática específica que se plantee.

Es evidente que no se cumplen los parámetros propios de la relación laboral especial y así lo ha entendido el legislador y la doctrina mayoritaria, pero en la solución ofrecida por la ley, con remisiones *ad hoc* al derecho laboral y al derecho público, reina cierta confusión que se intenta paliar por la vía de la interpretación científica y judicial, de ahí que Montoya Melgar<sup>258</sup> haya optado por abandonar la opción de relación laboral especial y abordar la realidad de un contrato de trabajo con «*peculiaridades*» derivadas de la singular naturaleza de las Administraciones como empleadores laborales y que se traducen en una deficiente regulación en materias como el acceso al empleo público laboral, definición de funciones, promoción profesional, régimen de incompatibilidades, determinación de puestos de trabajo, estabilidad en el empleo o extinción de la relación laboral y que, en definitiva, dificultan la planificación de los recursos humanos por parte de la Administración empleadora.

---

<sup>255</sup> Sanmartín Casillas, F. J., "Régimen jurídico del personal laboral.....", op.cit., p.59.

<sup>256</sup> Menéndez Sebastián, P. "La fijación de condiciones laborales en...", en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 114.

<sup>257</sup> López Gómez, J.M., "El régimen jurídico del personal laboral....", op.cit., pp. 494 y 495.

<sup>258</sup> Montoya Melgar, A., "Las relaciones laborales en el ámbito.....", op.cit., pp. 19 a 45.

IV. Hacia la conceptualización unívoca de los recursos humanos en la Administración Pública: la locución «empleado público» como expresión aglutinadora.

Volviendo al concepto de personal laboral en el sector público, se ha consensuado que éste será el de un sujeto trabajador en el que se darán las notas de vinculación a través de un contrato de trabajo, fundado en «*cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral*» (artículo 11 EBEP), formalizado por escrito para la prestación de servicios con carácter retribuido, con regulación jurídica dual (laboral y de la función pública) y en el concurre la particularidad de que el empleador siempre será un ente jurídico de carácter público, particularidad que comparte con el personal funcionario y que va a determinar la existencia de características propias, más que especialidades<sup>259</sup>, que deben ofrecerse en la definición tales como que no participa del ejercicio del poder público pero sí actúa con imparcialidad y objetividad en aras del interés general y ocupa puestos de la RPT, catálogo correspondiente o instrumento equivalente de ordenación de recursos humanos<sup>260</sup>.

Si la alternativa por la que ha optado el legislador ha sido, a pesar de mantener la dualidad de regímenes, la de regular de forma conjunta las bases del régimen jurídico de todo su personal<sup>261</sup>, la de avanzar en el proceso de aproximación y convergencia de las regulaciones correspondientes a ambos tipos de personal al servicio de las Administraciones Públicas al tratarse de dos figuras conexas entre sí que comparten un empleador común, lo propio es que las mismas se acomoden mejor bajo un término unitario y aglutinador más

---

<sup>259</sup> El EBEP de 2007 utiliza de forma confusa ambos términos ya que, en su Exposición de Motivos, por un lado habla de “peculiaridades” cuando se refiere a la necesidad de regular en el mismo texto legal la legislación básica del Estado sobre función pública junto con las *peculiaridades de la relación laboral de empleo público* y, por otro, reconoce que el Estatuto Básico regula las “especialidades” del empleo público de naturaleza laboral.

<sup>260</sup> Utilizando la terminología del artículo 15.5 del Proyecto de la Ley de la Función Pública de Andalucía.

<sup>261</sup> Márquez Prieto, A., “Contratación y acceso al empleo...”, op.cit., pp. 59 y 60; y VV.AA. “Manual de Derecho Administrativo...”, op.cit., p. 202; asimismo, Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito...”, op.cit., p. 17, opina que en el EBEP hay *un considerable tronco jurídico común a funcionarios y trabajadores*.

completo como es el de «empleado público», consiguiendo una mayor homogeneización entre estos dos regímenes jurídicos, sobre todo en materia de derechos y obligaciones aplicables a los mismos.

El paulatino e inexorable acercamiento de ambos regímenes o, como afirmara Marín Alonso<sup>262</sup> mucho antes de la efectiva publicación del EBEP, «*la confluencia entre el estatuto público de los funcionarios y el estatuto privado de los trabajadores de la Administración Pública empleadora*», ha ido abriendo camino, de manera lenta, a un nuevo concepto de trabajador de la Administración, el «empleado público».

Hasta la publicación del EBEP en 2007, las normas de la función pública no se referían propiamente al «empleado público» como concepto jurídico definido, sino que aludían a un régimen funcional de organización administrativa en el que tenía difícil cabida el régimen laboral paralelo de servidores públicos pero que, sin embargo, iba tomando fuerza junto al régimen jurídico de los funcionarios, sobre todo, como se ha visto, desde la LMRFP del año 1984.

El informe de la Comisión de Expertos del EBEP<sup>263</sup> se hace eco de esta acepción y es a partir del Estatuto Básico de 2007 cuando se comienza a utilizar la expresión «empleado público» que rubrica su enunciado, erradica de su título la referencia a la «función pública» presente en el artículo 103.3 de la Constitución y formula una regulación unitaria aplicable en su mayor parte al funcional<sup>264</sup> aunque también al laboral.

Es, por tanto, el EBEP el que acude al concepto más amplio del que venimos hablando, para referirse a las personas que prestan servicios profesionales retribuidos en la Administración Pública al servicio de los

---

<sup>262</sup> Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta...”, op.cit., p. 35; y López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral...”, op.cit., p. 488.

<sup>263</sup> Informe de 25 de abril de 2005, p. 51.

<sup>264</sup> Parada Vázquez, R., “Derecho del empleo público.....”, op.cit., pp. 39 y 40.

intereses generales (artículo 8.1 EBEP)<sup>265</sup>; locución *envenenada*, según opinión administrativista<sup>266</sup>, por cuanto ya es un hecho que en un texto legal se inclina la balanza hacia la laboralidad acuñando un término, el de empleado, de siempre asociado jurídicamente al Derecho del Trabajo y abandonando términos más neutrales como «agentes públicos», «personal al servicio de la Administración» o «recursos humanos del sector público»<sup>267</sup>. Goce o no de neutralidad, con esto no cabe duda de que tanto el personal laboral como el personal funcionario tienen, en plano de igualdad, la misma consideración de empleados de lo público.

Los preceptos de este Estatuto Básico a veces se dirigen específicamente al personal funcional; otras veces son aplicables a los contratados laborales exclusivamente; y, por último, hay contenidos que se ofrecen conjuntamente a laborales y funcionarios, empleando para ello el concepto genérico de «empleado público»<sup>268</sup>, en un intento moderado del EBEP de unificar los dos grandes bloques de personal al servicio de las Administraciones Públicas<sup>269</sup> lo cual, por otra parte, no debe sorprender ni resulta del todo novedoso ya que, en la práctica, como acabamos de afirmar, con anterioridad a la aprobación del EBEP, ya se venía manteniendo la coexistencia de estos dos colectivos profesionales<sup>270</sup> con lo que la realidad jurídica imperante quedaba solo sujeta a que se acuñara una expresión capaz de englobar esta visión como, finalmente, ocurre con la expresión que aparece ya en el propio título del texto normativo.

---

<sup>265</sup> Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de las corporaciones locales...”, op.cit., p. 37.

<sup>266</sup> Parada Vázquez, J.R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función...”, op.cit., p. 162; Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., p. 469.

<sup>267</sup> Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., p. 483.

<sup>268</sup> Ramos Moragues, F., “Tipología de empleados...”, op.cit., p. 91; y Padilla Ruiz, P., “El ejercicio por los funcionarios interinos de funciones reservadas...” [en línea], op.cit., p. 367.

<sup>269</sup> Vid. Cantero Martínez, J., “Los derechos individuales del personal laboral de las entidades locales...”, op.cit., p. 89, quien afirma que *la «unificación» de regímenes jurídicos es una de las principales pretensiones confesadas del Estatuto Básico*

<sup>270</sup> Márquez Prieto, A., “Contratación y acceso al empleo...”, op.cit., pp. 58 y 59.

Se trata de un hallazgo terminológico<sup>271</sup>, una fórmula unitaria un tanto retórica<sup>272</sup>, bajo la que se aglutinan los trabajadores sujetos a régimen público y los trabajadores sujetos a régimen privado que prestan servicios en un ente público definido como tal, sin distinción en cuanto al particular vínculo jurídico que les une con su empleador común, encaminándose hacia una unificación por la vía de hecho, pero de la que todavía no se ha hecho eco la práctica legal<sup>273</sup>, si bien resultaría deseable su plasmación normativa.

El personal funcionario y el personal laboral de las Administraciones pueden convivir de forma pacífica, se pueden mezclar, ya que los regímenes por los que se regulan uno y otro no son “compartimentos estancos”<sup>274</sup> si bien, como hemos dicho, tampoco se confunden<sup>275</sup>, ya que se aprecia perfectamente lo que son cada uno de ellos, fundamentalmente desde el ámbito de las funciones, con sus matices y prerrogativas, pero con una raíz común: son empleados públicos.

La Administración española se caracteriza por ser un modelo mixto, pero estamos de acuerdo con la afirmación<sup>276</sup> de que, aun manteniendo esa dualidad, el EBEP hace el esfuerzo, aunque por el momento bastante tímido,

---

<sup>271</sup> Vid. Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 162 y 163, para quienes la expresión *empleado público* es una noción formal carente de contenido propio, es un recurso nominal para referirse a dos realidades diferentes, funcionarios y laborales; en suma *una técnica legislativa*.

<sup>272</sup> Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito...”, op.cit., p. 17.

<sup>273</sup> Tanto es así que trasciende a otros órdenes como el procesal, afirmándose que “*Al igual que en el orden sustantivo no se ha avanzado hacia un concepto unitario de empleado público, tampoco en el orden procesal se ha avanzado hacia una uniformidad competencial plena*”, vid. Alfonso Mellado, C. L. y Fabregat Monfort, G. “La competencia del orden jurisdiccional social en materia de empleo público” en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomás Sala Franco (dir.) y Luis Enrique Nores Torres (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 143.

<sup>274</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 1982; Rodríguez Ramos, M. J. “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores”, op.cit., p. 5; Cantero Martínez, J. “Funcionarios y laborales (a propósito...”, op.cit., p. 5.

<sup>275</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 125 a 127, quien considera que el EBEP de 2007 al disponer las bases del régimen funcional y determinar las normas aplicables del Estatuto al personal laboral del sector público (art. 7) introduce un complejo juego de interacciones con el derecho laboral que no es más *una advertencia del cuidado con que debe procederse a la hora de identificar el derecho aplicable*.

<sup>276</sup> Muñoz Llinás, J.I., “La Función Pública en España...”, op.cit., pp. 72 y 73.

de afianzar el concepto de «empleado público» en un afán de, por un lado, equiparar los distintos tipos de personal al servicio de las Administraciones Públicas y, por otro, abandonar el papel preponderante del personal funcionario. Y esto es lo que se desprende de algunas recientes sentencias de los Juzgados nacionales<sup>277</sup> que enjuiciando el abuso de derecho en la concatenación de nombramientos interinos en las corporaciones locales y para salvaguardar el respeto de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que impiden la conversión del interino en funcionario de carrera fijo y resolver conforme a las consideraciones establecidas por el TJUE en la sentencia de 3 de junio de 2021 en relación con la Directiva 1999/70/CE, de 29 de junio, reconoce el derecho a la estabilidad de las recurrentes si bien no podrá reconocerles el carácter de funcionarias de carrera por lo que declara que *se les reconozca su condición de «empleadas públicas fijas»*, con los mismos derechos y con sujeción al mismo régimen de estabilidad e inamovilidad que rige para los funcionarios de carrera, si bien sin adquirir la condición de funcionarias de carrera.

La necesidad de una terminología nueva parece razonable, de forma que permita reconocer en la misma, como definición unitariamente considerada, la realidad del sistema dentro de la diversidad existente. La idea de «empleado público» que subyace en este texto normativo es determinante para el acercamiento del régimen jurídico de los dos grandes colectivos en que se estructura.

De esta forma, y por vez primera, se intenta que, a nivel normativo, estos dos colectivos reciban un tratamiento común, en el que cabe destacar de forma principal los derechos individuales y los deberes, principios éticos y código de conducta de los empleados públicos que quedan prácticamente unificados a salvo, claro está, de la inamovilidad característica de los funcionarios públicos. También numerosas normas referidas al acceso reciben

---

<sup>277</sup> La sentencia 289/2021, de 21 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de Madrid, en la que *una supuesta solución indemnizatoria (...) carece de efecto disuasorio en relación con la alegada utilización abusiva de la contratación temporal* (Fº Dº Décimo).



igual tratamiento, así como lo relativo al régimen disciplinario y otros aspectos concernientes a la negociación colectiva, la ordenación de la actividad profesional y la planificación de recursos humanos<sup>278</sup>.

Sucedo que, en la práctica, esta integración se ha quedado en una mera declaración de intenciones muy lejos de una regulación unitaria de la materia; la locución «empleado público» ha resultado ser un concepto cargado de ambigüedad e imprecisión en la dificultad misma de definir en un único término toda la variedad de *empleados* vinculados con la Administración por regímenes jurídicos diferentes con sustanciales diferencias. La doctrina<sup>279</sup> no es pacífica entre los que piensan que habrá de analizarse cada caso concreto sin que puedan prevalecer como regla general los derechos y obligaciones de unos sobre los otros, el funcionario sobre el laboral y viceversa, y los que entienden que sí existe un principio de primacía en la figura del empleado público que tiende hacia la unidad por el bien jurídico protegido, es decir, las personas que prestan su fuerza de trabajo en el seno de la Administración.

A nuestro parecer, la expresión «empleado público», como elemento integrador de trabajadores y de funcionarios de los entes públicos, y desde el punto de vista de la organización de personas al servicio de los poderes públicos y de los derechos y obligaciones de los mismos, no presenta fisuras; es un término que permite aplicar un único régimen jurídico a ambos colectivos en todo aquello que hemos visto que es común al binomio laboral/funcionario cuando presta servicios en una Administración Pública<sup>280</sup>. Tampoco la nota de permanencia agota el concepto de «empleado público» que puede extenderse

---

<sup>278</sup> Castillo Blanco, F. A., “La reinternalización de servicios públicos:...”, op.cit., p. 126; y Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., p.8.

<sup>279</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal.....”, op.cit., p. 230; Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del...”, op.cit., p. 483, afirma que la expresión «empleados públicos» no hace referencia a una clase o categoría de personal concreta, sino que es un concepto formal de conveniencia; Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial del ....” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 122 y 123, considera que de la definición que ofrece el EBEP se deduce que el legislador se ha inclinado por un concepto amplio de la función pública frente al concepto estricto que remitía solo al conjunto de normas de Derecho Administrativo que regulan los derechos y obligaciones de los funcionarios públicos.

<sup>280</sup> Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., p.4.

a quienes presten servicios de manera temporal mientras subsista la relación con la Administración Pública<sup>281</sup>.

Podría, incluso, ser cuestionable si esa unidad conceptual se quiebra dada «*la variedad de funciones de las Administraciones Públicas que se entroncan, a su vez, en los conceptos de soberanía y de intereses generales protegidos*»<sup>282</sup>. Pero es que las personas trabajadoras al servicio de la Administración Pública, siguiendo el concepto de esta última definido por el EBEP en páginas anteriores, son servidores públicos y la circunstancia de que sólo determinados tipos de empleados públicos puedan ejercitar funciones públicas y en determinados campos concretos de actuación no debe mermar fuerza a este criterio unívoco: todos los empleados públicos, independientemente de su vínculo jurídico con la Administración, estarán encargados de la prestación de servicios públicos además de los que contarán, entre sus funciones, con el ejercicio de potestades públicas.

La acepción «empleado público» es el género y serviría para referirse al conjunto de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública, mientras que la especie sería o el personal funcionario o el personal laboral en donde el principal elemento diferenciador reside en el vínculo que mantienen con la persona jurídico-pública para quien se prestan servicios<sup>283</sup> que, entendemos, solo tiene su razón de ser desde el punto de vista de las funciones; ahí reside la diferencia primordial y, sin embargo, ello no es óbice para que existan características comunes de los empleados públicos que prestan servicios en la Administración y bajo sus órdenes con el *objetivo subyacente de servicio o materialización de un interés o fin general*<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> Pinazo Hernandis, J. “Empleo Público...” op. cit., pp. 46 y 47.

<sup>282</sup> Cordero Saavedra, L., “Laborales y funcionarios al servicio de las...” [en línea], op.cit.

<sup>283</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos en el sector...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 113, afirma que con el EBEP de 2007 por primera vez se da carta de naturaleza al “empleado público” como género en el que se integran dos especies: el funcionario y el laboral; en el mismo sentido, Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público...”, op. cit., pp. 46 y 47.

<sup>284</sup> VV.AA., “Manual Básico de derecho del empleo...”, op.cit, p. 40.

Lo razonable es seguir avanzando en esa tendencia de una única categoría general de empleados públicos para que, a partir de la misma, puedan individualizarse aquellos aspectos del régimen jurídico de cada una de estas modalidades de personal en atención, primordialmente, al distinto encuadre constitucional que posee cada una de ellas.

El derecho del personal funcionario y el derecho del personal laboral deben hallar un punto de encuentro en derecho positivo que se materialice en el «régimen jurídico del empleado público», reduciendo la dispersión actualmente existente y contemplando la coordinación entre aquéllos en torno a una misma área temática.

Sería dable plantear la posible desaparición de la dualidad en aras de un Estatuto Unitario Básico del Empleado Público, ya que se han difuminado significativamente las consecuencias que, tanto para el empleado como para la Administración, se derivan de poseer una u otra naturaleza jurídica. La contratación en régimen laboral ha seguido su progresión ascendente y, en los últimos tiempos, ha adquirido tal importancia cuantitativa sustancial dentro de la dualidad de cauces jurídicos existentes<sup>285</sup>, que no es de extrañar que ya la doctrina científica, a finales del siglo pasado, propusiera fórmulas alternativas *«como legítima opción de política legislativa que propiciase una progresiva confluencia de la dualidad de estatutos actualmente existente en el Derecho positivo como técnicas de organización jurídica de las relaciones de trabajo profesional»*<sup>286</sup>, o incluso que *de lege ferenda* abriese nuevas expectativas que supusiesen la inclusión, en un hipotético Código de Trabajo, un libro dedicado a funcionarios públicos<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de marzo de 2010 (núm. 1933/2010)” [en línea], Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 42/2010. Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

<sup>286</sup> Monereo Pérez, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo.....”, op.cit., p. 136.

<sup>287</sup> Rodríguez Ramos, M.J. “El Estatuto de los funcionarios....”, op.cit., p. 601.

Por tanto, las futuras reformas estatutarias deben ir encaminadas hacia una aproximación de las condiciones legales de empleo iniciada con el concepto unívoco de «empleado público» que comprenda al personal laboral y al personal funcionario y acabe con la diferenciación cada vez más estéril desde el punto de vista jurídico. Además, como ya hemos apuntado, esa convergencia debiera ir en la línea de proyectar el Derecho del Trabajo como criterio inspirador en el sector público reservando y salvaguardando el régimen jurídico funcional para un estricto ámbito asociado al ejercicio de las potestades públicas aunque, por ahora, haya que descartar la consolidación de dicha laboralidad del sector público y la aplicación generalizada del Derecho Laboral al mismo.

V. El comportamiento del binomio personal laboral – personal funcionario en el ámbito de las funciones: las «nada concretas» potestades administrativas.

1. La problemática delimitación del ámbito funcional según la clasificación del personal que presta servicios en la Administración Pública: un modelo por definir.

Una de las principales notas características del personal laboral como empleado público que presta servicios retribuidos para la Administración Pública, que a su vez se convierte en diferencia esencial con el funcionario, es la existencia de un contrato laboral de carácter bilateral (art. 11 EBEP) que se contrapone radicalmente al vínculo a través de nombramiento de carácter unilateral (art.9.1 EBEP)<sup>288</sup>. La toma de posesión que impera en la carrera funcional se traduce en la inmovilidad del sujeto en el cargo, propiedad esta última que no se predica de la relación contractual y que va a resultar crucial en la delimitación funcional desde el momento en que esa inmovilidad es garantía de imparcialidad del empleado público en el ejercicio de sus funciones y en la toma de decisiones vinculantes.

---

<sup>288</sup> Cantero Martínez, J., “Funcionarios y Laborales (a propósito....)”, op.cit., p. 7.

Por tanto, salvo aquellos aspectos que son propios del cuerpo funcional<sup>289</sup>, la división personal laboral versus personal funcionario, clasificación *binaria* en palabras Gamero Casado<sup>290</sup>, se reconduce fundamentalmente y de forma primordial al ámbito de las funciones. Como afirmara Alonso Olea<sup>291</sup>, la naturaleza de “las funciones desempeñadas” determina la calificación de la relación, por lo que el régimen a que la misma quede sujeta deja de ser el resultado de una técnica de organización de su personal por la Administración.

El ya mencionado Informe de la Comisión de Expertos, como trabajo preparatorio de lo que luego sería en EBEP, decía que:

*«en muchas Administraciones coexiste el personal funcionario y el laboral desempeñando puestos de trabajo de similar naturaleza, pero bajo un régimen jurídico distinto y ello crea diferencias injustificadas y agravios, al tiempo que perjudica la gestión eficaz de los recursos humanos. La resolución de este problema debe basarse en una “regla de oro” elemental, esto es, establecer, en la medida de lo posible, un solo régimen jurídico para los empleados que realizan cada tipo de función pública. Esta premisa obliga al legislador a definir con precisión qué funciones corresponden al personal funcionario y cuáles otras al personal laboral»<sup>292</sup>.*

Como venimos afirmando, la aparición del EBEP consagra el modelo de empleo laboral como un sistema paralelo al funcional de carrera planteando un importante dilema en cuanto a las funciones a desempeñar por estos empleados públicos, en la medida en que la existencia de un modelo dual no

---

<sup>289</sup> Tales como la adquisición o pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción en la carrera administrativa o el modelo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas (Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987).

<sup>290</sup> Gamero Casado, E., “La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo” [en línea], en *El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 452. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

<sup>291</sup> Alonso Olea, M., “Los límites de la aplicación del derecho...”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, op.cit., pp. 60 y 61, considera que quienes ejercitan o participan en el ejercicio de funciones públicas son funcionarios “por naturaleza”.

<sup>292</sup> Informe de la Comisión de 25 de abril de 2005, p. 48.

supone que las mismas puedan ejercerse de manera indistinta, con independencia de la condición laboral o funcionarial del empleado público<sup>293</sup> sino, antes al contrario, será necesario delimitar el campo reservado o el ámbito funcional de cada uno de ellos; con ello, de forma definitiva queda atrás la teoría puesta de manifiesto en el Informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1960 relativo al proyecto de Reglamento orgánico del Cuerpo de Camineros del Estado y en el que se valora la naturaleza de la relación jurídica que liga al Estado con el Caminero que establecía que *«el régimen administrativo y el régimen laboral son técnicas de organización que pueden ser utilizadas por la Administración en la configuración del servicio»* de forma indistinta.

Sin embargo, el EBEP, al mantener esta dualidad de regímenes jurídicos, propicia también la dualidad funcional, es más, solo a esta última se puede reconducir su justificación<sup>294</sup>: cuando se ejerzan potestades administrativas éstas corresponderán exclusivamente a funcionarios y cuando no se ejerzan las mismas (porque no todos los puestos suponen ejercicio de potestades) se podrán realizar por funcionarios o por laborales<sup>295</sup>.

El problema estriba en que el legislador no define ni los puestos de trabajado a desarrollar ni las funciones a desempeñar por unos y otros lo que, como afirma Ramos Moragues<sup>296</sup>, redundará en una amplia libertad de la Administración para decidir cómo cubre sus necesidades de personal, si con funcionarios o con laborales. Para estos últimos, algunas normas anteriores al EBEP sí definieron algunos puestos aunque de forma escueta; es el caso del artículo 15.1.c) de la LMRFP aún en vigor aunque no constituye legislación

---

<sup>293</sup> Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J. “El Estatuto Básico del empleado público...” [en línea], op.cit.

<sup>294</sup> Pinazo Hernandis, J. “Empleo Público en una nueva...”, op.cit., p. 157.

<sup>295</sup> Gamero Casado, E., “La potestad administrativa. Concepto y alcance.....”, op.cit., p. 452.

<sup>296</sup> Ramos Moragues, F., “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público” [en línea], LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Volumen 3-Número extraordinario ‘La reforma laboral de 2021’, p. 145. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/665/105>

básica, o el de normas autonómicas también anteriores e, incluso, posteriores al Estatuto<sup>297</sup> que, sin embargo, no recogen una regulación unificada.

Tal y como se afirma en la Memoria de elaboración del Anteproyecto de Ley de Función Pública de la Administración del Estado<sup>298</sup>, cerca de un 30% del articulado de la ley básica que contiene el EBEP ha quedado en una situación de *“transitoriedad permanente”*, en la que permanece vigente el disperso régimen jurídico aprobado para atender a la gestión de los recursos humanos hace más de treinta años y las necesidades de la Administración del siglo pasado.

El criterio fijado en el artículo 9.2 del EBEP que señala que *«...el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca»* impone un límite general y de carácter básico<sup>299</sup>, no arroja una línea de actuación clara y definida utilizando una fórmula críptica, cuya concreción queda al albur de la legislación de desarrollo<sup>300</sup>, que no ha tenido lugar a nivel estatal<sup>301</sup> a pesar del

---

<sup>297</sup> Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia o Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública

Valenciana o como ocurre con el artículo 15.4 del Proyecto de Ley de la Función Pública de Andalucía, sometido a información pública en febrero de 2021 y admitido a trámite parlamentario en septiembre de 2022, y por la que quedaría derogada la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

<sup>298</sup> Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, p. 29. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/MAIN-LeyGeneralFuncionPublica-APL-LFPAGE-AUDIENCIA.pdf> [Consultado el 21/01/2023].

<sup>299</sup> Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función...”, op.cit., p. 72.

<sup>300</sup> Rodríguez Escanciano, S. “Temporalidad en el empleo público...”, op.cit, p. 23; igualmente, Rodríguez Escanciano, S., “Reflexions al voltant de la reforma del mercat laboral...”, op.cit., p. 2, citando a Carretero Espinosa de los Monteros, C., “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la Administración Pública”, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 11, 2011, p. 10.

<sup>301</sup> En septiembre de 2020 se anuncia la elaboración de la Ley de Función Pública de la Administración del Estado y con fecha 20 de diciembre de 2022 el Consejo de Ministros aprueba el Anteproyecto de Ley de Función Pública. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2022/refc20221220.aspx#funcionpublica> [Consultado el 17/01/2023].

tiempo transcurrido<sup>302</sup> y que, en el ámbito autonómico, salvo contadas excepciones<sup>303</sup>, tampoco ha sido objeto de regulación generalizada pero que, de producirse, daría lugar a diecisiete regímenes normativos distintos con la indeterminación jurídica que ello conlleva<sup>304</sup>.

En esta misma escala de confusión se mantiene el artículo 11.2 del EBEP que, por expresa remisión a lo previsto en el artículo 9.2, deja a las leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto la delimitación de los criterios que determinen los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral.

Esta tradicional inconcreción a la hora de delimitar taxativamente las funciones reservadas a funcionarios y los puestos de trabajo a desempeñar por los laborales, ha supuesto que el ordenamiento jurídico opte por determinar la naturaleza del personal al servicio de la Administración no en virtud de su trabajo, sino en virtud del régimen jurídico al que se someta su relación, cuando lo propio hubiera sido a la inversa, es decir, que el trabajo a desarrollar fuera el condicionante del régimen jurídico a seguir<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Entre los objetivos a alcanzar por este anteproyecto figura la necesidad de *adaptar el contenido del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público a la Administración del Estado efectuando el desarrollo normativo que fijó como mandato a las distintas administraciones públicas la norma básica hace ya quince años, derogar definitivamente la pléyade de normas con rango legal actualmente en vigor en la materia y terminar con el complejo sistema de vigencias y aplicaciones transitorias que ha caracterizado el régimen jurídico del empleo público en la Administración del Estado al no haberse llevado a cabo la aprobación de una norma de desarrollo hasta este momento*. Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, p. 3. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/MAIN-LeyGeneralFuncionPublica-APL-LFPAGE-AUDIENCIA.pdf> [Consultado el 21/01/2023].

<sup>303</sup> Vid. Sánchez Morón M., “Derecho de la Función.....”, op.cit. pp. 72 y 73, donde se citan la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (Art. 6.2), la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (art. 14.2), la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo Público de Galicia (art. 22.2) y la Ley 4/2021, de 16 de abril, de Función Pública Valenciana (art. 44.1), Anteproyecto de Ley de la Función Pública del País Vasco (art. 44.2) presentado el 29 de enero de 2019 y Proyecto de Ley de la Función Pública de Andalucía (art. 15); vid., asimismo, un estudio detallado en Montilla Pérez, S., “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del empleado público” [en línea], Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, octubre 2021, núm. 58. Disponible en: <https://laadministraciondial.inap.es/noticia.asp?id=1512283>.

<sup>304</sup> “*desatino*” en palabras de Montilla Pérez, S. en “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2....” [en línea], op.cit.

<sup>305</sup> Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales*.



Por ello, para determinar un orden, resulta de gran impacto y tiene un importante calado el concreto significado de aquellas funciones que implican el ejercicio de una *potestad pública* y, en sentido más genérico, de funciones encaminadas a la *salvaguarda de los intereses generales* de la Administración y del Estado, porque constituyen la clave para concretar qué servicios se prestarán por personas empleadas en régimen de Derecho Administrativo de la función pública y cuáles por trabajadores sometidos a régimen privado laboral<sup>306</sup>.

#### 1.1. La salvaguarda de los intereses generales de la Administración y del Estado.

Tal y como apunta Monereo Pérez<sup>307</sup>, es necesario diferenciar desde un punto de vista técnico-jurídico, *las nociones de función pública y de servicio público, que se sitúan en planos distintos*.

Hacemos notar en este punto que se reservarán a los funcionarios las funciones públicas encaminadas a la «*salvaguarda*» de intereses generales (art. 9.2 EBEP), pero serán actuaciones comunes a todos los empleados públicos, laborales y funcionarios, el desempeño de funciones «*al servicio*» de los intereses generales (art. 8.1 EBEP), por lo que en el primer caso se apela a la necesidad de protección de los intereses generales, a la especial función de tutela de los mismos a desempeñar por los funcionarios, mientras que en el segundo lo que se presume es la vocación de servicio público de todos los empleados de la Administración lo que, a la postre, se reconoce de forma expresa en el artículo 53 EBEP que enumera los principios éticos que deberán respetar todas las personas que prestan servicios en la Administración y en el

---

*Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000, p. 22, citando a Morey Juan, A. "La selección del personal en la Administración Pública", IVAP, 1989.

<sup>306</sup> Marín Alonso, I., "El empleo público laboral en el estatuto básico...", op.cit., p.4.

<sup>307</sup> Monereo Pérez, J.L., "Introducción al nuevo Derecho del Trabajo.....", op.cit., p. 138, citando a Garrido Falla, F., "Tratado de Derecho Administrativo", Vol. II, Madrid, 1987, p. 289, nota 36.

sector público en el ejercicio de sus funciones. Así, en el apartado 2º de dicho precepto se dispone que en su actuación perseguirán la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se basarán en «*consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio*».

Aclarado lo anterior, y por lo que se refiere a la concreción de esas actuaciones que encajan mejor dentro del concepto jurídico indeterminado de la «salvaguarda de intereses generales del Estado o de la Administración», y ante la falta de criterios objetivos por parte del legislador, la doctrina científica<sup>308</sup> opta por entender que podrían incluirse las funciones relativas a «*la dación de fe pública y gestión de los registros administrativos, las de recaudación, asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria o las funciones de contabilidad*».

Parece, por tanto, que quedarán integradas en este concepto aquellas funciones reservadas a determinados funcionarios públicos en atención al cuerpo y escala al que pertenecen, como son las recogidas en el Anexo del Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores o en el artículo 15.2 g) del Proyecto de la Ley de Función Pública de Andalucía que alude al *Cuerpo de Letrados y Letradas de la Administración de la Junta de Andalucía; el Cuerpo de Letrados y Letradas de la*

---

<sup>308</sup> Gamero Casado, E., “La Potestad Administrativa...” [en línea], en *El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público*, op.cit., p. 471, haciendo alusión a Cantero Martínez, J., “Criterios para la clasificación del empleado público ¿funcionario o laboral?”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 5, 2013, p. 91. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4568013>; asimismo, Cantero Martínez, J., “El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la Jurisprudencia sobre la Policía Local)”, *Revista de Estudios de La Administración Local y Autonómica*, núm. 14, octubre 2020, pp. 139–160. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10846>; y Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito...)”, op.cit., pp. 23.

*Administración Sanitaria; los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda; los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios; y el Cuerpo de Agentes de Medio Ambiente, o las mencionadas en el artículo 44.2 de la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco relativas a la Contabilidad y Tesorería o Actuaciones relacionadas con el área de transparencia y buen gobierno.*

Por ello, la salvaguarda de los intereses generales se asocia a una reserva legal de las funciones que realiza un cuerpo específico de la función pública y que solo puede estar ocupado por funcionarios y que no es lo mismo que aquellas funciones que se reservan a funcionarios por representar el ejercicio de potestades públicas administrativas, que sí suponen en todo caso y a diferencia de las anteriores, actos de autoridad o ejercicio de prerrogativas exorbitantes.

1.2. La participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas.

En cuanto a este concepto de potestad pública<sup>309</sup>, resulta especialmente problemático determinar su contenido en el ámbito de la legislación del empleo público. La escasa regulación normativa y las diferentes y variadas posturas que puedan adoptar las Administraciones Territoriales que van desde abarcar cualquier actuación pública o, por el contrario, casi ninguna, suponen que la línea divisoria en el ejercicio de potestades sea un criterio funcional complejo de aplicar y de reconocer. El tiempo ha demostrado que la variedad organizativa y prestacional es tan amplia y tan laberíntica que el reconocimiento de aquel criterio de división en el ámbito funcional concreto resulta ciertamente inviable<sup>310</sup> pero, a su vez, como hemos visto, se erige como

---

<sup>309</sup> Para una exposición detallada de la noción y su evolución vid. Gamero Casado, E., "Delimitación conceptual de la potestad administrativa" [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 49 y ss.

<sup>310</sup> Palomar Olmeda A., "La problemática actual de la Administración Pública y su incidencia en el empleo público" [en línea], en *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y*

elemento clave para diferenciar los dos grandes grupos de personas que prestan servicios para la Administración Pública. La naturaleza de las funciones a desempeñar es lo que determinará el régimen jurídico funcional o laboral del empleado público<sup>311</sup>; ímproba tarea, en opinión de Parada y Fuentetaja<sup>312</sup>.

Incidimos en el hecho de que en nuestro Derecho positivo no existe ninguna definición de lo que haya de entenderse por potestades públicas, es más, la intervención del EBEP se ha calificado como deliberadamente imprecisa, remitiendo su concreción a otras leyes<sup>313</sup>, sin definir mínimos que garanticen homogeneidad con lo que serán las propias Administraciones Públicas las que, en último término, dicten normas, directrices o fórmulas para especificar el interés general y las potestades o competencias para satisfacer este interés, normas que, en ocasiones, terminarán siendo objeto de interpretación por parte de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, el Tribunal Supremo<sup>314</sup> e, incluso, por el propio Tribunal Constitucional<sup>315</sup>.

Partiendo de una definición general, es decir, no ceñida a la esfera del empleo público, una primera aproximación doctrinal a esta noción considera la «potestad» como un poder *unilateral susceptible de provocar efectos jurídicos, que se reconoce expresamente por el Ordenamiento para el cumplimiento de un fin que trasciende del propio de su titular, y cuyo ejercicio es obligado para quien la ostenta*<sup>316</sup>; a tenor de esta definición, la «potestad» podrá ser pública o

---

*racionalización*. Monografía Lex Nova, 1ª edición, marzo 2015, p. 12. Disponible en: Thomson Reuters (Legal) Limited.

<sup>311</sup> Cantero Martínez J., “El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios.....”, op.cit., p. 142.

<sup>312</sup> Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función....”, op.cit., p. 175; Parada Vázquez, R., “Derecho del Empleo Público.....”, op.cit., p. 87, considera que estamos ante una difícil tarea si tenemos en cuenta la realidad de la extensión de la contratación laboral, la presión sindical y la debilidad de la jurisprudencia constitucional.

<sup>313</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral en el estatuto....”, op.cit., p. 4; Cantero Martínez, J., “El ejercicio de funciones de autoridad por los funcionarios.....”, op.cit., pp. 143 a 146.

<sup>314</sup> STS de 29 de enero de 2019, STS de 14 de septiembre de 2020 o STS de 7 de octubre de 2020, entre otras.

<sup>315</sup> Ejemplo de ello es la mencionada sentencia TC 236/2015, a propósito de la impugnación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero de reordenación del sector público de Andalucía.

<sup>316</sup> Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual....” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 64 y 65.

privada, atendiendo a si se reconoce en beneficio del interés general o de un interés particular<sup>317</sup>.

Siguiendo a Gamero Casado<sup>318</sup>, dentro de las potestades públicas existen tres tipos originarios, a saber, la potestad legislativa, la administrativa y la jurisdiccional, que se corresponden con los tres poderes del Estado. Así, la potestad legislativa se vincula con una potestad normativa; la potestad jurisdiccional se ocupa de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y, finalmente, por lo que este trabajo interesa, la potestad administrativa se corresponde con un poder jurídico unilateral atribuido para la satisfacción de intereses generales sometidos a la ley y a control jurisdiccional.

Con esta definición, la «potestad administrativa» se configura como una potestad-función dirigida a un interés común y cuya realización implicará o no ejercicio de autoridad pues no se requiere en todos los casos un sujeto pasivo obligado a soportar su ejercicio<sup>319</sup>.

Serán, entonces, estas potestades administrativas que implican ejercicio de autoridad aquellas a las que se refiere el artículo 9.2 del EBEP aludiendo a funciones que encarnan la idea de *imperium*, de poder soberano transmitido (*translatio imperii*) para funciones concretas o determinadas que justifican la coerción y el uso de la fuerza o la presencia o constancia del poder público<sup>320</sup>, en beneficio no de su titular sino de terceras personas<sup>321</sup> y entendido como un bloque en el que sólo el ejercicio de imperium o auctoritas pública, reservado a

---

<sup>317</sup> En opinión de Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual...” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., p. 66, el ejemplo paradigmático de potestad privada es la patria potestad ya que es un poder cuyo ejercicio se encuentra condicionado por su finalidad “en beneficio de los hijos” (art. 154 Código Civil).

<sup>318</sup> Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual...” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit, pp. 69 y ss.

<sup>319</sup> Vid. Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual...” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., pp.37 y 90, que alude al artículo 113 *in fine* de la LRJSP que atribuye a sociedades mercantiles estatales la posibilidad de ejercer potestades administrativas siempre que no impliquen el ejercicio de autoridad.

<sup>320</sup> Pinazo Hernandis, J., “Empleo Público para una nueva Administración....”, op.cit., p. 240.

<sup>321</sup> Castro Pascual, J.M. “El Derecho Administrativo como derecho....”, op.cit., p. 49.

esferas de decisión política, fuera desempeñado por funcionarios públicos y el resto de funciones de la Administración pudieran ser ejecutadas por trabajadores en régimen laboral<sup>322</sup>. En este sentido, se asume la potestad administrativa investida de autoridad como acto de gravamen, como prerrogativa o poder exorbitante otorgado, legalmente, al titular de un órgano administrativo, para el cumplimiento de los intereses generales, que obliga a los ciudadanos a su realización pudiendo llegar a imponerse coercitivamente. Por tanto, se trata del ejercicio de una potestad que produce efectos jurídicos sobre los administrados, constituyendo, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas de forma unilateral<sup>323</sup>.

Sin embargo, estos conceptos están cargados de ambigüedad pues no es fácil pasar de la teoría a la práctica<sup>324</sup>, se les reconoce como «*una categoría específica de funciones públicas, de funciones reservadas al poder público como parte de su núcleo duro e irreductible, de su propia autoridad pública, no negociables y, por consiguiente, inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e indisponibles*»<sup>325</sup>, pero no se enuncian cada una de ellas.

Para resolver esta cuestión y a los efectos de poder establecer un listado orientativo<sup>326</sup>, que no cerrado, de estas potestades, se debate sobre si se debe hacer una lectura restrictiva o, por el contrario, una interpretación extensiva del artículo 9.2 EBEP.

---

<sup>322</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral en el estatuto básico...”, op.cit., p. 4; asimismo, Marín Alonso, I., “Las nuevas particularidades...”, op.cit., p. 15.

<sup>323</sup> Montilla Pérez, S., “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2...” [en línea], op.cit.; y Gamero Casado, E., “La Potestad Administrativa. Concepto y alcance...”, op.cit., p. 120.

<sup>324</sup> Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual...” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit, p. 119.

<sup>325</sup> Vid. Cantero Martínez, J., “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” [en línea], Revista española de Derecho Administrativo núm. 151/2011 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2011. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>; igualmente, Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito...)”, op.cit., p. 11, citando a Sainz Moreno, F., “Ejercicio privado de funciones públicas”, RAP, nº 100-102, enero-diciembre de 1983.

<sup>326</sup> En este sentido, Castro Pascual, J.M., “El Derecho Administrativo como derecho...”, op.cit., pp. 50 y 51, realiza una enumeración, a efectos ilustrativos y a grandes rasgos, siguiendo a Colmeiro.

La doctrina<sup>327</sup> para ello acude a la jurisprudencia comunitaria en la que parece que es posible reconocer un intento de definir qué se entiende por potestades administrativas con el fin de concretar un concepto jurídico objetivo y evitar interpretaciones dispares de la mano de las legislaciones de los Estados miembros.

Decíamos, a propósito de la definición de Administración Pública, que el Tribunal de Justicia de Europa ha ido diseñando un concepto con un claro *carácter funcional*<sup>328</sup>, en contraposición del criterio institucional u orgánico, para impedir que se pueda o bien limitar la libre circulación de trabajadores por la vía de la excepción contemplada para los “empleos en la Administración Pública” o bien restringir el derecho de establecimiento.

Por un lado, acude a criterios interpretativos claramente restrictivos del ámbito material de aplicación de la excepción a la libre circulación<sup>329</sup> y acota un concepto de funcionario entendido en sentido estricto en torno al cargo público con funciones de autoridad, en aplicación del ya aludido artículo 45.4 TFUE (antiguo artículo 39 TCE) y su Reglamento (UE) núm. 492/2011 del Parlamento

---

<sup>327</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral especial de empleo.....”, op.cit., pp. 51 y 52; Sánchez Morón, M., “Derecho de la Función....”, op.cit., pp. 71 a 75; Castro Pascual, J.M., “El Derecho Administrativo como derecho....”, op.cit., pp. 49 a 51; y Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., pp. 14 a 17.

<sup>328</sup> Cantero Martínez, J., “A vueltas con el ejercicio de potestades....”, op.cit.; Gómez Muñoz, J.M., “Libre circulación de trabajadores en el empleo público....”, op. cit., pp. 200 a 202; Fernández Lozano, E., “El acceso a las funciones públicas nacionales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea” [en línea], Revista Catalana de Derecho Público, núm. 25, diciembre 1999, pp. 389 a 425. Disponible en: <https://vlex.es/vid/acceso-funciones-nacionales-ciudadanos-63087231>; Guillén Caramés, J. y Fuentetaja Pastor, J.A., “El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros”, en Revista de Administración Pública, núm. 146, 1998, pp. 467 a 500.

<sup>329</sup> Monereo Perez, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo.....”, op.cit., p. 144; en este sentido vid. Ferradans Caramés, C., “La reordenación del sector público tras la crisis: algunos efectos jurídicos laborales” [en línea], Revista española de Derecho del Trabajo número 155/2012, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas; esta autora afirma que los empleos inaccesibles a los nacionales de otros Estados miembros deben identificarse con los “*que encarnan la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho Común, con privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos*”. Lo esencial es verificar si las funciones que los conforman se traducen en “*actos de voluntad que obliguen a los particulares, con posibilidad de exigir su acatamiento en caso de desobediencia*”

Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011<sup>330</sup>, de forma que solo se pueda impedir el acceso de un ciudadano de otro Estado miembro a empleos de la Administración que impliquen actuaciones de mando o poderes coercitivos que conlleven la obediencia de los ciudadanos.

Como nos recuerdan Parada Vázquez y Fuentetaja Pastor<sup>331</sup>, la Comisión Europea en su Comunicación 88/C7/02<sup>332</sup> ha considerado lícito reservar a los funcionarios nacionales «*los empleos en las fuerzas armadas, policía, judicatura, Administración tributaria y servicio exterior además de todos aquellos que comprendan el dictado, ejecución, y control de actos jurídicos sobre los particulares y los que supongan tutela de los organismos dependientes*», dejando mayor libertad para el acceso a los empleos públicos «*en los servicios sanitarios, en la enseñanza y en la investigación civil*»<sup>333</sup> y en los empleos laborales de la Administración que, con la llegada del EBEP, en España se traduce en libertad absoluta en el acceso de los comunitarios no españoles como personal laboral (artículo 57.4 EBEP) precisamente porque solo hay que tratar con especial celo un núcleo reducido de puestos en los que, como hemos dicho anteriormente, se desempeñen potestades públicas reservadas a los funcionarios.

---

<sup>330</sup> Que deroga y sustituye al Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad; vid. Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización.....”, op.cit., pp. 98 y 99, citando a Gómez Muñoz, J.M. “La libre circulación de trabajadores en....”, op.cit., p. 193 y Calonge Velázquez, A. “El concepto de Administración Pública ....” op.cit., p. 18, considera que el concepto funcional de Administración Pública introducido en el artículo 48.4 TCE en interpretación del TJCE se hizo en un “sentido restrictivo”.

<sup>331</sup> Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 270 y 271; asimismo, vid. Montilla Pérez, S. “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2.....” [en línea], op.cit.

<sup>332</sup> Comisión Europea “La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros — La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE”, Diario Oficial de la Comunidad Europea, C72, 18 de marzo de 1988, p. 2. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1988:072:FULL&from=EN>

<sup>333</sup> Materias que no entran en el ámbito de excepción del artículo 45.4 TFUE por no implicar ejercicio de poder público o salvaguardia de los intereses generales. En este sentido, STJCE de 16 de junio de 1987. (C-225/1985, asunto Comisión vs. Italia) o STJCE de 3 de julio de 1986. (C-66/1985, asunto Lawrie Blum vs. Land Badem).



Por otro lado, la interpretación restrictiva de la excepción a la libre circulación de trabajadores en el ámbito europeo también es extrapolable a la hermenéutica que se aplica cuando se trata de limitar el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, ya que a tenor del artículo 51 TFUE (antiguo artículo 45 TCE) la prohibición de restricciones a aquél derecho tendrá también como parámetro insoslayable «*las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público*». En este sentido, se interpreta por la doctrina<sup>334</sup> que esta excepción «*debe circunscribirse a aquellas actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público, con el fin de evitar que la eficacia del Tratado en materia de libertad de establecimiento quede desvirtuada por disposiciones unilaterales adoptadas por los Estados miembros*».

Pero, abundando en la noción europea de «ejercicio de los poderes públicos», se podrían extraer más criterios de definición de las conclusiones del Abogado General Mancini<sup>335</sup>, en la Sentencia del TJCE de 3 de junio de 1986, Asunto 307/84, Comisión vs. Francia que, aludiendo al fallo de las sentencias de 17 de diciembre de 1980 y de 26 de mayo de 1982 reconoce que el Tribunal Europeo ha aceptado como propia la definición que ha dado el Abogado General Sr. Mayras, para quien aquéllos poderes son «*la encarnación de la soberanía del Estado y como tales confieren a quienes los ostentan la facultad de ejercitar prerrogativas que sobrepasan el ámbito del Derecho común,*

---

<sup>334</sup> Vid. Gómez Muñoz, J.M., “Criterios de delimitación de las actividades profesionales privatizables y no privatizables” [en línea], Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 135/2016, p. 73. Disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/90031/criterios%20de%20delimitaci%3%b3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, en donde el autor cita numerosas sentencias del TJUE en la materia: *Sentencia Comisión/Bélgica, Rec. p. I-4105, apartado 85; Sentencia Comisión/Luxemburgo, Rec. p. I-4231, apartado 84; Sentencia Comisión/Austria, C-53/08, Rec. p. I-4309, apartado 84; Sentencia Reyners, cit., apartado 45; Sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8; Sentencia Comisión/España, cit., apartado 35; Sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, cit., apartado 46.*

<sup>335</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. G. Federico Mancini presentadas el 15 de abril de 1986, pp. 1731 y 1732. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93622&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=55001>

*privilegios y poderes coercitivos que obligan a los ciudadanos (conclusiones en el asunto Reyners, Rec. 1974, p. 665). (...) Las funciones de que se trata, deben traducirse en actos de voluntad que obliguen a los particulares, en el sentido de que se pueda exigir su obediencia o si no se obedecieran, forzarles a conformarse a ellos. Enumerar tales funciones —teniendo en cuenta, entre otras cosas, la segunda condición exigida por el Tribunal (la tutela del interés general)— es prácticamente imposible; pero, desde luego, los primeros ejemplos que vienen a la mente son los empleos que se refieren a la potestad de policía, de defensa del Estado, de jurisdicción y de control fiscal».*

Por su parte, con posterioridad, el Abogado General Sr. P. Cruz Villalón, en el asunto Comisión vs. República de Portugal C-52-08<sup>336</sup>, afirmará que «poder público» es ante todo «poder», esto es, capacidad de imposición de una conducta conforme a una voluntad irresistible. Aunque no muy precisa, sí se puede considerar esta definición muy restrictiva y que, desde el punto de vista del Derecho comunitario, sólo se considera como ejercicio de poder público aquellas actuaciones que se concretan en actos de la Administración con efectos jurídicos directos para terceros<sup>337</sup>; así, a tenor de estas afirmaciones, el Tribunal Europeo concluye, a propósito de la intervención de fedatario público en prestaciones profesionales que implican una colaboración, incluso obligatoria, con el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, que estas actuaciones no suponen participación en el ejercicio del poder público porque, como afirma Gómez Muñoz<sup>338</sup>, para que esto fuese así el grado de

---

<sup>336</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010 «Recurso de incumplimiento – Libertad de establecimiento – Directiva 2005/36/CE – Profesión de notario – Artículo 45 CE, párrafo primero – Actividades relacionadas con el ejercicio del poder público». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0052>

<sup>337</sup> Calonge Velázquez, A. “El concepto de Administración Pública...” op.cit., p. 17.

<sup>338</sup> Vid. Gómez Muñoz, J.M., “A propósito del requisito de nacionalidad para el ejercicio y libre establecimiento de los notarios en la Unión Europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 45, 2013, pp. 768 y 775, quien, en su estudio pormenorizado de las conclusiones del Abogado General en relación con la jurisprudencia europea relevante en la materia, pone de relieve que tampoco la formalización mediante documento notarial de aquellos negocios jurídicos, como las donaciones inter vivos, los testamentos, las capitulaciones matrimoniales y los contratos que rigen la situación de las parejas de hecho constituyen ejercicio de poder público; las mismas consideraciones son aplicables a actos de constitución de sociedades, asociaciones y fundaciones que deben formalizarse en documento autenticado ya que no suponen un ejercicio directo y específico del poder público por parte del Notario.

intensidad en que la actividad participa del ejercicio del poder público debería ser directo y específico.

Por tanto, las potestades públicas investidas de *auctoritas* se identifican con el término *prerrogativas*<sup>339</sup> de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y se asocian a actuaciones administrativas obligatorias para sus destinatarios que permitan exigir su acatamiento en caso de incumplimiento. Y, si bien para Cantero Martínez<sup>340</sup> en la reserva de estos puestos se deben incluir también aquellos que sean auxiliares o instrumentales que se utilicen como medio para su ejercicio (la norma habla de “participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas”), entendemos que no debieran considerarse como tales, en estos casos, actuaciones preparatorias de carácter material, técnico, auxiliar o de apoyo, que no constituyan potestad administrativa propiamente; como línea argumentativa utilizaremos, por un lado, la propia reflexión que realiza este autor y es que hacer extensivo a actuaciones que no inciden directamente en el ejercicio de la potestad pública puede ahogar la autonomía organizativa en materia de personal de las Administraciones Públicas y, por otro, la definición dada por Berning Prieto<sup>341</sup> de las funciones meramente auxiliares en el sentido de que «*son las que propician la resolución del procedimiento, pero no lo condicionan ni suponen el ejercicio de potestades administrativas o el ejercicio de autoridad*».

Así pues, se propone por la doctrina científica<sup>342</sup> que, por sus repercusiones para los particulares y por ser una manifestación de potestades

---

<sup>339</sup> La STS de 24 de noviembre de 2009 (asunto EGMASA) afirma que son potestades públicas las que suponen prerrogativa.

<sup>340</sup> Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., p.24.

<sup>341</sup> Berling Prieto, A.D., “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, p. 291. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

<sup>342</sup> Montilla Pérez, S. “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2....”, op.cit.; y Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual de la...” y “El ejercicio de potestades administrativas...” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., pp. 124 y 465; y Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., pp.23 y 478 a 479; Sánchez Morón, M., “Sobre la determinación de los puestos y funciones....”, op.cit., pp. 28 y 29.

administrativas de especial relevancia que implican ejercicio de autoridad conviene incluir, en un hipotético listado, las funciones sancionadoras, las autorizatorias, las inspectoras o de control o fiscalización económico-financiera, la instrucción y la elaboración de propuestas de resolución de los procedimientos administrativos limitativos de derechos, la de revisión de oficio de sus propios actos, la emanación de órdenes de policía y certificación de actos con presunción de certeza, la expropiatoria y la reglamentaria; en materia de subvenciones la inspección y comprobación del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió, la resolución de otorgamiento así como el procedimiento de reintegro y en materia de contratación pública la potestad tarifaria, la resolución de los contratos así como el control y verificación de su cumplimiento, sin perjuicio de que este listado pueda completarse por leyes de la función pública, generales o autonómicas<sup>343</sup>.

Ejemplos prácticos de funciones incluidas en dicho listado puedes encontrarse en el artículo 142.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que atribuye a los funcionarios que desempeñen funciones

---

<sup>343</sup> Artículo 15.2 del Proyecto de Ley de Función Pública de Andalucía incluye como actuaciones desempeñadas exclusivamente por personal funcionario las siguientes funciones:

- a) *La fe pública administrativa que, entre otras funciones, conllevará la expedición de certificaciones o de copias auténticas.*
- b) *La constatación de hechos que, de acuerdo con su normativa específica, tenga presunción de veracidad.*
- c) *La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros administrativos, que tengan efecto constitutivo.*
- d) *La emanación de órdenes de policía.*
- e) *La adopción de medidas cautelares o de reposición.*
- f) *Las actuaciones atribuidas a personal funcionario público habilitado para la identificación y firma de la ciudadanía en las oficinas de asistencia en materia de registro conforme a lo dispuesto en la legislación del procedimiento administrativo común.*
- g) *Las funciones atribuidas a personal funcionario en la legislación específica de determinados cuerpos, y en particular, el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Junta de Andalucía; el Cuerpo de Letrados y Letradas de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía; los Cuerpos de Inspección y Subinspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda; el Cuerpo de Inspección de Servicios Sanitarios, con las especialidades de Inspección Médica y de Inspección Farmacéutica, y el Cuerpo de Subinspección de Servicios Sanitarios; la especialidad de Agentes de Medio Ambiente del Cuerpo de Ayudantes; y el Cuerpo Superior de Inspección General de Servicios de la Junta de Andalucía.*
- h) *Además, en la tramitación de procedimientos administrativos que se instruyan en una agencia, el asesoramiento legal preceptivo, las funciones de persona responsable o instructora y la elevación de propuesta de resolución en los procedimientos que den lugar a actos desfavorables o de gravamen o que supongan el ejercicio de prerrogativas o poderes exorbitantes, así como los procedimientos de mediación y arbitraje.*

de inspección la consideración de agentes de autoridad; en el artículo 88 del Real Decreto Legislativo núm. 6/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que prevé que las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico tendrán valor probatorio<sup>344</sup>; o en el art. 77.5 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, que otorga presunción de veracidad a todos los efectos a los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y a los hechos constatados por aquéllos, salvo que se acredite lo contrario<sup>345</sup>.

A pesar de las propuestas doctrinales para enfrentar la siempre difícil tarea de definir las potestades administrativas, se sigue hablando de criterios de reserva de funciones genéricos, indeterminados y abstractos, de los que no se ha elaborado un listado y respecto de los que, a tenor de la jurisprudencia comunitaria, habrá que hacer una interpretación restrictiva. Esta circunstancia unida a que nuestro Tribunal Constitucional no solo *relaja su doctrina inicial sobre la “preferencia” constitucional por el régimen estatutario*<sup>346</sup> (aun reconociendo que la Administración no es libre para determinar qué puestos se pueden desempeñar por funcionarios<sup>347</sup>) sino que también flexibiliza en su STC 37/2002, de 14 de febrero, a propósito de la redacción dada al art. 92.2<sup>348</sup> LBRL por la posible vulneración del art. 103.3 CE, la determinación legal de las

---

<sup>344</sup> Vid. Cantero Martínez, J. “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas.....” [en línea], op.cit.

<sup>345</sup> Nos recuerda Cantero Martínez J., “El ejercicio de funciones de autoridad.....”, op.cit., p. 143, que quiere ello decir que si dichas funciones reservadas se realizan por personal laboral, prevalecerá la presunción de inocencia del interesado (entre otras muchas, la STSJ de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, Sentencia 3/2008 de 21 de enero; STSJ de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección I.ª, Sentencia 165/2013 de 10 de mayo; STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1.ª, Sentencia 1083/2010 de 30 de septiembre).

<sup>346</sup> Como reconoce la Comisión de Expertos en su informe de 25 de abril de 2005, pp. 51 y 52.

<sup>347</sup> Analizado en la STC 99/1987 a la que se ha hecho alusión con anterioridad.

<sup>348</sup> Redacción del art. 92.2 LBRL «*Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función*». La duda de constitucionalidad se circunscribe al inciso final del precepto transcrito.

funciones reservadas a los funcionarios, relativizando así la doctrina de la STC 99/1987 de la opción genérica por el régimen funcionarial en la Función Pública<sup>349</sup>, supone la apertura de una vía jurídica para que pueda haber un mayor número de funciones que puedan ser realizadas por los laborales.

En dicha sentencia del año 2002 se pone el acento y se discute el enfrentamiento entre el art. 92.2 LRBRL (en su redacción original de 1985) en el que se tasan unas pocas funciones que quedan reservadas a los funcionarios públicos desplegándose la posibilidad de cubrir todos los demás puestos de trabajo con personal laboral, y la redacción dada al art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, tras la STC 99/1987, en el que se utiliza la sistemática contraria, es decir, se tasan los puestos que pueden ser ocupados por personal laboral para, a renglón seguido, entender reservados expresamente todos los demás a los funcionarios públicos.

El Abogado del Estado parte en el proceso, evacuó informe en el que señalaba que no cabe considerar que el cuestionado precepto 92.2 LRBRL disponga una reserva a los funcionarios públicos de funciones residuales, por el contrario, del mismo se deriva que *«los parámetros de objetividad, imparcialidad e independencia son los que han de regir las decisiones de la Administración. De alguna manera se viene a recoger como criterio que los contratados laborales que presten sus servicios en la Administración no podrán desarrollar funciones de especial responsabilidad en garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia»*. En sentido contrario, se pronuncia el Fiscal General del Estado.

---

<sup>349</sup> Fuentetaja Pastor, J. "La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público" [en línea], Anuario de Derecho municipal, 2007, p. 72. Disponible en: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664215/ADDM1\\_2.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664215/ADDM1_2.pdf?sequence=1); afirmación que comparte citando a Boltaina Bosch, X., «Clases de personal» en S. DEL REY GUANTER (dir.), Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, La Ley, 2008.

Analizada la cuestión por el Tribunal, concluye que el art. 92.2 LBRL no vulnera la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, y es que el precepto en cuestión,

*«enumera en su primer inciso una serie de funciones, que expresamente califica como públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional. Tales funciones son las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y las de contabilidad y tesorería, (...). Este elenco inicial se completa en el segundo inciso del precepto, al que se circunscribe la duda de constitucionalidad, con la consideración de que también son funciones públicas y, por lo tanto, han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, “en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad o independencia en el ejercicio de la función”»<sup>350</sup>.*

Finalmente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local<sup>351</sup>, da un nuevo contenido al artículo 92 de la Ley 7/1985 e incorpora una nueva redacción en su apartado 3 (artículo 92.3 LBRL) que, por lo que a nuestro análisis se refiere, supone la integración de lo estipulado en el artículo 9.2 EBEP con lo dispuesto en la anterior redacción del art. 92.2 LRBRL.

En conclusión, el Tribunal Constitucional asume que la reserva de funciones públicas a funcionarios puede establecerse sobre la base de criterios generales como los que se establecían en el artículo 92.2 LRBRL<sup>352</sup>.

Abundando en ello, la sentencia del TC (Pleno) núm. 236/2015 de 19 de noviembre, en recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la Ley 1/2011,

---

<sup>350</sup> STC 37/2002, de 14 de febrero.

<sup>351</sup> «BOE» núm. 312, de 30/12/2013.

<sup>352</sup> Informe de la Comisión de Expertos de 25 de abril de 2005, p. 52.

de 17 de febrero, de reordenación del sector público en Andalucía y en alusión a la habilitación autonómica para el desarrollo legislativo del artículo 9.2 EBEP, dispone en su FJ 5º que

*«El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 tiene carácter básico en el doble sentido, formal y material, exigido por nuestra doctrina. En efecto, por un lado, se contiene en una norma de rango legal y su carácter básico se desprende de la disposición final primera del Real Decreto Legislativo 5/2015 (...); por otro, (...) constituye un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales. El art. 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015 se limita a reservar al personal funcionario el ejercicio de determinadas funciones, que se delimitan mediante cláusulas generales –“funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas”–, y atribuye a las leyes autonómicas de desarrollo de cada Administración pública la fijación de los “términos” en los que se lleve a cabo ese ejercicio. Esta habilitación para el desarrollo legislativo del precepto se puede entender que incluye tanto la precisión de las concretas funciones que debe corresponder exclusivamente al personal funcionario como la determinación de las modalidades según las cuales los funcionarios pueden desarrollar las referidas funciones».*

Con estos precedentes se llega a la conclusión de que, por un lado, si ponemos en conexión las “potestades administrativas” con las “clases de personal” debe operar el criterio restrictivo reservando a los funcionarios tan sólo las concretas potestades que supongan gravamen, ejercicio de autoridad o de soberanía<sup>353</sup> y, por otro, que, a tenor de la legislación emanada en desarrollo del art. 9.2 EBEP<sup>354</sup>, también es posible hacer una interpretación

---

<sup>353</sup> Gamero Casado, E., “Delimitación conceptual...” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., p. 455.

<sup>354</sup> Como ejemplo, el artículo 15 del Proyecto de Ley de Función Pública de Andalucía.



limitativa (aunque no en todos los casos suceda así<sup>355</sup>), de lo que se ha de considerar potestades públicas, siempre que se respeten aquellas funciones que corresponden al núcleo esencial de la actividad administrativa<sup>356</sup>, las cuales serán atribuidas, en exclusiva, al personal funcionario de nacionalidad española (art. 57.1 EBEP) por lo que, *a contrario sensu*, se podrá interpretar que el resto de funciones pueden ser desempeñadas por personal laboral cuando les sean atribuidas por el legislador de desarrollo.

Frente a esta opinión, parte de la doctrina administrativista<sup>357</sup> contraria a estas conclusiones advierte que esto puede representar un peligro que desvirtúa el modelo tradicional de función pública y nos enfrenta al axioma jurídico que supone «*abrir las puertas a una laborización generalizada de la Administración y, por tanto, quebrar la regla general del régimen estatutario establecido en el art. 103 CE y en la STC de 11 de junio de 1987*».

La vía argumentativa en que se apoya esta corriente es que el criterio de interpretación utilizado actualmente para saber qué puestos de trabajo pueden ser desempeñados por personal laboral en el empleo público es, también, en términos generales de carácter restrictivo. A falta de una norma legal más reciente, el citado artículo 15.1.c) de la LMRFP, de la que ya se ha dicho no es legislación básica pero que, ante la ausencia de otro recurso jurídico, se aplicará supletoriamente (artículo 149.3 *in fine* CE<sup>358</sup>), será el que delimite los puestos que se pueden asignar al personal laboral que, como ya hemos tenido ocasión de comentar, se reconducen principalmente a trabajos de oficios y

---

<sup>355</sup> En contra de este desarrollo normativo restrictivo se cita el artículo 44 de la Ley 4/2021, de 16 de abril de la Función Pública Valenciana en el que muchos de los puestos de trabajo que se citan de naturaleza funcional responden a fases del procedimiento administrativo *instrumentales o de apoyo* (artículo 44.2) que por las tesis restrictivas se encuadran fuera del ámbito de las potestades públicas.

<sup>356</sup> López Gómez J.M., “La relación laboral especial....”, op.cit., p. 51.

<sup>357</sup> Montilla Pérez, S., “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 ....” [en línea], op.cit., citando a Ramos Moragues F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2011; asimismo, vid. Boltaina Bosch, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: Algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público” [en línea], Revista CEMCI, núm. 14 enero-marzo 2012, p. 3. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf>

<sup>358</sup> Art. 149.3 in fine de la CE dice “*El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

auxiliares<sup>359</sup>; lo que unido a la voz de nuestro Tribunal Supremo que concluye que este precepto «*debe ser interpretado restrictivamente, por la sencilla razón de que el régimen general aplicable a los empleos públicos en nuestro país es el de la función pública, de Derecho Administrativo*», y la contratación laboral es la excepción que habrá de tratarse de forma rigurosa y estricta<sup>360</sup>, nos devuelve al punto de partida de una concepción clásica de la función pública.

Poco se puede hacer si, como dice Sánchez Morón<sup>361</sup>, la contratación laboral está legalmente limitada a supuestos tasados y es objeto de interpretación estricta por los tribunales.

No obstante, a este respecto conviene recordar, como señala Cantero Martínez<sup>362</sup> que la preferencia por el régimen funcionarial acuñada por el TC, en interpretación de la “mención” que realiza el art. 103.3 CE al régimen estatutario, se traduce en la reserva de las funciones de autoridad a los funcionarios de nacionalidad española como núcleo mínimo e indisponible para el legislador de desarrollo por lo que, a nuestro entender, salvado este mínimo, el resto de funciones podrían ser desempeñadas por laborales, si así lo decidiera el legislador de desarrollo y la Administración dentro de su autonomía organizativa, cosa que también hay que reconocer que no ha ocurrido pero consideramos que no por falta de intención sino más bien por temor a las posteriores reclamaciones judiciales que entre las interpretaciones

---

<sup>359</sup> Vid. Fernández López, M.F., “El personal laboral de las Administraciones Pública: facultades organizativas y disciplinarias” [en línea], Temas Laborales, núm. 135/2016, p. 377. Disponible en: [file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElPersonalLaboralDeLasAdministracionesPublicas-5793434%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElPersonalLaboralDeLasAdministracionesPublicas-5793434%20(1).pdf); como nos recuerda la autora esta tendencia se mantiene en el art. 9.2 EBEP que contiene *Un criterio clásico de delimitación del alcance del funcionariado que se ordena en torno a puestos directivos en la estructura administrativa, presumiblemente destinados a ser cubiertos por personal de alta cualificación, asignando indirectamente al laboral un trabajo de apoyo, predominantemente manual, que recuerda en gran medida las reglas de las leyes anteriores sobre función pública.*

<sup>360</sup> En palabra de Sánchez Morón, M., “Sobre la determinación de los puestos y funciones....”, op.cit., pp. 30 y 31, citando las SSTs de 13 de mayo de 2009 y de 9 de julio de 2012.

<sup>361</sup> Sánchez Morón, M., “Sobre la determinación de los puestos y funciones....”, op.cit., p. 33.

<sup>362</sup> Cantero Martínez, J., “Funcionarios y laborales (a propósito.....)”, op.cit., pp. 10 y 11.

extensivas<sup>363</sup> de las potestades administrativas y las restrictivas de los puestos a ocupar por los laborales terminan aplacando cualquier atisbo de cambio.

Siguiendo la opinión generalizada de la doctrina puesta de manifiesto a lo largo de esta apartado, la importancia de la reserva de potestades administrativas a los funcionarios públicos no es algo que se deba tratar con carácter marginal; la inamovilidad en el desempeño de su cargo (que no concurre en el caso del funcionario interino como ahora se verá) garantiza que esa *potestas* o ese *imperium* del que se les inviste se ejerza sin sujeción a presiones de signo político ni intereses partidistas y como garantía de protección del interés general y en favor del servicio público, de ahí la importancia de delimitar un mínimo indiscutible de funciones a desempeñar por

---

<sup>363</sup> STSJA núm. 149/2011, de 8 de febrero, confirmada por el TS, incluye dentro de la *reserva funcional las funciones relativas al registro administrativo y asiento de documentos, escritos y solicitudes, tareas organizativas de los expedientes y los documentos, la tramitación de solicitudes con la fijación de su prelación y en su caso, su admisión*, entre otros, justificándolo en el principio de eficacia administrativa, en el necesario control del poder de decisión y en las consecuencias jurídicas de las actuaciones concretas. Entiende el tribunal que las *actividades de clasificación y archivo (...) conllevan una valoración que al tratarse de documentos administrativos comportará un ejercicio de potestades que va más allá de una actuación puramente material o técnica*. En el mismo sentido, *las tareas organizativas de los expedientes y la documentación que contienen suponen la aplicación de los principios contenidos en la ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en concreto en su título VI. Las tareas organizativas implican actos de ordenación e instrucción de carácter claramente administrativo y que pueden comportar -normalmente así será- el ejercicio de potestades de este orden, por lo que no se trata de una mera actividad material*. E igualmente, *las labores administrativas relativas a la tramitación de solicitudes conllevan establecer su orden de prelación, eventualmente su admisión o no, etc.* Cuestiones que están reguladas por la Ley como propias del procedimiento administrativo, que se rigen por principios de este orden y que comportan el ejercicio de potestades administrativas, contrariándose, a juicio del TSJ, el artículo 9.2 EBEP.

En similares términos, la STSJA núm. 974/2009 de 25 mayo, en la que se pone de manifiesto que *la comprobación de la entrega de material para que sea realmente eficaz ha de comportar la exigencia de documentación a la entidad que organice las actividades a los fines de comprobar si es necesario o no el material utilizado o adquirido. Y esa exigencia ha de concretarse en el ejercicio de unas potestades de naturaleza indudablemente administrativa. Pues de no ser así, qué poder de persuasión o de decisión, habría de tener la fundación. Lo mismo cabe afirmar respecto a los controles de seguimiento. No puede tratarse esa tarea de un simple «pasar lista» para constatar presencias y ausencias. Ese control, indefectiblemente comportará el ejercicio de potestades eventualmente sancionadoras en lo material: retirando subvenciones o anulando la participación de personas. En fin, la Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la Comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos algún tipo de ejercicio de potestades administrativas.*

los mismos<sup>364</sup>. Sin embargo, opinamos que se corre el peligro de desvirtuar este mínimo indisponible y llevar la interpretación restrictiva a un plano más teórico que práctico desde el momento en que la doctrina de nuestros juzgados y tribunales sigue atribuyendo al personal laboral (como originariamente se hacía) tareas residuales o que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos de funcionarios con dicha preparación<sup>365</sup>, reduciendo al mínimo la posibilidad de encomendarles tareas accesorias en el procedimiento administrativo.

Por eso, somos partícipes de la opinión de Gamero Casado<sup>366</sup> cuando afirma que si bien de la doctrina del TS es restrictiva ya que extrae la instrucción de un procedimiento administrativo del campo de actuación del personal laboral por considerar que es ejercicio de una potestad administrativa, habrá que entender, aplicando amplitud de miras, que esa reserva «se circunscribe a los procedimientos sancionadores (...) y a los que supongan ejercicio de autoridad en sentido estricto».

Por otro lado, este núcleo de funciones nos lleva a otra reflexión; dado que se trata de una reserva limitada a determinadas actuaciones y para ocupar unos concretos puestos de trabajo por parte del funcionario de carrera independiente, imparcial e inamovible en el cargo, no resulta del todo ilógico

---

<sup>364</sup> En este sentido, Berling Prieto, A.D., “Delimitación entre potestades administrativas...” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., p. 288, citando a Fernández Ramos, afirma que la reserva de potestades públicas al estatuto funcional es garantía de imparcialidad actuación conforme a los principios de legalidad e imparcialidad del art. 103.1 CE; asimismo, Chamorro González, J.M., “El ejercicio de potestades administrativas por funcionarios interinos” [en línea], *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2020. Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca.

<sup>365</sup> Vid., *in extenso*, Berling Prieto, A.D., “Delimitación entre potestades administrativas...” [en línea], p.292 y Gamero Casado, E., “El ejercicio de potestades administrativas...” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., p. 460, citando, entre otras, la STSJ de Andalucía núm. 587/2016, de 9 de junio, la STSJ de Madrid núm. 56/2002, de 19 de septiembre, la STS de 9 de julio de 2012, la STS de 29 de enero de 2019 o la STS de 19 de octubre de 2005 en la que se reserva a los funcionarios no solo los actos que supongan gravamen o prerrogativa sino también actuaciones favorables.

<sup>366</sup> Gamero Casado, E., “El ejercicio de potestades administrativas...” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., pp.466 a 478, manifiesta que esta debe ser la interpretación que se haga de la jurisprudencia emanada de la STS de 14 de septiembre de 2020 (asunto TRAGSATEC) y que va en la línea de lo dicho por este mismo Tribunal en la Sentencia de 4 de noviembre de 2015 (asunto VAERSA).

pensar que esta deriva restrictiva pueda terminar atribuyendo al estatuto funcional un carácter excepcional, y ello sin entrar en contradicción con nuestra Carta Magna porque, como ya dijera Sala Franco<sup>367</sup>, la Constitución es “neutra”, el Tribunal Constitucional está relajando su doctrina en este campo y, finalmente, como apuntara la Comisión para la elaboración del EBEP<sup>368</sup>, respetando este mínimo común, serán las leyes generales o sectoriales del Estado, de las Comunidades Autónomas y las que regulan la Administración Local las que delimiten la frontera entre funcionarios y laborales.

Un último apunte, abundando en lo acabado de decir, es que no conviene olvidar que son estas mismas leyes las que, en ocasiones, van un paso más allá excepcionando esta reserva mínima de funciones que implican ejercicio de autoridad al estatuto funcional en favor del empleado laboral, como es el caso del personal inspector que tiene a su cargo la inspección de las entidades de crédito y que se halla vinculado al Banco de España, entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia sometida al ordenamiento privado, por una relación de Derecho Laboral<sup>369</sup>.

2. El dudoso ejercicio de potestades administrativas por los funcionarios interinos a la luz de la distinta regulación emanada del EBEP del 2007 y de la LRBRL tras su modificación en 2013.

El EBEP atribuye el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de intereses generales a los funcionarios públicos sin más especificación de si se trata de funcionario de carrera o funcionario interino.

En principio, no hay nada de particular en que haya concretos puestos de trabajo en las diferentes Administraciones Públicas que, *per se*, puedan ser reservados a funcionarios de carrera con exclusión, *sensu contrario*, de su

---

<sup>367</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral en el....”, op.cit., p. 16.

<sup>368</sup> Informe de la Comisión de Expertos de 25 de abril de 2005, pp. 52 y 53.

<sup>369</sup> Canals Ametller, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021, pp. 332 y 333. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

desempeño por el funcionario interino. Así, nos encontramos con diferentes ejemplos como los puestos en los órganos de selección para el ingreso en el empleo público de los que no pueden formar parte los funcionarios interinos (art. 60.2 EBEP) o las categorías de personal directivo que en numerosas ocasiones se especifica que serán desempeñadas por «funcionarios de carrera», como es el caso de los Subdirectores generales de la Administración General del Estado (art. 67.2 Ley 40/2015, de 1 de octubre)<sup>370</sup> o los Coordinadores generales y los Directores Generales municipales (art. 130.3 LRBRL<sup>371</sup>) o los puestos que tienen asignadas tareas de dirección que estén relacionadas con el ejercicio de potestades públicas, como ocurre en las Agencias de la Junta de Andalucía (Disposición Adicional quinta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector Público de Andalucía<sup>372</sup>).

Si bien la delimitación de las funciones servirá para establecer la línea divisoria entre laborales y funcionarios públicos, cabe preguntarse si también ese análisis funcional marcará una subdivisión entre estos últimos en la medida en que surge la duda de a qué clase de funcionario nos referimos como personal habilitado para ejercer potestades públicas que implican el ejercicio de autoridad, si al funcionario de carrera o al funcionario interino. No se trata ya de excluir al interino por ley para puestos concretos sino de una exclusión genérica para todos los puestos que impliquen ejercicio de autoridad.

De los términos *personal sujeto al estatuto funcional*, del artículo 92.2 LRBRL del año 1985, se pasa a que son funciones que *corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos* del art. 9.2 EBEP del 2007, y, finalmente, a que su ejercicio se reservará a *los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local* en la nueva redacción dada al ya aludido artículo 92.3 LRBRL tras la reforma de 2013, lo que tiene todo el sentido si, como acabamos de ver, el ejercicio de estas funciones se enlaza con el

---

<sup>370</sup> Vid. Sánchez Morón, M., “Régimen jurídico de los.....”, op.cit., pp. 71 y 73.

<sup>371</sup> El artículo 130.3 de la LRBRL dispone que “El nombramiento de los coordinadores generales y de los directores generales (...) deberá efectuarse entre funcionarios de carrera (...)”.

<sup>372</sup> Consideración que se reproduce también en el artículo 42 del Decreto 96/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo.

derecho de inamovilidad que solo estos últimos poseen y que encuentra su fundamento último en la necesidad de garantizar la imparcialidad del funcionario en el desarrollo de la labor pública que le corresponde.

Así, en la primera redacción se habilitaba en el ámbito local al ejercicio de funciones investidas de *imperium* tanto al funcionario interino como al funcionario de carrera, por cuanto ambos quedan sometidos al régimen jurídico del estatuto funcionarial; posteriormente este concepto se mantiene y se generaliza con el EBEP dado que los interinos son también funcionarios públicos; pero, sin embargo, la modificación de la LRBRL reduce el terreno solo al funcionario de carrera, al que ha superado un proceso selectivo con plaza y está vinculado mediante nombramiento legal (art. 9.1 EBEP) con carácter inamovible en el cargo, aspecto que no concurre en el caso de los interinos ya que, aunque se ha de garantizar que son seleccionados respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y celeridad (art. 10.2 EBEP), su nombramiento legal solo será temporal y esta última circunstancia será la que determine la diferencia consustancial que impedirá que, a la luz de la LRBRL, el interino desempeñe potestades públicas.

Llegados a este punto, y antes de dar respuesta a la disyuntiva suscitada, se plantean dos nuevas cuestiones: la redacción de la Ley 27/2013 restringe solo a la figura del funcionario de carrera la posibilidad de ejercer funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, quedando claramente al margen del ejercicio de estas potestades los funcionarios interinos; sin embargo, el art. 10.1 EBEP afirma que los funcionarios interinos serán nombrados *para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera* ¿quiere esto decir que tras la publicación de la Ley de 2013, cualquier funcionario interino desempeñará las funciones propias de los funcionarios de carrera, excepción hecha de las que supongan ejercicio de potestades públicas? ¿O la LRBRL establece esta limitación solo para los funcionarios interinos del ámbito local?

Son varias las interpretaciones posibles. Así, Cantero Martínez<sup>373</sup>, aun partiendo de la base de que el ejercicio de funciones que implican autoridad no está debidamente tratado en nuestro ordenamiento jurídico y es una cuestión cargada de incoherencias, considera que a tenor de la regulación contenida en las normas de la Función Pública Local estas funciones estarían reservadas específicamente a los funcionarios de carrera, lo cual resulta legítimo al amparo de la potestad de autoorganización de los entes territoriales en virtud del principio autonomía<sup>374</sup>. Desde otra perspectiva, Padilla Ruiz<sup>375</sup> entiende que la tesis más plausible a la que el legislador ha querido referirse, es aquella que establece que los funcionarios interinos sólo podrán cubrir plazas propias de los de carrera cuando no impliquen el ejercicio de funciones investidas de *auctoritas* y sólo los funcionarios de carrera podrán ejercer funciones que conlleven la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales. En sentido contrario, Fondevila<sup>376</sup> considera que la clave está en el propio EBEP, es decir, si los interinos son aquellos nombrados como tales «*para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera*» (artículo 10), lo razonable es que puedan ejercer potestades públicas. Por último, en opinión de Chamorro González<sup>377</sup>, la reforma de la legislación local ha utilizado *términos jurídicos inexactos* con su consiguiente problemática; afectar esta limitación exclusivamente al ámbito de la Administración Local resulta incomprensible y extenderlo a todos ámbitos de la función pública solo se puede hacer a través del legislador básico en el EBEP, cosa que no sucede.

Es posible que la primera interpretación que restringe al ámbito local la limitación pudiera ser idónea si no fuese porque resulta difícilmente justificable si tenemos en cuenta que *el EBEP prima sobre la legislación básica de*

---

<sup>373</sup> Cantero Martínez, J., "El ejercicio de funciones de autoridad por....." [en línea], op.cit., p. 140.

<sup>374</sup> Artículo 137 CE.

<sup>375</sup> Padilla Ruiz, P., "E l ejercicio por los funcionarios interinos de funciones reservadas...." [en línea], op.cit., p. 376.

<sup>376</sup> Fondevila Antolín, J., "Problemas y soluciones al Empleo Público actual...", op.cit., pp. 182 y 183.

<sup>377</sup> Chamorro González J.M., "El ejercicio de potestades...." [en línea], op.cit.



*régimen local*<sup>378</sup>, e igualmente es cierto que extender la limitación de lo dispuesto en el artículo 92.3 LRBRL a todas las Administraciones Públicas también casa mal con el carácter básico que se presume de los artículos 9 y 10 EBEP y, en concreto, del artículo 9.2 EBEP, que se refiere a funcionarios públicos en general, y que «*constituye un mínimo común denominador normativo dirigido a asegurar los intereses generales*»<sup>379</sup>.

Por ello, ni una ni otra ha sido la solución del Tribunal Constitucional; ni esta limitación se aplica solo en el ámbito local, ni mucho menos se hace extensible al resto de Administraciones Públicas. Queda así a salvo cualquier distinción por razón de territorio inclinándose el Tribunal por la tercera de las opciones por cuanto la sentencia del TC 106/2019, de 19 de septiembre<sup>380</sup>, aclara que la expresión «funcionarios de carrera» se utiliza como equivalente a la de «funcionario público», por lo que las funciones de autoridad están específicamente reservadas tanto para los funcionarios de carrera como para los funcionarios interinos, y la exclusión queda referida para el resto de empleados públicos que no pertenecen a la categoría de funcionarios.

Y a pesar de que hasta en dos ocasiones el legislador local se ha “confundido” y ha restringido de forma explícita estas prerrogativas o funciones de autoridad a los funcionarios de carrera, en el artículo 132 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril<sup>381</sup> y en el artículo 92.3 LRBRL en su

---

<sup>378</sup> Fuentetaja Pastor, J., “La función pública local...” [en línea], op.cit., p. 65, afirma que *la funcionalidad de la legislación de régimen local será la de desarrollar y complementar, pero en ningún caso prever regulación diferenciada especial que contradiga la funcionarial estatal o autonómica.*

<sup>379</sup> Así lo confirma la ya citada STC núm. 236/2015, de 19 de noviembre (FJº 5) y la STC núm. 106/2019, de 19 septiembre (FJº 5).

<sup>380</sup> FJº 9 el Tribunal afirma que *la exposición de motivos de la Ley 27/2013 (RCL 2013, 1877) no da cuenta de la nueva redacción que da al art. 92 LRBRL (RCL 1985, 799, 1372), que se encontraba vacío de contenido (por la disposición derogatoria única, apartado e) del EBEP de 2007), ni de las razones que le llevaron a mencionar específicamente a los funcionarios "de carrera" en su apartado 3. Y un repaso a los antecedentes legislativos tampoco arroja luz sobre esta reforma: el Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de ley (expediente 567/2013) no contiene ninguna referencia a esta cuestión (...) y en el curso del procedimiento legislativo no consta ninguna enmienda, ni en el Congreso de los Diputados ni en el Senado, ni ninguna referencia al mismo en los debates parlamentarios en una u otra Cámara*

<sup>381</sup> El Artículo 132 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, «BOE» núm. 96, de 22/04/1986, dispone que “*Corresponde a los funcionarios de carrera el desempeño de los puestos de trabajo que tengan atribuidas las funciones señaladas en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril,*

redacción de 2013, ello no es óbice para que, sobre la base de la primacía del EBEP frente a la legislación básica local, la jurisprudencia constitucional haya dictaminado que donde la norma local ha dicho funcionario de carrera, debe interpretarse como referido a cualquier funcionario, «*sin exclusión de los interinos*»<sup>382</sup>.

Al hilo de lo anterior, y sin ánimo de añadir polémica en cuestiones que parecen ya zanjadas por nuestros Tribunales, es obligado traer a colación una reflexión. Si se permite a los funcionarios interinos el acceso al ejercicio de potestades públicas que implican prerrogativas coercitivas, autorizándoles, asimismo, el desempeño de funciones para la salvaguarda de los intereses generales pierde fuerza el argumento de que estas funciones no pueden ser desempeñadas por personal laboral.

El interino es un empleado público seleccionado preservando el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en su acceso a la Administración (art. 10.2 EBEP), como ocurre con el personal laboral (art. 11.3 EBEP), con la peculiaridad de que al ser temporal, no goza del derecho de inamovilidad (del funcionario de carrera) que a su vez es garantía de imparcialidad y objetividad, característica que comparte con los laborales ya sean fijos, indefinidos o temporales; y en todo caso, será el personal laboral fijo el que posee un plus de estabilidad del que no disfruta el personal funcionario interino y que le va a permitir actuar con mayor independencia en el ejercicio de sus atribuciones.

Teniendo en cuenta el trasiego existente en las Administraciones, sobre todo autonómicas y locales, de personal funcionario temporal, el hecho de que los mismos lideren y ejecuten potestades administrativas hace que se tambaleen los razonamientos jurídicos empleados para excluir al personal laboral del ejercicio de estas funciones, fundamentalmente, al personal laboral

---

*así como las que en su desarrollo y en orden a la clasificación de puestos, se determinen en las normas estatales sobre confección de las relaciones de puestos de trabajo y descripción de puestos de trabajo-tipo”.*

<sup>382</sup> FJ 9.

fijo al servicio de la Administración Pública y convierte en una incongruencia jurídica que a este último se le deniegue de plano el acceso al ejercicio de estas potestades investidas de *imperium* y, sin embargo, se le reconozcan al funcionario en situación de interinidad.

Si decíamos que las funciones son un criterio diferenciador de los tipos de personal que prestan servicios en la Administración<sup>383</sup>, resulta que ocurre lo mismo con la inamovilidad, que constituye otro elemento básico para diferenciar los dos regímenes jurídicos y las categorías de empleados públicos que actúan en la función pública española. Acabamos de ver en el epígrafe anterior que la inamovilidad es una característica exclusiva de los funcionarios de carrera (art. 14 EBEP) que sirve para garantizar su imparcialidad y para salvaguardar su objetividad, permitiendo que su actuación no quede sujeta a ningún tipo de clientelismo político y, también, acabamos de utilizar dicha inamovilidad como argumento para sustentar que las potestades administrativas que implican ejercicio de autoridad solo se pueden desempeñar por funcionarios públicos; así pues, necesariamente tendrán que ser «de carrera».

Ahondando en esta cuestión, vemos que tras la nueva redacción dada a los artículos 10 y 11 del EBEP por el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio<sup>384</sup>, tanto para la selección del personal laboral temporal, como para la del personal funcionario interino, rige también el principio de celeridad, lo que significa que si su nombramiento no se puede producir por agotamiento de la bolsa de personal a la que pertenece y en la que, normalmente, se presupone que la persona que forma parte de la misma ha superado alguna prueba, examen o similar, si bien sin plaza, será necesario acudir, *dadas las razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia* (arts. 10.1 y 11.3 EBEP), a otros mecanismos, igualmente válidos, para su nombramiento como pueden

---

<sup>383</sup> Cantero Martínez, J., "El ejercicio de funciones de autoridad por...." [en línea], op.cit., p. 146.

<sup>384</sup> Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público «BOE» núm. 161, de 07/07/2021.

ser las ofertas genéricas enviadas a los servicios públicos de empleo<sup>385</sup> lo que, por otra parte, ya es un mecanismo empleado por las diferentes Administraciones Públicas si tenemos en cuenta los numerosos años que han pasado sin las oportunas Ofertas Públicas de Empleo y sus respectivas Convocatorias.

Las cuestiones que se plantean son, por un lado, por qué este sistema utilizado indistintamente para laborales temporales o funcionarios interinos no tiene el mismo peso específico según el seleccionado quede sujeto al régimen administrativo o régimen privado y, por otro, por qué si la plaza a cubrir vacante en RPT es de funcionario de carrera representa criterio suficiente para investir a la persona funcionaria interina seleccionada de *auctoritas*.

Un sector doctrinal afirma que *«si la regla general es el régimen funcional, lo excepcional será el régimen laboral cuya previsión, consecuentemente, deberá ser expresamente prevista como derogación a la regla general y así lo entendió tempranamente la citada STC 99/1987 al confirmar que la opción de la Constitución por el régimen funcional constituye la regla general y, por tanto, el régimen laboral la excepción»*<sup>386</sup>. En consecuencia, siguiendo la lógica sustantiva de esta argumentación la regla general por el régimen administrativo sería el título habilitante o *conditio sine qua non* por la que el ejercicio de potestades públicas solo corresponde a los funcionarios públicos, ya sean de carrera o interinos.

---

<sup>385</sup> En la Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, p. 59, de forma expresa *“Se prevé la posibilidad de que excepcionalmente pueda recurrirse a los servicios públicos de empleo para realizar la preselección de candidatos”*.

<sup>386</sup> Fuentetaja Pastor, J., “La función pública local...” [en línea], op.cit., p. 74; en el mismo sentido, Boltaina Bosch, X., “La clasificación de los empleados públicos tras la Ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-Ley de reforma del mercado de trabajo” [en línea], Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 8, 2022, pp. 70 y 71. Disponible en: <https://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v8-boltaina/107-pdf-es>; este autor afirma que el funcionario interino puede desempeñar sin ninguna restricción funciones propias del funcionario de carrera, salvo que una ley expresamente lo prohíba.

Por contra, nos recuerda Gamero Casado<sup>387</sup> que la reserva de funciones a los funcionarios responde al carácter inamovible del que disfrutaban los mismos desde su nombramiento, razón que no se da en los interinos y que revela lo incoherente del sistema. A mayor abundamiento, Cantero Martínez<sup>388</sup> pone de relieve que ya, hoy en día, la imparcialidad y objetividad en la actuación administrativa no sólo se exige de aquellos que están vinculados a la Administración con carácter inamovible sino de todos los empleados públicos sin distinción de vínculo jurídico, que deberán actuar «*sometidos por igual a un estricto código de conducta y a determinados principios éticos que han de regir su actuación*».

En consecuencia, quizá la legislación básica de régimen local, con la introducción del artículo 92.3 LRBRL en 2013, sí quiso atribuir estas funciones sólo a los funcionarios de carrera, en consonancia con la construcción jurídica que distingue funcionarios y laborales y que se basa en la mayor garantía que la inamovilidad representa para el desempeño de potestades que supongan gravamen, ejercicio de autoridad o de soberanía, como ocurre con el caso concreto de la policía. Y así lo entendió el Tribunal Supremo que, dando un giro a la doctrina establecida en su sentencia de 1999<sup>389</sup>, concluye con claridad en fecha de 14 de junio de 2019<sup>390</sup> que el régimen especial previsto en la legislación básica de régimen local tras la modificación introducida en 2013 se aplicaría a los funcionarios de carrera, limitando la posibilidad de que funcionarios interinos desarrollen las funciones propias de las policías locales<sup>391</sup>.

Y es posible que el legislador local no encontrara contradicción con el artículo 9 EBEP, ya que este precepto se refiere en su título a los funcionarios

---

<sup>387</sup> Gamero Casado, E., “El ejercicio de potestades....” en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, op.cit., p. 463, citando a Cantero Martínez, J., “El ejercicio de funciones de....”, p. 145; asimismo, Cantero Martínez, J. “Funcionarios y laborales (a propósito....)”, op.cit., p. 10.

<sup>388</sup> Cantero Martínez, J., “El ejercicio de funciones de....”, op.cit., p. 149.

<sup>389</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1999.

<sup>390</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 828/2019, de 14 de junio de 2019, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

<sup>391</sup> Vid. Chamorro González J.M., “El ejercicio de potestades....” [en línea], op.cit.

de carrera y no es hasta el artículo 10 cuando aborda a los funcionarios interinos. Cabría pensar que la imprecisión está en el segundo párrafo del art. 9 EBEP que, en sede definitiva de los funcionarios de carrera, enumera funciones de funcionarios públicos y que, por tanto, donde puso funcionarios públicos quiso decir funcionarios de carrera.

Ahora bien, esa primera interpretación del Tribunal Supremo implicaba gravísimos problemas prácticos a nivel de régimen local primero porque se eliminaba la figura del funcionario interino de la Administración Local pero sí se mantenía en la Autonómica y en la Estatal y, segundo, porque no es precisamente una tarea ágil cubrir una vacante con un funcionario de carrera<sup>392</sup>. La desaparición del interino planteaba la dificultad de cómo cubrir temporalmente el puesto de funcionario de carrera en los casos legalmente previstos en el artículo 10.1 EBEP de interinidad por vacante de funcionario de carrera, de sustitución temporal del funcionario con derecho a reserva de su plaza, de ejecución de programas de carácter temporal o de interinidad de refuerzo.

Pues bien, la Administración no tiene libertad para decidir cómo cubre esas plazas; así, en el primer supuesto, dado que se trata de una plaza vacante prevista en RPT para funcionario de carrera, su obligación será la de acudir a un proceso selectivo de nuevo ingreso y, en caso de urgencia, la deberá cubrir por promoción interna o libre designación (arts. 78.2, 79 y 80 EBEP), comisión de servicios, redistribución de efectivos o cobertura forzosa con carácter provisional (art. 81 EBEP). Igualmente, para el resto de casos, deberá proveer ese puesto por cualquiera de los procedimientos temporales de provisión de puestos de trabajo o de movilidad, de conformidad con las alternativas que ofrece el Capítulo III del EBEP, todas ellas fórmulas más adecuadas que el recurso al funcionario interino del que planteamos la dudosa capacidad para ejercer potestades administrativas.

---

<sup>392</sup> Sánchez Morón, M., "Régimen Jurídico de los funcionarios interinos", Editorial Aranzadi, Primera edición, 2020, p. 72; Cantero Martínez, J., "El ejercicio de funciones de.....", op.cit., p. 156.

No obstante lo anterior, la situación planteada por el TS fue rápidamente rectificada por el Tribunal Constitucional que procede a realizar una interpretación armónica entre la legislación básica de régimen local y la legislación básica general. Consecuentemente, en aplicación de esta última, el Tribunal Supremo ha rectificado *a posteriori* su doctrina, mediante la sentencia 294/2020, de 2 de marzo, permitiendo que policías locales interinos porten armas de fuego autorizándoles el ejercicio de funciones investidas de *imperium* o *auctoritas*.

En nuestra opinión, con todo este acontecer se desvirtúa la reserva del ejercicio de autoridad y de potestades administrativas de *imperium* a los funcionarios, convirtiéndose en un producto más de la oportunidad organizativa que de la realidad jurídica. Compartimos la opinión de autorizada doctrina que declara que la normativa que regula la materia contiene importantes disfunciones e incoherencias teóricas<sup>393</sup> y «es un laberinto de hipócritas contradicciones»<sup>394</sup> desde el momento en que, por un lado, se permite el ejercicio de las mismas por interinos que disfrutan de menor estabilidad en el empleo que el personal laboral fijo y, por otro, se autoriza la excepción legal, a la que ya se ha hecho alusión, que posibilita que contratados laborales del Banco de España o de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ejerzan potestades públicas en virtud de sus leyes de creación.

Es momento de recordar la postura manifestada en el epígrafe anterior: resulta determinante la delimitación jurídica de un mínimo indiscutible de potestades administrativas de especial relevancia que implican ejercicio de autoridad a desempeñar por los funcionarios de carrera, que son los únicos que gozan de inamovilidad en el desempeño de su cargo lo que garantiza que la *potestas* e *imperium* de los que se les inviste se ejerza objetivamente, sin sujeción a intereses particulares, y como garantía de protección del interés

---

<sup>393</sup> Cantero Martínez, J., “El ejercicio de funciones de....”, op.cit., p. 148.

<sup>394</sup> Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función....”, op.cit., pp. 175, 176, 179 y 180; Parada Vázquez, R., “Derecho del Empleo Público....”, op.cit., p. 88.

general y en favor del servicio público. Más allá de esto se cae en la discordancia legal.

Volviendo sobre el caso particular del funcionario interino policía local, si el mismo tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, por los argumentos anteriores avalados por el Tribunal Constitucional, la posibilidad de policía local laboral debería correr la misma suerte y, en todo caso, el laboral vinculado a la Administración con carácter fijo.

No obstante, a pesar de ser un caso sentenciado por nuestro más Alto Tribunal, a nuestro entender la circunstancia de pertenecer a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, unida a la particularidad del tipo de potestades públicas que conlleva su ejercicio, hace aconsejable que el recurso a estos interinos se haga con carácter extraordinario, como reconoce el artículo 41 bis de la Ley 17/2017, de 13 de diciembre de Coordinación de Policías Locales de la Comunidad Valenciana<sup>395</sup> o se reduzca a nada, como sucede en el caso del Cuerpo Nacional de Policía<sup>396</sup> o de la Ley 6/2019, de 4 de abril, de Coordinación de las Policías Locales de Murcia<sup>397</sup>. En este sentido, y por la misma reserva de ese núcleo indisponible a favor de los funcionarios de carrera tampoco se sostiene un hipotético policía local personal laboral fijo.

### 3. Apuntes sobre una nueva teoría de la Función Pública Española.

El sistema dual que impera en España muestra signos de agotamiento después de décadas sin ser capaz de aportar soluciones a la difícil interrelación entre ambos regímenes lo que puesto en conexión con la concepción funcional

---

<sup>395</sup> En la Exposición de Motivos de la norma se establece que *se apuesta por la eliminación definitiva del personal interino en las plantillas de las policías locales valencianas* y le dota en el artículo 41 bis de carácter excepcional hasta el punto de que *no podrán portar armas de fuego y deberán limitar sus funciones a las de policía administrativa, custodia de edificios, medio ambiente, tráfico y seguridad vial.*

<sup>396</sup> Donde no se da la figura del funcionario interino, la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio del régimen de personal de la Policía Nacional se refiere en todo momento al «funcionario de carrera» Policía Nacional; lo mismo sucede con la Guardia Civil.

<sup>397</sup> El artículo 14.4 de la Ley prohíbe *las contrataciones de naturaleza laboral, cualquiera que fuere el tipo o duración del contrato, así como la relación funcional de carácter interino.*



del Derecho de la Función Pública que impera en Europa, lleva a que se intenten abordar nuevas fórmulas jurídicas.

Compartimos los argumentos de los administrativistas Boix Palop y Soriano Aranz<sup>398</sup> acerca de la posibilidad de seguir en nuestro país la tendencia de los países europeos de nuestro entorno que prevé que los puestos de carácter funcional únicamente deberían ser aquellos en los que se desarrollen funciones que requirieran un elevado nivel de independencia, como juezas y jueces, o aquellos puestos de trabajo en cuyo desempeño se ejerza autoridad sobre la ciudadanía, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, lo que, por otro lado, también resulta más coherente, en lo sustancial, con los supuestos en que la Unión Europea permite una reserva del empleo público para los nacionales de un Estado Miembro.

Nos parece una legítima opción de *lege ferenda*; así, aquellos puestos de trabajo que no tengan alguna de las dos características indicadas (necesidad de independencia y ejercicio de autoridad), podrán perfectamente convertirse en puestos de naturaleza laboral, introduciendo de este modo un elemento de flexibilización en la gestión de los recursos humanos en el empleo público, así como en los posibles sistemas de selección ya que para el personal laboral es posible la selección por concurso sin necesidad de considerarlo como un mecanismo excepcional que tenga que estar previsto en una norma con rango legal (como para los funcionarios), lo que resulta claramente útil para lograr mejoras y una más correcta adecuación a las necesidades actuales de selección y gestión de personal en los que debería primar la especial cualificación del personal y la atribución por competencias.

De admitirse esta interpretación, que no nos parece desdeñable, se estaría aceptando la idea de que solo un reducidísimo número de personas debería quedar sujeto al régimen administrativo y ostentaría la condición de

---

<sup>398</sup> Boix Palop, A. y Soriano Aranz, A., "Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso" [en línea], Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, nº 20/2021, p. 63. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvvp.20.2021.03>.

funcionario de carrera con potestad para el ejercicio de funciones de *imperium* y *auctoritas*, resultando ya totalmente estéril la clasificación que hasta el momento se ha hecho de la Función Pública que la divide en dos grandes bloques de personal: laborales y funcionarios y, por supuesto, la distinción que dentro de los funcionarios públicos se hace entre interinos y de carrera.

Con ello se daría paso a la esperada y, también, necesaria flexibilización de la Administración Pública que se diseñaría otorgándole mayor peso específico al Derecho privado, con un núcleo básico de personal funcionario de carrera y, el resto, personal laboral. Ello nos lleva a incidir en la idea de que, en un Estado como el actual, carece de lógica jurídica que las relaciones de servicios de quienes en nada participan del “*ius imperium*” se regulen por el Derecho de la Función Pública, proponiéndose que la posición de la Administración sea la de un empleador más<sup>399</sup>.

---

<sup>399</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral especial de empleo público...”, op.cit., p. 40.

## CAPÍTULO TERCERO

### INTRODUCCIÓN DEL MODELO DE FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LOS RECURSOS HUMANOS DE LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DEL PERSONAL LABORAL Y SU CONTEXTUALIZACIÓN CON LA TIPOLOGÍA DE TRABAJADOR Y LAS FORMAS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.

I. Referencia a la necesaria tarea de conjugar flexibilidad con la gestión de los recursos humanos en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Del análisis llevado a cabo en capítulos anteriores se observa que la irrupción de la perspectiva laboral en el histórico del régimen jurídico de la Función Pública en España, la concepción restrictiva del principio de libre circulación en Europa y la publicación del Estatuto Básico como marco general para todos los “empleados públicos”, son las notas distintivas de la creciente laboralización del sector público que se encuentran en la base del debate sobre la necesaria flexibilización en materia de recursos humanos de las Administraciones Públicas.

Resulta incuestionable que el personal laboral está presente en la Administración y, como recuerdan Jurado Segovia y Ramos Moragues, *«ni siquiera el reconocimiento temprano por parte del TC de que el modelo funcional constituyó el régimen general del empleo público propició una limitación a la vía de acudir a la contratación laboral como forma de reclutar al personal»*<sup>400</sup>.

Este trabajador público está adquiriendo una progresiva importancia en el seno de las entidades públicas pero hasta tal punto que, como acabamos de

---

<sup>400</sup> Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., “Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021, p. 118.

ver, el Derecho Laboral alcanza mayor protagonismo y abarca aspectos de la parcela reconocida al Derecho Administrativo.

Se ha señalado que en el origen de la aparición del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas subyace, inequívocamente, la idea de dotar de mayor flexibilidad al empleo público. En este sentido, no pocas voces han venido clamando, cíclicamente, por el régimen laboral como modelo más eficaz y eficiente, así como más flexible, para la gestión de unos recursos humanos inmersos en un sistema de función pública que ha sido calificado repetidamente como de *“imposible reforma”*<sup>401</sup>, con un régimen de personal *“confuso”* y una gestión de mismo *“casi infernal”*<sup>402</sup>.

Con el objeto de impulsar la flexibilización de los recursos humanos y potenciar el carácter transversal de la misma en la esfera de la Administración, se aprecia cómo va tomando fuerza la tesis<sup>403</sup> que apoya la aplicación como regla general de un Estatuto común de los trabajadores públicos, si bien aceptando la existencia de un reducidísimo grupo de funcionarios encargados de ejecutar directamente la voluntad de la Administración frente a los administrados. Por contra, no dejan de darse teorías administrativistas que defienden una concepción clásica del funcionariado lejos de la flexibilización, que no se sostiene, pero que busca apoyos con el argumento de que *«las singularidades del Derecho Privado han terminado por complicar las ya de por sí complejas relaciones laborales en el sector público planteando la duda de si lo idóneo hubiera sido disponer de un estatuto funcional más acorde con los tiempos, en lugar de introducir con carácter generalizado nuevas figuras de personal»*<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> Boltaina Bosch, X., “Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas” (citando a Arenilla Sáez, Manuel “La función pública autonómica ¿un modelo agotado?” REDA nº 74, 1992, pp. 221-223). Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 95.

<sup>402</sup> Palomar Olmeda, A., “La problemática actual de la Administración Pública...”, op.cit., p. 16.

<sup>403</sup> Vid. Mairal Jiménez, M., “El derecho constitucional...”, op.cit., pp. 13 y 14, donde la autora califica de *artificiosidad* la distinción entre estas dos relaciones jurídicas, la estatutaria y la contractual, que son sustancialmente iguales por lo que se les puede aplicar una normativa laboral general con independencia de peculiaridades en función de la clase concreta de trabajo que desarrollan.

<sup>404</sup> Castillo Blanco, F.A., “La reinternalización de servicios públicos...”, op.cit., p. 120; Castillo Blanco, F.A., “¿Un nuevo episodio de desajuste entre...”, op. cit., pp. 310 y 311.

Atendiendo a aquellas posturas que abandonan este prejuicio antilaboralista y se ocupan de teorizar sobre la importancia de la flexibilización de la Función Pública como mecanismo que penetra en el esquema autoorganizativo de la Administración a través del Derecho privado rebajando la rigidez existente en la gestión de sus recursos humanos, se aprecia cómo la flexibilidad se analiza fundamentalmente desde dos perspectivas<sup>405</sup>, como flexibilidad externa, que *«alude a la capacidad de la empresa para realizar contrataciones y despidos así como para organizar su proceso productivo»*, y como flexibilidad interna que se refiere *«a la capacidad empresarial de modificar las condiciones de empleo y la organización del trabajo dentro de su propia empresa»*.

#### 1. Flexibilidad interna de la Administración Pública en la gestión de su personal laboral.

Respecto a esta última, simplemente señalar que se trata de una modalidad de flexibilización vinculada a la capacidad de modificar la organización interna del trabajo afectando a aspectos como las condiciones de los trabajadores, la movilidad funcional, el encuadramiento profesional, la movilidad geográfica, el procedimiento de modificación de las diferentes condiciones de trabajo o los sistemas de trabajo y rendimiento y los niveles de cualificación profesional de los trabajadores que determinan una mayor o menor adaptación de su trabajo a los cambios técnicos, económicos y organizativos, aspectos todos ellos que, atendiendo a sus respectivas RPT o catálogos o sistemas de organización oportunos, vinculan a la Administración dado que una vez que el empleado laboral accede a su puesto de trabajo éste se regirá por el Derecho Laboral común a salvo de los preceptos del EBEP que le resulten de aplicación (artículo 7 EBEP) y las limitaciones económicas que afecten a las condiciones de trabajo recogidas en las diferentes Leyes de Presupuestos.

---

<sup>405</sup> Siguiendo a Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M. (coautor), "Buenas prácticas de empleo en Europa" [en línea], Editorial Aranzadi S.A.U., 1ª edición, noviembre 2016. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

## 2. La flexibilidad externa de la Administración Pública.

Volviendo a la flexibilidad externa y su conexión con la Administración Pública, es obligado el análisis de cómo se materializa la misma: por un lado, a través de la contratación y los mecanismos de acceso al empleo público laboral y, por otro, introduciendo posibles vías de extinción del vínculo contractual. En definitiva, hablamos de una flexibilidad externa que se reconduce a la capacidad de utilizar los mecanismos normativos del Derecho del Trabajo para realizar cambios en la cantidad y estructura del factor trabajo que permitan afrontar alteraciones coyunturales.

### a) Contratación y acceso al empleo público laboral.

A diferencia del sector privado, no es cuestión pacífica y continúa planteándose la viabilidad de la clamada flexibilidad de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública de la mano del personal laboral, desde el mismo momento del acceso al empleo debido a las limitaciones que sobre dicha flexibilidad ejercen los principios de igualdad, mérito y capacidad así como el de publicidad, presentes en los artículos 19.1 LMRF, 11 y 55 EBEP y 14 CE (que se reconducen a los arts. 23.2 y 103.3 CE para el estatuto funcional), que inspiran el proceso de contratación de este personal por las entidades públicas.

En este aspecto conviene hacer una importante puntualización y es que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad que se contiene originalmente en el artículo 23.2 CE, se exige para la cobertura de plazas de los cuerpos y escalas de funcionarios, pero no para las que se cubren mediante contrataciones laborales<sup>406</sup>.

---

<sup>406</sup> Maurí Majos, J., "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal" [en línea], Cuadernos de derecho local, febrero de 2017, p. 107. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/162061/1/681038.pdf>

La doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho fundamental a la igualdad a que se refiere el art. 23.2 de la CE no incluye bajo su ámbito de protección la mera contratación laboral, ya sea temporal o fija, sino solamente el acceso a las plazas de funcionarios públicos y que los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 del citado texto no son exigibles constitucionalmente para la contratación laboral pues el mencionado precepto hace referencia exclusivamente a los funcionarios públicos y al acceso a la función pública, no a la contratación laboral con arreglo a Derecho privado<sup>407</sup>.

Sin embargo, no es esta una cuestión exenta de interpretaciones y se insiste en que la expresión del artículo 103.3 CE (y, por extensión, el artículo 23.2 CE), debe entenderse «*no como subjetivamente equivalente a funcionarios, sino vinculándola de forma objetiva a toda actividad llevada a cabo por la Administración*»<sup>408</sup>, de modo que resultaría de aplicación al conjunto del empleo público, funcionarios y laborales, y constituiría una exigencia específica para estos últimos respecto al modelo privado, evitando que los principios constitucionales quedasen reducidos a la nada.

Pero, atendiendo a los términos del TC, no se está ante principios que la Constitución exija para formalizar contrataciones laborales en la Administración Pública; cuestión distinta es que para el personal laboral se llegue a un resultado similar a través de otro precepto constitucional<sup>409</sup>, y es que el acceso al empleo público laboral ha de examinarse conforme al principio de igualdad en la ley garantizado en el artículo 14 CE<sup>410</sup>. En este sentido, este

---

<sup>407</sup> Así lo recoge la sentencia 460/2021 del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid que remite a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, 34/1995, de 6 de febrero, y 132/2005, de 23 de mayo.

<sup>408</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 128, citando literal a López Gandía y Landa Zapiráin.

<sup>409</sup> Desdentado Daroca, E., “El empleo público en España: panorama...”, op.cit., p. 78.

<sup>410</sup> Roqueta Buj, R., “Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal” en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021, pp. 36 y 37, afirma que el art. 23.2 CE es una especificación del principio de igualdad ante la ley que el art. 14 CE reconoce a todos

principio junto con los de mérito y capacidad, se han extendido mediante la legislación ordinaria a todos los procesos de selección del personal laboral fijo y temporal, primero, por su efectiva inclusión en la LMRF, en el RGI<sup>411</sup> y en la Disposición Adicional 15ª del ET<sup>412</sup> con la reforma de 2006 y, con posterioridad, por imperativo de los artículos 11.3 y 55 del EBEP y de la Disposición Adicional 1ª del mismo texto legal que resulta de aplicación a todo el personal del sector público<sup>413</sup>, y que serán de obligada observancia.

Si consideramos que el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE vincula en sentido estricto a la Administración con ocasión del derecho al acceso al empleo público mediante contratación de personal laboral se reconoce, como señala López Gómez<sup>414</sup>, que la misma no puede atraer los servicios profesionales de quienes subjetivamente considere más convenientes sino que toda contratación deberá ir precedida de un proceso público y objetivo de selección que restará celeridad y agilidad a sus necesidades de personal y a su capacidad de organización. Pero esto no es una cuestión pacífica, el TSJ de Madrid<sup>415</sup> afirma rotundamente que la contratación de personal laboral solamente queda bajo el amparo del genérico principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE, que impide aplicar en su selección y contratación criterios discriminatorios, pero la Constitución no exige que se lleve a cabo ningún procedimiento abierto y público que haya de resolverse con arreglo a los principios de mérito y capacidad.

---

los ciudadanos; se trata del mismo derecho subjetivo con diferente ámbito de aplicación, función pública o empleo público laboral respectivamente.

<sup>411</sup> Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

<sup>412</sup> Derogada a partir del 30 de marzo de 2022.

<sup>413</sup> Mauri Majos, J., "Consecuencias de la..." [en línea], op.cit., p. 107.

<sup>414</sup> López Gómez, J.M., "El régimen...", op.cit., p. 104; en el mismo sentido, Roqueta Buj, R., "Procesos de colocación..." en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 36 y 37 quien cita la STS de 7 de julio de 1997 en la que se asevera que en *la contratación laboral por parte de los organismos públicos no juega el principio de libertad que corresponde a los particulares (...)*.

<sup>415</sup> Auto de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2021 por el que se eleva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestión prejudicial (recurso de suplicación número 753/2021).



Si bien esta última teoría cobra cada vez más fuerza, actualmente el primer condicionamiento viene de lo dispuesto en la CE<sup>416</sup>, desde el punto de vista del derecho de igualdad proclamado en los artículos 14 y 9.2 CE que limita el juego de la libertad de empresa<sup>417</sup> cuando la Administración actúa como empleador privado.

Ciertamente, el principio de igualdad restringe de forma considerable la pretendida flexibilización de la Administración Pública: tanto si se alude a personal funcionario como si se refiere a personal laboral, se tratará de «empleados públicos» sometidos a criterios de control en su acceso por imperativo constitucional (artículo 23.2 CE –para el personal funcionario- y artículo 14 CE –para el personal laboral–) que ha terminado siendo también mandato legal recogido como principio general en el artículo 55 del EBEP para todo ciudadano que quiera acceder al empleo público.

Ahora bien, esta rigidez derivada de la exigencia de igualdad no tiene la misma intensidad en todos los casos. Así, si atendemos al modo de ingreso en la función pública de carrera, *stricto sensu*, ésta tendrá lugar por oposición o concurso-oposición, salvo la excepción establecida por ley que debe justificarse convenientemente (art. 61.6 EBEP). En cambio, se puede acceder al empleo público laboral no sólo por los medios anteriores, sino también por concurso de valoración de méritos previo a la contratación, sin necesidad de habilitación legal, que casa bien con el principio genérico de igualdad del artículo 14 CE y que, sin duda, constituye un sistema más ágil, rápido y flexible, aunque en ocasiones no haya sido bien valorado y a menudo no goce de buena aceptación.

---

<sup>416</sup> Entrena Cuesta, R., “El régimen estatutario...” en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría*, op.cit, p. 2601, afirma que del art. 103.3 CE se deduce que *de entre los distintos sistemas de regulación de las relaciones entre Administración y funcionarios, la Constitución ha optado por el régimen estatutario.*

<sup>417</sup> Gorelli Hernández, J., “El contrato de trabajo en el empleo público (función, contenido, forma): la autonomía limitada”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021, p. 81; asimismo, Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación...”, op.cit., p. 27, nos recuerda que *en el acceso al empleo en la Administración Pública rige un principio de igualdad absoluto de trato referido a todos los ciudadanos que limita la libertad de esta para nombrar y contratar a quien desee.*

A diferencia de lo que ocurre con los sistemas selectivos existentes para los funcionarios de carrera respecto de los que se manifiesta la preferencia por la oposición o el concurso-oposición y se deja el concurso para supuestos legalmente previstos; para el acceso del personal laboral fijo el legislador (art. 61.7 EBEP) no ha dispuesto ningún orden o prelación<sup>418</sup>, si bien ello no siempre haya tenido positiva acogida habida cuenta de las críticas que la prueba de concurso de méritos recibió por parte de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP, por prestarse a la configuración de perfiles específicos para tipos concretos de candidatos<sup>419</sup>, «sin que siempre permita ofrecer las necesarias garantías de igualdad»<sup>420</sup>.

A pesar de ello, esta Comisión consideró que *«es razonable que los instrumentos de selección puedan variar de acuerdo con las circunstancias, (...), no hace falta reproducir expresamente la mencionada trilogía. Al contrario, en ciertos casos, otras fórmulas e instrumentos, como las entrevistas personales, los cursos verdaderamente selectivos o los períodos de prueba, pueden tener mayor importancia que hasta ahora y resultar métodos de selección más eficaces»*.

No obstante lo anterior, el EBEP ha optado por mantener la concepción tripartita de los sistemas de acceso del personal laboral y, aunque no admite otros sistemas selectivos aceptados en el sector privado, sí permite técnicas selectivas complementarias, no alternativas, de los sistemas clásicos tales como la superación de cursos o la realización de entrevistas (artículo 61.5 EBEP)<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> Roqueta Buj, R., "El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acceso y sistemas selectivos" en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. A. (dir.) y López Balaguer, M. (dir.), Tirant lo Blanch, 2019, p. 205; Roqueta Buj, R., "Procesos de colocación...", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 43.

<sup>419</sup> Márquez Prieto, A., "Contratación y acceso...", op.cit., p. 75.

<sup>420</sup> Informe de la Comisión de Expertos de 25 de abril de 2005, op.cit., p. 96.

<sup>421</sup> Roqueta Buj, R., "El acceso al empleo público..." en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 205.

Así pues, estos sistemas de selección, y especialmente el concurso, conjugados con los tres tipos de personal laboral que prestan servicios en la Administración Pública, constituyen la clave de la flexibilización de las entidades públicas.

Ocurre, sin embargo, que esta conexión entre los sistemas de selección y los tipos de personal laboral no es sencilla desde el momento en que el EBEP ha optado, en general, por una regulación muy pobre de este trabajador público. Así, cuando el EBEP concreta los procedimientos selectivos sólo los refiere expresamente al tipo de personal laboral fijo (artículo 61.7 EBEP), deja a la legislación de desarrollo la determinación de los procedimientos de acceso del personal temporal para los que no contempla directriz alguna y nada dice del personal indefinido con respecto al que guarda un silencio absoluto, por lo que será objeto de estudio aparte en el Capítulo IV.

La escasa normativa existente, unida a la necesidad de introducir mecanismos flexibilizadores en la contratación de la Administración Pública no debe llevar a pensar, como en ocasiones pueda parecer, que el personal laboral temporal es la vía para la flexibilización de lo público. Aunque hasta la reforma de 2021 no lo haya dicho expresamente el EBEP, este trabajador nunca ha podido acceder a un puesto de trabajo en el ámbito público por cualquier medio y sin el cumplimiento de los mínimos principios generales exigidos para el empleo público puesto que siempre han constituido principios rectores del mecanismo de acceso al empleo en la Administración de cualquier personal laboral, los previstos en el artículo 55.1 del EBEP, *«que deben presidir por entero y sin excepción alguna el acceso al empleo público»*<sup>422</sup>. Como recuerda Gorelli Hernández<sup>423</sup>, *«se trata de flexibilizar los procesos de selección, lo cual no debe llevar a una violación de los principios constitucionales»*.

---

<sup>422</sup> Informe de la Comisión de Expertos de preparación del EBEP, op.cit., p. 91.

<sup>423</sup> Gorelli Hernández, J., "El contrato de trabajo en el empleo público...", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 83.

Puede ser criticable el carácter laxo y la falta de interés del legislador por regular expresamente los sistemas de selección del personal temporal<sup>424</sup>, pero los principios de igualdad, mérito y capacidad, de corte legal, de siempre han sido aplicables tanto a la selección del personal funcionario como de laboral fijo, y también se han debido respetar y estar presentes en la selección de personal laboral temporal por parte de las entidades públicas en el momento de acceso al empleo. Y así se extrae del tenor del artículo 55.2 EBEP<sup>425</sup> cuando alude a la selección del personal funcionario y laboral que, si bien no hace mayor precisión en este último caso, su aplicación se ha hecho de siempre implícitamente extensible a los laborales temporales. En el mismo sentido, la Disposición Adicional cuadragésima tercera, apartada Uno, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, sobre la que más adelante se volverá, afirma que a los contratos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas y del sector público, «*cualquiera que sea la duración de los mismos*», les serán de aplicación «*los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público*».

A mayor abundamiento, la jurisprudencia también señala que:

*«(...) el art. 55 del EBEP establece que en el acceso al empleo público, se deberán respetar los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito, así como otros que no están establecidos en la CE, pero sí en las leyes y reglamentos de desarrollo (publicidad, transparencia, imparcialidad). Tales procesos han de entenderse como obligatorios tanto para los trabajadores fijos como para los temporales. Para los fijos claramente se desprende del 61.7 del EBEP que establece*

---

<sup>424</sup> Un estudio amplio y crítico sobre los sistemas de selección en la función pública española y retos de futuro en el Monográfico de la Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. especial 2/2018 (Procesos selectivos). Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/RVOP%2014%20Monografico%202018%20DIG.pdf>; asimismo, Roqueta Buj, R., "El acceso al empleo público..." en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 210; Roqueta Buj, R., "Procesos de colocación..." en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 46.

<sup>425</sup> Treviño Pascual, M., "La figura del indefinido no fijo.....", op.cit., p. 73; Boltaina Bosch, X., "Empleo público..." [en línea], en *Flexibilidad externa: modalidades de contratación y regulación de empleo del personal al servicio de las AA.PP*, op.cit., pp. 16 y 17.

*que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, (se refiere al proceso selectivo de los funcionarios fijos) o concurso de valoración de méritos (...), y aun cuando el EBEP nada dice, debería igualmente de respetarse en su contratación esos principios del art. 55 y hacer pasar -como de hecho está ocurriendo- a ese personal laboral temporal por un proceso previo de selección, que en principio debería ser menos rígido y ágil que el proceso de selección para el personal laboral fijo».*<sup>426</sup>

Oportunamente, estos requisitos implícitamente exigidos, a los que se ha añadido el principio de celeridad, se han hecho expresamente extensivos al personal laboral temporal, a través del Real Decreto-Ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, con la nueva redacción dada al artículo 11.3 del EBEP, en un reconocimiento *ad hoc* que se ha echado en falta desde el momento de la publicación del Estatuto Básico en 2007<sup>427</sup>.

Consolidado ya el riguroso cumplimiento de los principios legales de la mano del derecho constitucional de igualdad en la ley del artículo 14 CE sobre lo que hoy ya no cabe debate<sup>428</sup>, su exigencia no supone una renuncia a dotar de un carácter más flexible a la Administración. Antes al contrario, los mecanismos de flexibilidad ofrecidos por la norma común en combinación con aquel principio de igualdad deben servir para potenciar la constitucionalidad de la figura del personal laboral en la Administración, cualquiera que sea el método legal de acceso y la duración de su contrato.

---

<sup>426</sup> Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 28 de junio de 2018.

<sup>427</sup> Boltaina Bosch, X. "EL Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local" [en línea], Revista digital CEMCI, núm. 51, julio a septiembre 2021, p. 10. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna.pdf>

<sup>428</sup> En este sentido, Gorelli Hernández, J., "El contrato de trabajo....", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 81, afirma que el artículo 55 EBEP elimina cualquier debate sobre esta cuestión (citando a De Sande Pérez Bedmar); en el mismo sentido, Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., "Singularidades de la contratación...", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 119, afirman que se trata de una discusión superada desde hace décadas.

En efecto, con las debidas garantías jurídicas como telón de fondo, sin duda se ha de apostar por la flexibilidad en la esfera pública así como por la agilidad, sirviéndonos del personal laboral y de la clasificación tripartita de los sistemas de acceso legalmente previstos, incluido el concurso de méritos, perfectamente garante y concebido también para la salvaguarda del principio de igualdad, así como de los principios legales de mérito y capacidad que constituyen la materialización de aquél.

En la práctica, sin embargo, el problema no estriba en la dificultad de conjugar el principio de igualdad en el acceso al empleo público, ex artículo 14 CE, con los criterios de flexibilización del Derecho del Trabajo; el inconveniente realmente se encuentra en equilibrar flexibilidad y agilidad en la contratación con los vigentes procesos selectivos para acceder al empleo público español que no hacen sino mermar la eficacia de esos parámetros flexibilizadores del Derecho privado capaces de favorecer la inmediatez que cada vez más necesita la Administración.

Los actuales modelos de selección no deberían seguir basándose en pruebas memorísticas, en las que solo se valora el examen o prueba selectiva y que no pretenden seleccionar la excelencia o el talento sino que tienen por objeto llevar a cabo una *selección negativa*<sup>429</sup>. Memorizar decenas o

---

<sup>429</sup> Jiménez Asensio, R., “«Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro” [en línea], Rev. Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, IVAP, núm. especial 2/2018, p. 18, opina que no es una selección basada en el mérito ni en la capacidad, pues la Administración Pública solo pretende que de la lista más o menos inmensa de aspirantes salga un puñado de personas que puedan cubrir los puestos utilizando unos métodos para seleccionar empleados públicos obsoletos y *más viejos que el crimen*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560618>; Jiménez Asensio, R., “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro” [en línea], 2018. Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-selecciocc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf> [Consultado el 17.01.2022]; en el mismo sentido, Ramió, C., “Una Administración pública obsoleta” [en línea], afirma que es *insensato* seguir recurriendo a pruebas selectivas basadas en sistemas memorísticos sobre temarios que, en poco tiempo, van a ser modificados y a perder su vigencia. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337\\_276630.html](https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337_276630.html) [Consultado el 02.11.2022] Asimismo, Boltaina Bosch, X., “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro” [en línea], Documentación Administrativa, número 8, diciembre de 2021, Sección: Artículos, publicado el 23-12-2021. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/da.i8.11025>, p. 78, opina

centenares de temas de un programa no parece muy adecuado para una Administración del siglo XXI<sup>430</sup> y una sociedad en la que es posible obtener cualquier información al instante, ya que se poseen los recursos tecnológicos adecuados para no tener que memorizar sino saber buscar.

Este fracaso del sistema ha quedado suficientemente plasmado en el hecho del progresivo e imparable crecimiento del personal laboral temporal que presta servicios en la Administración. Se vuelve de nuevo a echar mano de la figura del personal temporal como mecanismo de flexibilización y ello por la sencilla razón de que, como acertadamente afirma Gorelli Hernández<sup>431</sup>, para los procesos de selección de este personal temporal es razonable admitir ciertas peculiaridades por el carácter transitorio de la cobertura y, sobre todo, por la inmediatez requerida, lo que se traduce en una suerte de equilibrio entre el principio de igualdad en el acceso al empleo público laboral ex artículo 14 CE y el principio de eficacia en la actuación de la Administración del artículo 103.1 CE que permite atenuar la incidencia de los principios legales de acceso para que la selección pueda llegar a ser en estos casos más flexible (sin obviar la objetividad en la actuación administrativa).

La conjunción del razonamiento anterior con la preferencia por el concurso (dada la libertad de elección del sistema selectivo aplicable al laboral temporal que deja el legislador a las Administraciones) y con la posibilidad de recurrir a bolsas de trabajo o a la selección por oferta genérica a los Servicios Públicos de Empleo determina que, si no se ponen en marcha los mecanismos idóneos que permitan atender la flexibilización de lo público desde la

---

que no es positivo, como se acredita –generalmente en los Cuerpos de «élite»– que muchos jueces, fiscales, abogados del estado, notarios, secretarios e interventores municipales o inspectores de hacienda y de trabajo, jamás han trabajado con anterioridad –ni en el sector público ni en el privado–, habiendo pasado de las aulas universitarias a un «periodo de preparación de oposiciones», para luego integrarse en los escalones más elevados de la Administración y de la Justicia, con una falta absoluta de recorrido personal e incluso de madurez y habilidades.

<sup>430</sup> Boltaina Bosch, X., “Función Pública. La estabilización de personal temporal e interino para el 2020 con Presupuestos Generales del Estado prorrogados. Prórroga Presupuestos.- Empleados Públicos.- Personal Temporal” [en línea], La Administración Práctica, núm. 3/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 9. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

<sup>431</sup> Vid. Gorelli Hernández, J., “El contrato de trabajo.....”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 82 a 89.

perspectiva laboral en materia de personal, las entidades públicas acudirán al reclutamiento de empleados fundamentalmente no permanentes, cuyo acceso se presume que se hará siempre respetando los presupuestos y principios que lo justifican aunque modulados por las reglas de agilidad y celeridad, con lo que se corre el riesgo de que terminen sirviendo para cubrir sus necesidades inmediatas y permanentes de personal, desvirtuando su finalidad y aumentando de forma injustificada la tasa de temporalidad.

Y este, y no otro, es el porqué del crecimiento de la temporalidad. Seguramente por la estricta rigidez arrastrada por la Administración en materia de selección de sus recursos humanos con sistemas poco ágiles que se eternizan en el tiempo, por unas normas de la Función Pública que han terminado por ahogar el sistema y por unas limitaciones presupuestarias que impiden adaptarse a las demandas de personal de los organismos públicos y en donde, si no hay plaza vacante dotada presupuestariamente, no hay plaza fija, por lo que bajo la ficción de necesitar contratos para la realización de funciones extraordinarias, nunca permanentes, se acudirá a las distintas modalidades de cobertura temporal. En definitiva, la cuestión es que la Administración es, a la vez, víctima y culpable de la elevadísima tasa de temporalidad, precisamente, porque se encuentra atrapada entre la necesidad de inmediatez en la incorporación de personal y la obligación de recurrir a sistemas de acceso lentos y obsoletos para una Administración Pública que se ha de presumir moderna y adaptada a los tiempos.

Pero temporalidad no es flexibilidad, antes al contrario, la temporalidad solo introduce más confusión ya que, bajo la apariencia jurídica de flexibilización del capital humano, conduce a una doble problemática que frena las posibilidades de implementación de la flexibilidad externa en la esfera del sector público.

Por un lado, la consecuencia que se deriva de esta tasa de temporalidad es que se está generando una incesante litigiosidad, que va en aumento, con innumerables pronunciamientos judiciales para determinar qué particularidades



presentan las modalidades de contratación temporal y qué efectos tienen los incumplimientos contractuales, con extensiones en el tiempo más allá de lo legalmente previsto o deficiencias en el reclutamiento, cuando estas se producen. Además, esta litigiosidad ha traspasado fronteras y por el TJUE se están pronunciando, como se verá *infra*, numerosas sentencias para que por los Estados miembros se dé cumplimiento a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y que en España se encuentra en plena contienda judicial en la que no queda del todo claro si la creación jurisprudencial del indefinido “no fijo”, nacida para corregir las deficiencias de la excesiva temporalidad de nuestras Administraciones encaja con los parámetros contenidos en la mencionada Directiva de obligado cumplimiento.

Por otro lado, la dificultad también reside en que, como recuerda Rodríguez Escanciano<sup>432</sup>, sobre el sistema de acceso al empleo público laboral, y con mayor incidencia sobre el temporal, siempre ha gravitado el riesgo del «*clientelismo político o sindical, de endogamias corporativas o académicas, de nepotismo y de otras formas de favoritismo y discriminación*», con la más que probable vulneración, en estos casos, de los parámetros constitucionales a los que se viene haciendo alusión, de ahí la importancia que por la doctrina se da a la necesidad de reforzar su respeto en el acceso a la Administración. La Comisión Europea también muestra su preocupación sobre este aspecto y reconoce que la selección del personal mediante clientelismo es un problema importante en algunos sistemas ya que la politización y la ausencia de un acceso meritocrático a la función pública alimentan la corrupción en la Administración pública y socavan el rendimiento<sup>433</sup>.

---

<sup>432</sup> Rodríguez Escanciano, S., “Temporalidad en el empleo...”, op.cit., p. 25.

<sup>433</sup> Fichas Temáticas del Semestre Europeo: “CALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, de fecha 22 de noviembre de 2011. Esta ficha versa sobre los aspectos horizontales del funcionamiento de la Administración pública. Analiza la consecución de resultados y la mejora de la rendición de cuentas, la elaboración de políticas, las estructuras y procesos, los recursos humanos y la prestación de servicios. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_quality-public-administration\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_quality-public-administration_es.pdf)

Ningún analista de la materia puede negar de forma rotunda estas aseveraciones y las dudas que generan las mismas, que habrán de ser corregidas, pero no puede ser el elemento material que sirva para sacrificar la necesidad que impera en las Administraciones de implantar mayor flexibilidad en el acceso al trabajo de su capital humano.

b) Vías de extinción del vínculo contractual con la Administración.

Hasta aquí se ha hablado de la flexibilidad que introduce el acceso del personal laboral al empleo público, pero la flexibilidad externa también se manifiesta a través de las posibles vías de extinción del vínculo contractual. Igual que la flexibilidad no debe ser condenada y denostada en la contratación pública por las notas de ductilidad que el Derecho privado introduce en el acceso al empleo público, la misma debe ser también aceptada de forma favorable por la distensión que aporta en otros aspectos tales como la finalización objetiva de la relación jurídico privada con la Administración.

Las facultades *cuasi* discrecionales que la legislación laboral concede al empleador privado en orden a la extinción del contrato deben entenderse en el sentido de que no pueden hacerse valer en el ámbito público de forma estricta porque resultarían contrarias al principio de igualdad del artículo 14 CE que se exige para el acceso al empleo público e *«inviable[s] en el terreno de la actuación administrativa por excluirla expresamente el art. 9.3 de la Constitución (interdicción de la arbitrariedad)»*<sup>434</sup>; Sala Franco<sup>435</sup> tilda de absurdo exigir a rajatabla el respeto del principio de igualdad para contratar *«sí, al instante o más tarde, pudiera la Administración despedirlo sin causa justificativa alguna»*.

---

<sup>434</sup> En este sentido, Blasco Pellicer, C. y Alfonso Mellado, C. "Especialidades procesales....." [en línea], op.cit.; vid., asimismo, Sala Franco, T., "El personal laboral...", op.cit., pp. 21, 22 y 127, quien opina que en las Administraciones Públicas no tienen cabida los despidos improcedentes por contrarios a los principios constitucionales de igualdad en el acceso al empleo público y de interdicción de la arbitrariedad de la Administración.

<sup>435</sup> Sala Franco, T., "El personal laboral.....", op.cit., p. 100; en el mismo sentido, Jurado Segovia, Á. Y Ramos Moragues, F., "Singularidades de la contratación...", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 120, señalan lo ilógico de exigir el acceso garantizando la igualdad si luego pueden ser cesados discrecionalmente.

Cuestión distinta es cuando se dan razones objetivas y justificadas de interés público por las que la Administración empleadora podría activar los mecanismos jurídicos necesarios que contribuyesen a ordenar y a reconducir o mermer presión y estrés en materia de recursos humanos en el seno de la Administración.

La inamovilidad en la condición de funcionario de carrera conlleva un exponente de estabilidad que hace inviable cualquier tipo de flexibilización para aquellos casos en que es conveniente una reordenación del capital humano o una reducción del gasto público en materia de personal<sup>436</sup>.

Por contra, para el personal laboral, y tras la modificación del Estatuto de los Trabajadores que se introdujo por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>437</sup>, se apuesta por la posibilidad de llevar a cabo regulaciones de empleo entre estos trabajadores al servicio de la Administración por causas económicas, técnicas y organizativas; con ello se dibuja un panorama que pretende compatibilizar los principios exigidos para el momento de ingreso, como acabamos de ver, con medidas que autorizan que se prescindan de quienes no son necesarios atendiendo a causas legales justificadas y a la regulación de los despidos objetivos y colectivos que se incorporó en la hoy derogada disposición adicional 16.<sup>a</sup> del ET<sup>438</sup> pero que, podríamos entender, aunque sobre ello se volverá más adelante, que se mantiene en términos generales para todos los trabajadores sujetos al Estatuto de los Trabajadores en los artículos 51 y 52 del texto normativo<sup>439</sup>, incluido el personal laboral de la Administración en virtud del artículo 7 EBEP. De esta

---

<sup>436</sup> Rodríguez Escanciano, S. "Temporalidad en el empleo....." op.cit., p. 25.

<sup>437</sup> Desarrollado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, cuyo Título III se encarga de establecer las peculiaridades del procedimiento del despido en el sector público y específicamente en el ámbito de las Administraciones Públicas.

<sup>438</sup> La Disposición Adicional 16.<sup>a</sup> ha sido derogada con efectos de 30 de marzo de 2022 por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>439</sup> Con anterioridad a esta Disposición Adicional 16.<sup>a</sup> del ET ya se afirmaba por Sala Franco, T., "Incidencias de la legislación.....", op.cit., p. 48, que la extinción por causas tecnológicas en la Administración podría alegarse *al igual que sucede en el sector privado* acudiendo al derecho laboral común.

forma este personal resulta ser un exponente de flexibilidad para la aplicación de ajustes de plantilla como consecuencia de las limitaciones presupuestarias a las que se ven compelidas las Administraciones<sup>440</sup>.

En conclusión, como hemos visto, el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública se entiende generalizado para todo tipo de empleo público y los mismos se encuentran absolutamente consolidados afirmándose, incluso, que «*están en el ADN de la función pública imparcial*»<sup>441</sup>, por lo que esa especialísima exigencia ya está homogeneizada para todos los empleados públicos sin distinción<sup>442</sup>. Bien tratado el tema, si se consiguen erradicar los prejuicios existentes en la contratación de personal laboral (prejuicio antilaboralista) y en tanto se modifican los obsoletos sistemas de acceso al empleo público de oposición y concurso-oposición, la flexibilidad externa de la que venimos hablando se materializa principalmente a través del sistema de concurso<sup>443</sup> (al que también hay que librar de los fantasmas de la corruptela), garante del principio de igualdad del artículo 14 CE y para el que no es necesaria autorización legal (como para el funcionario) cuando se trata de seleccionar personal sujeto a Derecho privado, preferentemente con carácter fijo (ya que constituye la regla general siendo el temporal la excepción) pero también mediante regulaciones de empleo objetivamente acreditadas para que puedan considerarse acordes con el artículo 35 CE<sup>444</sup>.

Esto se traduce en dos cuestiones clave: por una parte, que cualquier atisbo de flexibilidad externa vendrá de la mano del Derecho Laboral y, por otro, que la flexibilización de lo público encaja con el principio de igualdad en la

---

<sup>440</sup> Como apunta Purcalla Bonilla, M.A., “El despido objetivo en la...”, op.cit., p. 17, a propósito de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.

<sup>441</sup> Jiménez Asensio, R., “Doce tesis y seis hipótesis...”[en línea], op.cit.

<sup>442</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido no fijo...”, op.cit., p. 75.

<sup>443</sup> Regulado en el artículo 4.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración, como sistema que consiste en la valoración de los méritos de los aspirantes y en la determinación del orden de prelación de los mismos.

<sup>444</sup> En este sentido, se manifiesta el TC cuando, en virtud del artículo 35 CE, reconoce el derecho a *no ser despedido si no existe una causa justa* (STC núm. 192/2003, de 27 de octubre).

ley del art. 14 CE que debe ser observado en los procesos de selección para el acceso al empleo público laboral y también respetado en el momento de la extinción contractual que se llevará a efecto por las causas legales previstas en los artículo 51.1, 52 c) y 52 e) ET.

Con ello se consigue potenciar la contratación fija por parte de las Administraciones pero a su vez se introduce flexibilidad empresarial de cara a la extinción además de «*un factor de adaptación y modernización de aquéllas a la nueva realidad económica y social*»<sup>445</sup>.

II. Incidencia de la flexibilización de los recursos humanos en los órdenes jurisdiccionales competentes en relación con el proceso de selección y una vez iniciada la relación laboral.

La introducción de criterios flexibilizadores en materia de personal en el seno de la Administración es de prever que redunde en una mayor presencia de empleados públicos laborales, lo que añade más presión a la búsqueda del equilibrio y la interacción entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral (o el predominio de éste sobre aquél) y, en consecuencia, entre la jurisdicción Contencioso Administrativa y la jurisdicción Social, haciendo patente la delgada línea jurídica que separa a ambos campos.

Ya la derogada Ley de Procedimiento Laboral optaba por un tratamiento unitario por el orden social de las cuestiones basadas en la propia materia, en el objeto del litigio y no en factores más dependientes del sujeto reclamante o de la naturaleza de la relación con su empleador (aunque ello suscitase reticencias por un cierto temor de las Administraciones a una interpretación judicial más laboralizada<sup>446</sup>) si bien no se evitaba que siguieran existiendo

---

<sup>445</sup> Boltaina Bosch, X., "La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias", *Temas Laborales*, núm. 65/2002, pp. 80 y 81.

<sup>446</sup> Alfonso Mellado, C. L., y Fabregat Monfort, G., "La competencia del orden..." en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M<sup>º</sup> Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., p. 128.

zonas grises en las que no quedaba claro el orden jurisdiccional competente con el consiguiente peregrinar judicial del reclamante.

Y este ha sido uno de los objetivos prioritarios<sup>447</sup> de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>448</sup> con la que se trata de esclarecer los conflictos de jurisdicción entre el orden social y el orden contencioso-administrativo. El legislador ha querido otorgar a la jurisdicción social la competencia genérica de los pleitos del personal laboral en los que sea parte la Administración Pública u otros entes regidos por el Derecho Administrativo abstrayéndose del carácter público o privado frente al que se plantea la reclamación, dejando al orden jurisdiccional contencioso-administrativo los casos en los que el legislador opta expresamente por su exclusión del orden social.

Desde el momento en que se inicia el procedimiento de selección que concluye con el acceso al puesto de trabajo se difumina la línea divisoria entre ambos ordenamientos y sus correspondientes órdenes jurisdiccionales ya que, no sin dificultades, en ese instante se inicia el camino por el que ambas ramas discurren interrelacionándose la una con la otra. La realidad es que las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo «*se asemejan a vasos comunicantes de un sistema donde cada vez es más difícil determinar cuál influye más, cuantitativa y cualitativamente, al otro*»<sup>449</sup>.

Así, la primera peculiaridad aparece ya desde el momento previo al nacimiento del vínculo contractual, habida cuenta de la necesidad de un proceso selectivo entre los candidatos y la Administración poco común en el derecho privado. Esta circunstancia provoca que la determinación de la jurisdicción competente para conocer de los litigios que afecten a

---

<sup>447</sup> Vid. López Anioite, M.C., "La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?", Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 103, 2013, pp. 37 a 61; Todolí Signes, A. "El orden jurisdiccional..." en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M.º Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 122 y 123.

<sup>448</sup> Ejemplo de ello, Preámbulo, apartado III y artículo 2 n) y ñ) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

<sup>449</sup> Rodríguez Ramos, M.J., "La funcionarización del personal...", op.cit., p. 787; Rodríguez Ramos, M.J., "El Estatuto de los funcionarios...", op.cit., p. 5.

procedimientos de selección de personal laboral de las Administraciones Públicas no haya sido una cuestión pacífica en la última década.

De entrada, se dan opiniones como la de Quintans García<sup>450</sup>, que reconoce que en los actos previos a la constitución del vínculo laboral predomina el carácter de poder público con el que actúa la Administración al estar obligada a seguir los principios de mérito, capacidad, publicidad e igualdad, y recuerda que el sistema selectivo se desarrolla en el marco de un procedimiento administrativo por lo que la regulación del Derecho Administrativo es prevalente en atención a la cualificada presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa. Entraría, así, en juego la “doctrina de los actos separables”<sup>451</sup>, en donde el acceso al empleo público constituiría un acto separable de la contratación laboral en sí misma, regido por el Derecho Administrativo, que traería como consecuencia la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Roqueta Buj<sup>452</sup>, citando la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 4 de octubre de 2000, concluye al hilo de lo anterior que aunque estemos ante un proceso de selección para un empleo laboral, «*siempre que se trate de contratación “externa o de nuevo ingreso” y no de una promoción interna*», el empleador actúa conforme a parámetros de normas administrativas que otorgan la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En sentido contrario, hay argumentaciones que consideran que «*de la misma manera que no se afirma que en materia de actos previos a la contratación laboral por parte de un empresario privado, la competencia corresponde al orden civil, no existen suficientes razones para mantener esto*

---

<sup>450</sup> Quintans García, J., “La contratación laboral en las Administraciones Públicas” [en línea], Fundación Democracia y Gobierno Local, QDL 24. Octubre de 2010, p. 78. Disponible en: <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/674/04%20qdl%2024%20quintana.pdf?sequence=1>.

<sup>451</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral...”, op.cit., p. 26.

<sup>452</sup> Roqueta Buj, R., “Procesos de colocación...”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 65, considera que esta sentencia sentó doctrina seguida por otras posteriores como la de 25 de julio de 2006 y la de 16 de diciembre de 2009.

*en el orden contencioso administrativo»*<sup>453</sup>. El razonamiento esgrimido es que el hecho de que la Administración deba respetar los principios legales de acceso no es razón suficiente para determinar el orden competencial administrativo y es que en las promociones internas en las AAPP o en los actos previos a la contratación laboral del sector público empresarial o de las fundaciones públicas, en definitiva, de la Administración institucional que también actúa con sujeción a los mencionados principios, su impugnación es atribuida al orden social.

Todoí<sup>454</sup> sustenta esta opinión en el cambio jurisprudencial en este sentido producido desde la STS de 11 de junio de 2019<sup>455</sup> que declara competente al orden social para conocer de la impugnación de las bases de la convocatoria de plazas para el acceso a una Administración Pública abandonando la teoría de los actos separables del contrato de trabajo. Este giro hermenéutico se ha hecho patente en diversos Autos del Tribunal Supremo (Sala de Conflictos de Competencia)<sup>456</sup> que, con base en la citada sentencia del Tribunal Supremo y atendiendo a *«[l]a voluntad del legislador de 2011 de atraer al orden social, por su mayor especialidad, el conocimiento de todas aquellas materias que, de forma directa o por esencial conexión, puedan calificarse como sociales, incluso cuando esté implicada la Administración pública»*, atribuyen al orden social la competencia para conocer de la impugnación de la convocatoria pública de un proceso selectivo para la contratación indefinida de personal laboral de nuevo ingreso. En definitiva, la Sala de Conflictos acaba determinando la competencia del orden social por tener encaje esta problemática en el ámbito del artículo 2.a) de la LRJS.

---

<sup>453</sup> Todoí Signes, A., “El orden jurisdiccional...” en *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.º Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., citando a Nores Torres L.E., pp. 110, 115 y 116.

<sup>454</sup> Todoí Signes, A., “El orden jurisdiccional...”, en *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.º Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 111 a 114, señala que este cambio de criterio también se plasma en la STS de 10 de diciembre de 2019.

<sup>455</sup> Sala Cuarta TS, en su sentencia de pleno núm. 438/2019, de 11 de junio (rec. 132/18).

<sup>456</sup> Auto del TS núm. 3/2020, de 12 de febrero y Auto del TS núm. 22/2021, de 17 de febrero.



Razona el Alto Tribunal que si bien la actuación de la Administración pública como futuro empleador de personal laboral ha de ajustarse a los principios constitucionales, puesto que se está ante la actuación de un organismo público en el ejercicio de sus potestades y funciones administrativas, dicha actividad administrativa versa sobre materia laboral por lo que *«el conocimiento de todas las fases de la contratación del personal laboral ha de bascular en favor del orden social, comprendiendo también la fase preparatoria, que viene a conformar y condicionar el propio vínculo de trabajo entre las partes, y que ha de estar sujeta a la especial tutela que el legislador encomienda sobre la relación de trabajo a la jurisdicción social»*<sup>457</sup>.

A pesar de la exégesis más reciente de la jurisprudencia de Tribunal Supremo acabada de ver, la Disposición Final 20ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, acomete la modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social e introduce una nueva letra f) que, volviendo a la toma en consideración de los actos separables, dispone que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de *«[l]os actos administrativos dictados en las fases preparatorias, previas a la contratación de personal laboral para el ingreso por acceso libre, que deberán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo»*.

Con esta modificación, la determinación de la jurisdicción competente deja de ser una cuestión objeto de la hermenéutica judicial para convertirse en dictamen *ope legis*.

Sucede, no obstante, que en relación con esta Disposición final 20ª de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, se plantea por la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, en el procedimiento 17/2022, cuestión de inconstitucionalidad núm. 2568-2022 por posible vulneración de los artículos 9.3, 66.2 y 134.2 de la Constitución Española<sup>458</sup> que se admite a

---

<sup>457</sup> Auto del TS núm. 4/2021, de 15 de febrero.

<sup>458</sup> Publicado en «BOE» núm. 119, de 19 de mayo de 2022.

trámite por providencia del TC de 11 de mayo de 2022 y se estima<sup>459</sup> por el Pleno del Tribunal Constitucional del día 15 de noviembre de 2022<sup>460</sup> declarando, en consecuencia, la inconstitucionalidad y nulidad de la mencionada Disposición final 20ª por esa obstinada sinrazón de las Leyes de Presupuestos de regular materias que exceden de su competencia.

Como consecuencia de ello, recobran vigencia las interpretaciones más recientes de nuestros Tribunales que se inclinan por otorgar al orden social las cuestiones relacionadas con el personal laboral cuando no estén expresamente atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien con esta reforma se ha visto que la tendencia del legislador es la contraria.

Por otra parte, y como segunda particularidad, una vez que se inicia la relación laboral, ésta y todas las vicisitudes que afecten a la misma, habrán de regirse desde sus orígenes por la rama del derecho que estudia las relaciones laborales y, por consiguiente, su enjuiciamiento pertenecerá a la jurisdicción social. Así, desde la propia formalización del contrato pasando por aspectos relativos a traslados o conflictos sobre el salario adeudado o complementos reclamados o divergencias respecto a la clasificación profesional entre el empleado por cuenta ajena y su Administración, será competente para resolver la jurisdicción social; la característica de que el empleador sea de naturaleza pública o el hecho de que la decisión empresarial haya sido tomada a través de un acto administrativo no impedirá que sea revisada por los Juzgados y Tribunales de lo social<sup>461</sup>.

En conclusión, no resuelta en todos sus términos la problemática, tal y como se acaba de analizar, hay quienes abogan por que se reabra el debate acerca de si la jurisdicción social sería más adecuada para resolver todo tipo de pleito asociado al empleo público con independencia de la naturaleza del

---

<sup>459</sup> Nota informativa nº 99/2022 del Pleno del TC del día 15 de noviembre de 2022.

<sup>460</sup> STC 145/2022, de 15 de noviembre.

<sup>461</sup> Vid. el análisis jurisprudencial en Todolí Signes, A., "El orden jurisdiccional...", en *Problemas actuales del proceso laboral. Homenaje al profesor José M.ª Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit., p. 107.

vínculo existente, laboral o administrativo, teniendo en cuenta que el derecho de la Unión Europea sigue contribuyendo a minimizar las diferencias entre los diversos colectivos que pueden prestar sus servicios a las Administraciones Públicas<sup>462</sup>; así, no habría necesidad de distinguir dos regímenes jurisdiccionales ya que, en realidad, se trata de personas trabajadoras por cuenta ajena, empleados públicos, que prestan servicios en las Administraciones Públicas. En este caso, entendemos que solo habría que reconducir al orden contencioso administrativo aquellos casos en los que se suscitan discrepancias en relación con el tipo de empleados públicos en los que el elemento diferenciador lo constituyen las especiales funciones que desempeñan los mismos (concepción funcionalista) por ostentar el ejercicio de potestades públicas y ser titulares de la salvaguarda de intereses generales.

III. Principios rectores y procedimientos de acceso al empleo público laboral como elementos subyacentes en la clasificación existente de personal laboral en la Administración Pública.

Al definir el concepto de personal laboral en el Capítulo Segundo de este trabajo se ha concretado que, siguiendo el Estatuto Básico del Empleado Público, *es el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*. Además, este personal laboral se clasifica en fijo, por tiempo indefinido o temporal<sup>463</sup> según sea la forma de acceso al empleo público, la duración de su contrato y otras vicisitudes de tipo judicial que se verán.

La existencia de este personal es el hecho determinante de que las Administraciones Públicas queden sometidas a la legislación laboral cuando,

---

<sup>462</sup> Sempere Navarro, A.V., "Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público" [en línea], Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1/2017, p. 16. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

<sup>463</sup> Artículo 11 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado público (en relación con el art. 8.2.c) del mismo texto legal.

actuando como empresarios (artículo 1.2 del EBEP), celebren y se vinculen con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo.

Estas relaciones contractuales habrán de regirse, en su nacimiento y en su desarrollo, ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso<sup>464</sup>. Y es que negar tal sometimiento iría en contra, no solo del claro mandato del artículo 9.1 de la Constitución, que sujeta a los ciudadanos y a los poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, sino también del propio artículo 7 del EBEP que somete al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, y por ende, a éstas últimas, a la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

Sin embargo, habida cuenta de las limitaciones derivadas de la naturaleza pública del empleador y de las especialidades que concurren en estas relaciones contractuales desde el momento incluso anterior a la efectiva incorporación del trabajador y al nacimiento del vínculo jurídico, el propio EBEP anuncia que el Derecho del Trabajo no va a ser el único compendio legal que se ocupe del régimen del personal laboral; el Derecho Administrativo también resultará determinante en el proceso de selección y en la forma de acceso.

Así, el mencionado artículo 55.1 EBEP, regula los principios rectores del acceso al empleo público y dispone que «*Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (...)*»; a renglón seguido, en su apartado 2, añade que las Administraciones Públicas, en el sentido de Administración definido por el artículo 2 del mismo texto legal, seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen no sólo los principios constitucionales acabados de enumerar, sino también, los recogidos en este precepto:

---

<sup>464</sup> Así lo impone el artículo 35.1 del Real decreto 364/1995 de 10 de marzo, Reglamento General de Ingreso del personal al Servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado

- a) *Publicidad de las convocatorias y de sus bases.*
- b) *Transparencia.*
- c) *Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.*
- d) *Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.*
- e) *Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.*
- f) *Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección*<sup>465</sup>.

De entrada, todos ellos se configuran como elementos a tener en cuenta en cualquiera de los procesos de selección que permiten el acceso al empleo público laboral pero, por su carácter transversal, se hará un somero análisis de los principios exigidos por una norma con rango legal (principios legales) pero mediante la cual se introduce la exigencia de observar los dogmas establecidos en nuestra Carta Magna para el acceso a la función pública (principios constitucionales). Se trata, por tanto, de los aspectos o principios más concluyentes en la contratación laboral, por su operatividad y por la interrelación entre los mismos y porque se erigen como garantía de imparcialidad de la Administración en su actuación como empleador privado, por contraposición al principio de libertad de contratación que rige en el Derecho privado:

- Igualdad: artículos 11.3 y 55.1 EBEP y artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Recordemos que el estudio del principio de igualdad<sup>466</sup> como axioma para el acceso al empleo público sujeto a Derecho laboral, debe realizarse a tenor de lo previsto por la doctrina del Tribunal Constitucional que admite que el

---

<sup>465</sup> Para un estudio más detallado de cada uno de estos principios, vid. Sala Franco, T., "El personal laboral....", op.cit., pp. 23 a 26.

<sup>466</sup> Vid. Roqueta Buj, R., "El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas" [en línea], Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 14. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE, de igualdad en el acceso a la función pública:

*«no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral por parte de las Administraciones Públicas»<sup>467</sup>, porque «las funciones públicas englobadas en la protección que dispensa el art. 23.2 CE son aquellas que vienen desarrolladas por funcionarios públicos, en el sentido del art. 103.3 CE, esto es, por aquellas personas vinculadas con la Administración (...) mediante una relación de servicios de carácter estatutario (tal y como se encargó de precisar la STC 99/1987), es decir, preordenada legal y reglamentariamente, y no integrada contractualmente (ATC 298/1996, de 16 de octubre)».*

De hecho, este Tribunal ha venido haciendo exclusiones parciales que permiten concluir, y así lo ha entendido la doctrina<sup>468</sup>, que el artículo 23.2 CE es aplicable exclusivamente a los funcionarios públicos y al acceso a la función y a los cargos públicos en sentido estricto, con exclusión, pues, del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de acuerdo con una ya arraigada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que para los funcionarios públicos establece que, *«en lo referente al acceso y, en su caso, permanencia en la función pública, el precepto que juega es el art. 23.2»<sup>469</sup>.*

En el mismo sentido, la mencionada STC 132/2005, de 23 de mayo, reitera que el artículo 23.2 CE, como derecho fundamental, solo resulta aplicable al acceso a la función pública con exclusión de los contratos laborales propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas; se identifica, por tanto, con la cobertura de plazas de los funcionarios, ya sean de carrera o interinos, pero no con las correspondientes a los diferentes grupos de personal laboral.

---

<sup>467</sup> STC 281/1993, de 27 de septiembre y STC 86/2004, de 10 de mayo.

<sup>468</sup> Palomar Olmeda, A., "Derecho de la función....", op.cit., p. 87; Ojeda Avilés, A., "Los acuerdos de estabilización....", op.cit., pp. 97 y 98. Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., "Derecho de la Función....", op.cit., p. 258; Sala Franco, T., "El personal laboral....", op.cit., p. 23.

<sup>469</sup> STC 365/1993, de 13 de diciembre. En el mismo sentido, STC 289/1993, de 20 de septiembre.

Cuestión distinta es que, como se ha analizado, el principio de igualdad en el acceso al empleo público laboral haya de examinarse bajo el prisma del principio constitucional genérico garantizado en el artículo 14 CE y que por efecto de lo dispuesto en los artículos 11.3 y 55 y en la Disposición Adicional primera del EBEP se haya extendido a todas las clases de personal que prestan servicios en el sector público<sup>470</sup>, con independencia de que su régimen jurídico se ajuste al derecho público o al privado.

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido cuando en su sentencia de 19 de noviembre de 2015<sup>471</sup> afirma que:

*«si bien las mencionadas garantías del art. 23.2 CE solo se dispensan a los ciudadanos que acceden a las funciones públicas que se ejercen a través de una relación de servicio con la Administración de carácter estatutario, nuestra jurisprudencia reconoce que el art. 14 CE también garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso al empleo público no funcionarial (...)».*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2021<sup>472</sup>, a propósito del acceso a un empleo en una entidad pública empresarial que no es en puridad Administración Pública pero que sí forma parte del ya definido sector público, recuerda que el hecho de que la Carta Magna vincule los principios de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE solamente al acceso a la función pública:

*«no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público distinto de la función pública, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito*

---

<sup>470</sup> Maurí Majos, J., “Consecuencias de la...” [en línea], op.cit., p. 107; Roqueta Buj, R., “El acceso del personal laboral...”, op.cit., p. 15.

<sup>471</sup> STC (Pleno) 236/2015 de 19 noviembre, FJ 8º c).

<sup>472</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 541/2021, de 18 mayo. Igualmente, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 618/2016 de 6 julio, “La Constitución solo contempla el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad con respecto a las funciones y cargos públicos. Solo el acceso a las funciones públicas debe regirse igualmente por los principios constitucionales en cuestión”; en el mismo sentido, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 96/2021 de 26 enero y la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 749/2020 de 10 de septiembre.

*de aplicación de dichos principios a fin de evitar que la contratación temporal irregular permita el acceso a la condición de trabajador fijo de estas empresas del sector público. Se trata de salvaguardar el derecho de los ciudadanos a poder acceder en condiciones de igualdad al empleo público en dichas entidades».*

En definitiva, la garantía general de “igualdad en la ley” dimanada del artículo 14 CE y la específica “igualdad en el acceso al empleo público laboral” se deriva del EBEP por expresa remisión del mismo a los principios contenidos en nuestra Carta Magna. En este sentido, la doctrina científica entiende que del artículo 14 CE no se desprende una uniformidad de trato pero sí un acercamiento o un menor distanciamiento entre la regulación legal del trabajo público y la del trabajo privado<sup>473</sup>.

El resto de requisitos que los ciudadanos deban reunir, tales como edad, titulación o experiencia, no pueden ser considerados como elementos de vulneración de este principio de igualdad, sino que entrarían dentro de otros principios que también se habrán de observar: el mérito y la capacidad<sup>474</sup>.

- Mérito y capacidad: artículos 11.3 y 55.1 EBEP y artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

Como se acaba de puntualizar a propósito del principio de igualdad, el hecho de que nuestra Carta Magna vincule el artículo 103.3 solo al acceso a la función pública, no impide la exigencia del mismo a través de normas con rango legal (artículo 55 EBEP).

---

<sup>473</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico...”, op.cit, p. 152.

<sup>474</sup> Según Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., “Singularidades de la...”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 121, la *igualdad en la ley* se traduce en una prohibición dirigida al legislador de establecer diferencias que no guarden relación con el mérito y capacidad.



Así pues, el anterior principio de igualdad se interpreta en conjunción con el principio de mérito y capacidad<sup>475</sup> llegándose a alegar por la doctrina científica<sup>476</sup> que el incumplimiento de este último supone el incumplimiento del derecho fundamental consagrado en el principio de igualdad.

La referencia al principio de mérito y capacidad suele vincular el “mérito” a la aptitud, a aquellas habilidades, aptitudes o cualidades adquiridas por las personas durante el desarrollo de su carrera profesional cuya acreditación se lleva a cabo por medio del procedimiento selectivo conocido como *concurso*<sup>477</sup>; mientras que la “capacidad” queda vinculada a los conocimientos técnicos de los aspirantes lo que se asocia más con el sistema de selección basado en la *oposición*<sup>478</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional<sup>479</sup>, anuda los servicios prestados al concepto de mérito y capacidad, *«pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados»*<sup>480</sup>. *Pero no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión*

---

<sup>475</sup> Vid. Fernández Delpuech. L., “Una reconstrucción de los principios...” [en línea], op.cit.

<sup>476</sup> Sala Franco T., “El acceso al empleo...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, op.cit., p. 22.

<sup>477</sup> En este sentido, el artículo 61.6 pfo. 2º EBEP, afirma que el sistema de concurso *consistirá únicamente en la valoración de méritos*.

<sup>478</sup> El artículo 4.2 del Real Decreto 364/1995, de 10 marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso en la Función Pública señala que «...2. La oposición consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad y la aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación; el concurso, en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos»; vid. Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público A propósito de la STC de 11 de marzo de 2004” [en línea], *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 624 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2004. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido...”, op.cit., p. 74; asimismo, Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., “Singularidades de la...”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 123 citando a Erkoreka Gervasio, 1996, pp. 266 y 277.

<sup>479</sup> Sentencia núm. 111/2014, de 26 de junio.

<sup>480</sup> SSTC 67/1989, de 18 de abril, (FJ 3) “los años de concurso pueden computarse en la fase de concurso pero no en la de oposición”; 27/1991, de 14 de febrero; 60/1994, de 28 de febrero, (FFJJ 4 y 6) “el criterio (...) sobre la exigencia de la necesidad de un período previo de servicios administrativos para participar en el concurso convocado ha de ser estimado como arbitrario e incompatible con los principios de mérito y capacidad”; 11/1996, de 29 de enero y 107/2003, de 2 de junio, FJ 5 b).

*cuantitativa que rebase el “límite de lo tolerable”*»<sup>481</sup>, por ello se admite que estos principios no podrán actuar sin la concurrencia necesaria del principio de igualdad evitando, de esta forma, que queden fuera aspirantes.

En el mismo sentido, la Disposición Transitoria cuarta del EBEP permite a las Administraciones Públicas la consolidación del empleo temporal en la que se tendrá en cuenta «*el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria*»<sup>482</sup>. Y el TS, en sentencia para la unificación de doctrina de 27 de enero de 1992, indica que se produce la adquisición de mérito y capacidad sobrevenidos en el trabajador temporal por la prolongada permanencia en el puesto de trabajo precario<sup>483</sup>.

Por tanto, en la gestión de las personas, la igualdad, el mérito y la capacidad no compiten, ni se contraponen, se refuerzan recíprocamente<sup>484</sup>; y no se erigen en barrera infranqueable ni se deben entender como meta imposible de alcanzar cuando se habla de empleo público sujeto al régimen laboral en el ámbito de la Administración.

Finalmente, aparte de estos principios legales acabados de analizar que se reconducen al cumplimiento de las exigencias constitucionales de la función pública (arts. 23.2 y 103.3 CE) y al principio genérico del artículo 14 CE, se abordará, por entender que se halla estrechamente vinculado al principio de igualdad, otro principio legal.

- Publicidad: artículos 11.3 y 55.2 a) EBEP y artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

---

<sup>481</sup> SSTC 67/1989, de 18 de abril, FFJJ 3 y 4; 185/1994, de 20 de junio, FJ 6 y 73/1998, de 31 de marzo, FJ 3 b).

<sup>482</sup> Apartado 3º de la Disposición transitoria cuarta del EBEP.

<sup>483</sup> Ojeda Avilés, A. “Los acuerdos de estabilización...”, op.cit., p. 131, apunta que se trata de una corriente jurisprudencial escasa pero de relieve.

<sup>484</sup> Longo Martínez, F., “Precariedad laboral en la Administración Pública” [en línea], Expansión&Empleo, 6 de noviembre de 2003. Disponible en: [http://cematic.diba.cat/a-fixters/precariedadEE06\\_11\\_03.pdf](http://cematic.diba.cat/a-fixters/precariedadEE06_11_03.pdf)

Este principio de publicidad comprende la convocatoria abierta al público en general, a la ciudadanía, es decir, de libre acceso y publicada de manera suficiente para que cualquiera pueda tener oportuno conocimiento de la misma<sup>485</sup>. Al respecto, la STC 85/1983, de 25 de octubre, establece que la publicidad «*constituye requisito esencial de la convocatoria y debe servir al objetivo de provocar la concurrencia y facilitar la divulgación*».

Ahora bien, ni el EBEP ni ninguna otra norma estatal predeterminan el medio que deben utilizar las Administraciones Públicas para dar a conocer la existencia misma de los procesos selectivos para personal laboral, ni siquiera será necesaria la publicación en el Boletín oficial correspondiente, solo expresamente prevista para la Oferta de Empleo Público (art. 70 EBEP), por lo que ha de estarse a la normativa que rija los sistemas de selección en la Administración Pública de que se trate<sup>486</sup>.

Parece obvio que la publicidad que se dé a la convocatoria deberá ser adecuada y suficiente con el objeto de que se presente el mayor número de candidatos<sup>487</sup> y se favorezca el requisito de igualdad. Por consiguiente, además de los Boletines oficiales, para contratar personal laboral se entenderá válida la difusión de la convocatoria por cualquier medio que sirva para dar a conocer suficientemente el puesto o puestos convocados, tales como la prensa de amplia difusión o el tablón de anuncios de la entidad, sedes electrónicas o portales de empleo público (de ámbito autonómico o local) donde queden publicadas las ofertas de la Administración convocante o de las entidades del sector público en general<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> Treviño Pascual M., “La figura del indefinido...”, op.cit., p. 74; Roqueta Buj, R., “El acceso del personal...”, op.cit., pp. 13 a 20.

<sup>486</sup> Roqueta Buj, R., “El acceso al empleo...” en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., pp. 213 y 214, quien cita la STSJ de Madrid (CA) de 22 de octubre de 2008, en la que se estima que se cumple con el principio de publicidad *por la exposición en el correspondiente tablón de anuncios*.

<sup>487</sup> Menéndez Sebastián, P., “La fijación de...” en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 131.

<sup>488</sup> Pérez Guerrero, M.L., “La relación laboral indefinida no fija en la Administración: hacia la “estabilización” de una figura de creación jurisprudencial” [en línea], XXXIX Jornada universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Análisis actual de la contratación laboral, Cádiz, 25 y 26 de noviembre de 2021, p. 25. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/formacion/39-jornadas-universitarias>.

Así pues, en líneas generales, los principios del EBEP quedan garantizados cuando por el sujeto contratante público se utilizan los sistemas de selección previstos en su artículo 61.7 que darán cualquiera de ellos como resultado la contratación de personal laboral fijo o personal laboral temporal porque el legislador ha obviado hacer alusión al proceso de selección para el trabajador por tiempo indefinido al que menciona en los artículos 8 y 11 del EBEP pero del que nunca más se acuerda.

Lo mismo sucede una vez concluye el procedimiento de selección y el sujeto gana el acceso al empleo público, por cuanto las modalidades propias de contratación son las recogidas en la legislación laboral en la que se dan la contratación fija y la contratación temporal, prevista para una serie de supuestos legalmente tasados. Estamos ante una clasificación de las modalidades contractuales ajena tanto a la tradición legislativa como al actual marco jurídico laboral, en los que los términos «fijo» e «indefinido» vienen a identificar un único tipo contractual caracterizado porque el vínculo jurídico laboral no está sometido a término o condición relativa a su duración<sup>489</sup>.

La distinción entre trabajador fijo y trabajador indefinido constituye una innovación legislativa<sup>490</sup> y ello podría resultar idóneo si el elenco normativo público se hubiera ocupado de dar una definición de cada una de estas figuras que permitiese la distinción entre las mismas; sin embargo, el EBEP se limita a constatar su existencia sin definir las notas diferenciadoras de cada una de ellas lo que provoca una importante inseguridad jurídica en la materia.

---

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha creado una página específica en el Portal de Transparencia de la Junta de Andalucía denominada "Empleo Público" con la información de la Administración General y de las entidades instrumentales. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/transparencia.html>

<sup>489</sup> Gil Plana, J., "La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público" [en línea], Revista española de Derecho del Trabajo núm. 155/2012 parte Legislación, Editorial Civitas, SA, Pamplona 2012. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

<sup>490</sup> López Gómez, J.M., "La relación laboral....", op.cit., pp. 194 y 196.

No es cuestión baladí; por ello, para poder avanzar conclusiones será necesario pasar por el análisis de los distintos tipos de personal laboral al servicio de la Administración Pública, que permitirá tener una visión exacta, una foto fija de la situación existente conforme a la regulación normativa aprobada, que se antoja insuficiente, y que ha tenido que ser rescatada por los Tribunales, con una doctrina jurisprudencial que, en ocasiones, plantea la duda de si ha venido a arrojar más confusión que claridad. En las próximas líneas se intentará delimitar cada una de las características que integran estos conceptos, anudándolos a las distintas formas de acceso al empleo público y a los elementos que los hacen diferentes entre sí.

#### 1. El personal laboral fijo al servicio de la Administración Pública.

Acabamos de ver que en el derecho laboral español no existe la distinción entre persona trabajadora fija y persona trabajadora indefinida y, de hecho, el Estatuto de los Trabajadores se refiere a una u otra de manera indistinta. Ahora bien, centrándonos en el derecho de la función pública en el que sí se da esta división, superado el obligado respeto de los principios antedichos y comenzando por la primera de las categorías a las que se refiere el EBEP en el mencionado artículo 11.1, específico para el personal laboral, se afirma que *«En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, (...)»*.

El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (en adelante RGI) se ocupa, en sus artículos 28 a 33, de la selección del personal laboral y de arbitrar los mecanismos que garanticen la imparcialidad en los procesos selectivos de este personal laboral fijo.

Con carácter previo a la ocupación de cualquier puesto de personal laboral fijo en la Administración será necesario dotar presupuestariamente la

plaza a cubrir dando cumplimiento así a la previsión contenida en el artículo 14.3 LMRFP<sup>491</sup>.

Posteriormente, se procederá a la identificación del puesto mediante su inclusión en la Relación de Puestos de Trabajo (RPT)<sup>492</sup> de la Administración o entidad pública correspondiente. En este sentido, en la esfera de la Administración General del Estado, el art. 15 LMRFP contempla las RPT como el instrumento técnico de ordenación del personal conforme a las necesidades de los servicios y en el que se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto<sup>493</sup>, además el artículo 74 del EBEP relaciona otros instrumentos organizativos tales como catálogos, inventarios o similares en los que aparecerán junto con los puestos a desempeñar por el personal funcionario o los reservados al personal eventual y de confianza, los que pueden ser cubiertos con personal laboral porque no ejerzan funciones que impliquen potestades públicas o la salvaguarda de intereses generales. A diferencia de los puestos a cubrir por el personal laboral temporal que no es necesario incluir en dicha relación, esta exigencia solo se contempla como preceptiva respecto de la contratación laboral fija.

Además de la creación de la plaza en el organigrama de la Administración o entidad pública correspondiente se requerirá, conforme al artículo 70 del EBEP, una Oferta de Empleo Público (OEP) respecto de la que se exige que sea publicada en el diario o boletín correspondiente (art. 70.2 EBEP) en garantía de los principio de igualdad y publicidad, y en la que se concretarán los puestos de trabajo que se van a ofrecer y que no deberán

---

<sup>491</sup> Para un recorrido por las exigencias legales previstas para el acceso al empleo público laboral, vid. Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., "Singularidades de...", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 123 a 126; asimismo, Roqueta Buj, R., "La Administración y el personal...", en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 150 a 155.

<sup>492</sup> Menéndez Sebastián, P., "La fijación de...", p. 130; igualmente, García Rubio, M.A., "La contratación laboral en el Sector Público (I)", en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019, p. 302 y VV.AA., "La contratación de personal...", op.cit., pp. 49 a 57.

<sup>493</sup> García Rubio, M.A., "La contratación...", en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., pp. 302 y 303.

ser, necesariamente, todas las plazas vacantes existentes, sino aquellas dotadas presupuestariamente<sup>494</sup> y acordes con la tasa de reposición prevista en la Ley de Presupuestos Generales del Estado vigente para cada ejercicio.

Seguirá la convocatoria de esas plazas, que solo podrá hacerse si las mismas están previstas en la oferta, y que goza de un régimen jurídico muy similar al de los funcionarios públicos<sup>495</sup>, es decir, deberán constar en la misma las condiciones de participación y las características del puesto a cubrir mediante la superación de los clásicos procesos selectivos de oposición, concurso-oposición o concurso. El legislador asocia la selección del personal laboral fijo, siempre que se garantice el acceso al empleo público de conformidad con las exigencias y los principios legalmente establecidos, a cualquiera de ellos sin mostrar preferencia por ninguno; por su parte, el artículo 29 del RGI tampoco establece prelación entre los sistemas de selección otorgando plena libertad de elección, lo que ha llevado a algunas normas de desarrollo del EBEP a mostrar esa preferencia como ocurre con el artículo 39.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía que señala que *«[ ] la selección del personal laboral fijo, previa a la contratación, se realizará por el sistema de concurso»*, salvo que resultaren más adecuados el concurso-oposición o la oposición.

Esta cuestión no siempre ha sido bien acogida<sup>496</sup> planteando la disyuntiva de por qué dejar a los órganos administrativos competentes un margen de maniobra que no tienen en la selección de funcionarios públicos de carrera.

---

<sup>494</sup> AA.VV., “La contratación de personal...”, op.cit., pp. 55 y 56; asimismo, Gorelli Hernández, J., “El contrato de...”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 124, afirma que *la dotación presupuestaria se presenta como un instrumento más de la ordenación del empleo público*.

<sup>495</sup> Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 129.

<sup>496</sup> Vid. Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo público en régimen laboral”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 94 y 95.

Señalar al respecto que la superación de un proceso selectivo no le coloca en idéntica situación que al funcionario público el cual se haya sujeto a su propio régimen jurídico sustantivo; y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando afirma que no existe un derecho constitucional a la igualdad de condiciones entre funcionarios y trabajadores por cuenta ajena, a causa de la diferencia cualitativa existente entre ambas situaciones<sup>497</sup>.

Por ello, en el caso del personal laboral fijo, y a diferencia de lo que ocurre con el funcionario, se podrá requerir un período de prueba conforme a lo previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores lo que, por otra parte, también es exigible según lo establecido en el artículo 33.2 RGI en el que se afirma *que transcurrido el período de prueba que se determine en cada convocatoria* el personal que lo supere adquiere la condición de fijo.

No goza del derecho de inamovilidad que caracteriza a la función pública, pero el plus de imparcialidad que se le exige en el acceso al puesto de trabajo y que deriva del acatamiento de los principios legalmente previstos, se ve recompensado, a diferencia de lo que pudiera ocurrir con un indefinido/fijo de cualquier empresa privada, con que el trabajador fijo de la Administración Pública goza de un derecho “reforzado” de estabilidad en el empleo.

Este derecho cualificado de permanencia del que se encuentra investido el laboral fijo, tiene su particular reflejo en la legal obligación de readmisión del trabajador por parte del empleador público del artículo 96.2 EBEP, cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de expediente disciplinario, frente al derecho de opción entre readmisión o indemnización del empresario privado del artículo 56 ET para su personal laboral indefinido; otro ejemplo es el que se recogía en la ya derogada Disposición Adicional decimosexta<sup>498</sup> del ET cuando, a propósito de los

---

<sup>497</sup> SSTC 57/1982, de 27 de julio y 90/1984, de 5 de octubre.

<sup>498</sup> Con el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se deroga a partir del 30 de marzo de 2022 esta Disposición por lo que a partir de la fecha desaparece la posibilidad expresamente prevista por la ley



despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, afirmaba que «(...) *Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto (...)*»; elección o prioridad de permanencia que en la relación contractual privada solo se predica de los empleados que ejercen la representación legal de las personas trabajadoras.

Así pues, esta sustancial diferencia de la inamovilidad del funcionario de carrera respecto del personal laboral fijo, unida ineludiblemente al desempeño en exclusiva por aquél de funciones que impliquen el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales, son las que explican, a nuestro entender, que el legislador no haya manifestado preferencia para el acceso al empleo público del laboral fijo por ninguno de los sistemas selectivos clásicos y sí lo haya hecho para el funcionario para el que solo permite el concurso cuando viene autorizado por una ley.

Y estos y no otros son los razonamientos jurídicos que lo sustentan; no podemos participar de la opinión de los que entienden que dejar la elección del sistema de concurso al libre criterio del órgano convocante sea la puerta de entrada de contrataciones sospechosas *por la desconfianza y suspicacia generalizadas que lo rodean*<sup>499</sup>; es posible admitir que se trate de un proceso selectivo *light*<sup>500</sup> (ya solo por el hecho de no tener que memorizar interminables temarios debe serlo), pero no por ello se le ha de otorgar menor validez legal a un procedimiento que posee pleno respaldo normativo y que, de no haber sido así, el legislador podría haber modificado o descartado tras 15 años de vigencia del EBEP.

---

para el sector público de acometer despidos objetivos individuales y ERE en el ámbito de los entes, organismos y entidades que forman parte del mismo, si bien renace la duda de si se podrán llevar a cabo a través de los preceptos de general aplicación [artículos 51 y 52.c)].

<sup>499</sup> Vivero Serrano, J.B., "El acceso al...", op.cit, pp. 94 y 95, citando a autores como Sánchez Morón M., Lázaro J.L. y Fondevila Antolín, J.

<sup>500</sup> En expresión de Vivero Serrano, J.B., "El acceso al...", op.cit, p. 95.

En consecuencia, esta estabilidad cualificada del personal laboral que accede al empleo público con el carácter de fijo<sup>501</sup> constituye una característica principal y, a su vez, una diferencia esencial entre trabajador fijo y el resto del personal laboral que forma parte de la clasificación tripartita que realiza el EBEP, especialmente con el indefinido. Como luego se verá, esta permanencia reforzada es la que introduce distancia con el trabajador indefinido para el que sí existe causa tasada de extinción de la relación laboral, lo que le hace más próximo al laboral temporal aunque etimológicamente resulte contradictorio.

De hecho, más allá de esta distinción en cuanto a la extinción de vínculo contractual, no resulta admisible ninguna diferencia de tratamiento en el desarrollo de la relación laboral con el personal indefinido o con el personal temporal, que no esté justificada por razones objetivas ya que ello supondría una quiebra del principio de igualdad que se consagra en el artículo 14 CE (así lo ha declarado el TC en sentencia de 14 de abril de 2016), en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores y en la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la Confederación europea de sindicatos, la Unión de confederaciones de industria y empleadores de Europa y el Centro europeo de la empresa pública sobre el trabajo de duración determinada que, recogiendo el Acuerdo de los interlocutores sociales europeos que refleja el título de la Directiva, tiene por objeto precisamente el establecimiento de *«un marco general para garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, protegiéndolos contra la discriminación»* (Párrafo segundo del Preámbulo)<sup>502</sup>.

---

<sup>501</sup> Al respecto, Gorelli Hernández, J., “El despido disciplinario...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 237 a 242, realiza un estudio de las dudas legales que se plantearon en torno a la regulación contenida en el artículo 96.2 EBEP, que fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad inadmitida por el TC mediante Auto 178/2011; en dicho Auto el Tribunal manifestó que *“está justificada la existencia de un régimen dual en los ceses de los trabajadores laborales públicos. El acceso a la función pública mediante relación funcional o mediante contratación laboral fija requiere la superación de unos procesos selectivos que acrediten el mérito y la capacidad, lo que les sitúa en una posición distinta de aquellos trabajadores laborales temporales, sin que exista infracción de los arts. 14 y 23.2 CE por la regulación diferente de situaciones distintas (...)”*.

<sup>502</sup> En este sentido, vid. Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas: Incluye las novedades del RD-I 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, y de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la

El privilegio del trabajador fijo, una vez que accede al empleo público, debe tener acomodo también con las garantías constitucionales; el sector público debe someter su actuación a los artículos 9.3 y 14 CE, que conceden a las personas el derecho de obtener de los poderes públicos un trato idéntico ante supuestos similares. Se confirma, así, que la igualdad que se propugna no es la igualdad absoluta, de forma que no todo acto que cree una desigualdad es prohibido por la Constitución, sino que son conformes a ésta aquellos actos que establezcan diferencias por motivos razonables, objetivos y proporcionales al fin perseguido.

En la misma medida, el Tribunal Constitucional<sup>503</sup> entiende que para que pueda considerarse infringido el principio de igualdad es preciso partir de situaciones de hecho iguales y de la inexistencia de circunstancias objetivas, razonables y proporcionadas en relación con los fines legítimos perseguidos que permitan diferenciar las distintas situaciones en concurso. Por ello, en el marco de la contratación laboral, y más específicamente en el ámbito de la relación temporal de trabajo, la jurisprudencia del TC ha venido entendiendo que, en aplicación del artículo 14 CE, las diferencias retributivas o en general en derechos, salvo los relativos a la naturaleza temporal de los contratos entre trabajadores indefinidos y temporales, no obedecen a motivos razonables, objetivos y proporcionados, considerándose tales diferencias contrarias al principio de igualdad. Así, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC núm. 104/2004, de 28 de junio (Fdo. Dº 6º), el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 71/2016 de 14 abril, afirma que aunque para acceder a una relación de empleo fija con la Administración se exija superar unos procesos selectivos que acrediten el mérito y capacidad y estos procesos sean diferentes a los que han de superar los que se incorporan con carácter temporal esta diferente forma de acceso no permite entender justificada la diferencia de trato (Fdo. Dº 5º).

---

reducción de la temporalidad en el empleo público”, Colección Laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 27 a 30.

<sup>503</sup> SSTC 57/1982, de 27 de julio y 90/1984, de 5 de octubre.

Dicha doctrina tiene su plasmación normativa en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad que, con el objetivo de acomodar nuestro ordenamiento a las reglas de la cláusula 4ª de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 29 de junio<sup>504</sup>, viene a reformar el artículo 15.6 ET<sup>505</sup>, según el cual, «*los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato*».

Desigualdades fundadas exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa o en la de adquisición de la condición de fijo, son factores diferenciales meramente temporales y la desigualdad de trato carece de justificación objetiva. Quiere ello decir que, el plus de permanencia del que dispone el personal laboral fijo de la Administración Pública, no resulta contrario al mencionado artículo 14 de la CE siempre que quede garantizada la igualdad en el disfrute del resto de derechos laborales respecto de los demás empleados públicos laborales indefinidos o temporales.

En conclusión, se reserva la calificación de trabajadores fijos, a aquéllos que hubieren accedido a tal condición a través de cualquiera de los procedimientos que garantizan los principios de publicidad, igualdad, mérito

---

<sup>504</sup> Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Principio de no discriminación (cláusula 4): 1. 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. 2. Cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de *pro rata temporis*. 3. Las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales. 4. Los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas.

<sup>505</sup> Este precepto modifica su redacción a partir del 30 de marzo de 2022 por efecto de lo dispuesto en la disposición final 8.2.b) del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, si bien se mantiene en términos similares.

y capacidad, mediante los sistemas regulados en la ley (arts. 14 CE, 91 LBRL y 55 EBEP) y ocupen una plaza fija, prevista como tal, en RPT o instrumento de organización de los recursos humanos similar concretada en la correspondiente Oferta Pública de Empleo para la que exista presupuesto para cubrirla y recogida en la oportuna Convocatoria.

Una aproximación doctrinal<sup>506</sup> a su definición es, por tanto, aquella que entiende por personal laboral fijo como *«el que accede a su condición mediante la superación de los procesos selectivos previstos para este tipo de personal y tengan la condición de estabilidad o permanencia por haber concluido un contrato de trabajo con la Administración Pública de este tipo»*.

## 2. El personal laboral temporal de la Administración Pública.

El trabajador temporal en el sector público es aquel que por necesidades coyunturales o no permanentes de empleo conoce la fecha de inicio y de fin de su contrato siendo, por tanto, la duración del mismo determinada en el tiempo<sup>507</sup>.

En el EBEP no se contiene una regulación específica para la contratación temporal por cuenta ajena, por lo que habrá que recurrir a la que sobre esta materia existe en la legislación laboral admitiendo las modalidades contractuales sujetas a término del Estatuto de los Trabajadores.

Hasta aquí los supuestos en los que es admisible esta contratación temporal<sup>508</sup> en las Administraciones Públicas son los previstos en los artículos 11, 12 y 15 del ET<sup>509</sup>, que permiten recurrir a los contratos formativos, el

---

<sup>506</sup> Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete, C., "Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007*, de 12 de abril, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada 2008, p. 172.

<sup>507</sup> Marín Alonso, I., "Las nuevas particularidades...", op.cit., p. 8.

<sup>508</sup> Selma Penalva, A., "El cese en la prestación de servicios para la Administración Pública. Diferencias y similitudes entre la Jurisdicción Social y la Contencioso-Administrativa" [en línea], *Revista Derecho Social y Empresa*, Editorial Dykinson, nº 9, septiembre 2018, p. 69. Disponible en: eLibro.net.

<sup>509</sup> Preceptos recientemente modificados por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

contrato por obra o servicio determinados (a extinguir)<sup>510</sup>, el contrato por acumulación de tareas o circunstancias de la producción, así como a los contratos de interinidad o contratos de relevo, haciendo hincapié en que la contratación temporal es una excepción al principio general del contrato de carácter indefinido que rige en el ordenamiento jurídico laboral y, por ende, de efectiva aplicación en el ámbito de la Administración Pública<sup>511</sup>.

## 2.1. Principios que rigen en los procesos de selección temporal.

El Reglamento General de Ingreso aplicable a la Administración Estatal y al resto de Administraciones Públicas en tanto no se produzca el oportuno desarrollo reglamentario del EBEP, ha determinado en su artículo 35.1 de forma específica para la selección temporal, que autoriza la contratación de personal laboral no permanente para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo siempre que se celebren «*conforme a los principios de mérito y capacidad, y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral*». En este sentido, y como ya se ha analizado, ante el silencio guardado hasta la reforma de 2021 por el EBEP en cuanto a los principios que guían los procesos para la selección de personal laboral temporal, de siempre se ha entendido que de la combinación del artículo 14 CE con el artículo 55.2 del EBEP, a este empleado público le resultan de aplicación los principios que rigen en la selección de todo personal, enunciados en términos generales y, por tanto, de común atribución a todo el que accede al empleo público, así como los requisitos generales que debe reunir el participante del artículo 56.1 del EBEP<sup>512</sup> también comunes a la adquisición de la condición de funcionario o laboral.

---

<sup>510</sup> Desaparecen a partir del 30 de marzo de 2022, según establece la disposición final 8.2.b) del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre en relación con las disposiciones transitorias 3, 4 y 5 en cuanto al régimen transitorio aplicable a los contratos de duración determinada.

<sup>511</sup> VV.AA., “La contratación de personal...”, op.cit., p. 212, se abunda en que *las partes no están legitimadas para elegir la modalidad contractual que deseen, sino que existen una serie de casos concretos previstos legalmente en los que se podrán concertar este tipo de relación laboral temporal (STS de 5 de mayo de 2004)*.

<sup>512</sup> Para un análisis de estos requisitos vid. Márquez Prieto, A., “Contratación y acceso...”, en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, op.cit, pp., 68 a 71; asimismo, vid., Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales...”, op.cit., pp. 23 a 25, y De Nieves Nieto, N., “El acceso al empleo público

Con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio<sup>513</sup>, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público<sup>514</sup>, se modifica el artículo 11 del EBEP y se añade un apartado 3 en el que, por vez primera, se contemplan en esta norma básica los principios que inspirarán los sistemas de selección de todo el personal laboral señalando que estos procedimientos serán públicos y que se regirán en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad, incidiendo que *«en el caso del personal laboral temporal se regirá igualmente por el principio de celeridad, teniendo por finalidad atender razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia»*. Así pues, queda patente que a partir de esta publicación la contratación temporal en la Administración Pública está expresamente vinculada a los principios de igualdad, mérito y capacidad así como el de celeridad y, más allá de esto, *«ninguna especialidad se observa respecto del régimen jurídico de contratación laboral de duración determinada en las empresas privadas»*<sup>515</sup>.

## 2.2. Sistemas de acceso al empleo público laboral temporal en la Administración.

Nada se concreta tampoco para el personal laboral temporal respecto a los procedimientos de selección. De siempre ha habido que estar a los criterios que rigen para el acceso a la categoría de personal laboral fijo<sup>516</sup>, si bien atemperándolos a las características del contrato laboral sujeto a término, ya que, como ocurre con las modalidades contractuales, el EBEP no introduce una previsión específica sobre los procedimientos selectivos del trabajador público

---

laboral” [en línea], Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 93, Junio 2011. Disponible en: <https://vlex.es>.

<sup>513</sup> «BOE» núm. 161, de 07 de julio de 2021.

<sup>514</sup> Este Real Decreto-ley se entiende tácitamente sustituido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. No obstante, se mantiene en vigor su disposición final segunda, según establece la disposición final segunda de la citada Ley.

<sup>515</sup> Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 130, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero y de 18 de marzo de 1991.

<sup>516</sup> Rivero Lamas, J., “Selección y contratación...” [en línea] op.cit., p. 29; Roqueta Buj, R., “La contratación temporal...”, op.cit, pp. 130 y ss.

temporal en una clara renuncia a optar por una regulación pormenorizada de una materia necesitada de concreción.

Ante esta ausencia normativa, algunas Comunidades Autónomas han aprobado sus respectivas leyes de la Función Pública que, en mayor o menor medida, abordan esta materia.

En la mayoría de las ocasiones se trata de normas anteriores al Estatuto Básico y, en otras, una vez aprobado el mismo, siguiendo la propia previsión del EBEP y dada su naturaleza de regulación básica, se acude a su desarrollo legal por la habilitación competencial prevista en el artículo 6 de dicho texto normativo. En este supuesto se encuentran la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha, la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana y Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco.

Así pues, siguiendo la clasificación en tres grandes bloques realizada por autorizada doctrina<sup>517</sup>, podemos distinguir:

a) Leyes autonómicas que guardan silencio sobre los sistemas de selección del personal laboral temporal.

En este apartado estaría la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía en cuyo artículo 33 señala que *«(...) podrán celebrarse contratos laborales de carácter temporal para la realización de trabajos imprevistos, urgentes y no permanentes, que no correspondan a un puesto de trabajo presupuestariamente dotado. (...)»*, añadiendo en su artículo 39, solo para el laboral fijo, que *«Reglamentariamente*

---

<sup>517</sup> Roqueta Buj, R., "La contratación temporal...", op.cit. pp. 130 y ss; asimismo, Roqueta Buj, R., Procesos de colocación...", en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las AAPP*, op.cit., p. 45. Para una relación de la normativa autonómica también, Marín Alonso, I., "Problemática de la negociación..." en *Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos: Análisis y Perspectivas*, op.cit., p. 56.



*se regularán los diversos sistemas de selección del personal, tanto funcionarial como laboral fijo (...)*»<sup>518</sup>.

La Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública de Canarias, recoge en su artículo 68 que «(...) *podrán celebrarse contratos laborales de carácter temporal para la realización de trabajos de carácter imprevisto, urgente y no permanente (...)* Su formalización corresponde al Consejero en cuyo Departamento vayan a prestarse los servicios (...)» destinando su Título V a la selección de personal en la que solo se recoge el acceso del personal laboral de carácter fijo (artículo 73).

Asimismo, la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Rioja, concreta los criterios de selección en su artículo 21 para «*seleccionar a todo el personal, ya sea funcionario o laboral fijo*» sin referencia alguna al temporal, como ocurre con el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Finalmente, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de Función Pública de Illes Balears, recuerda en su artículo 18 que la selección del personal laboral temporal debe respetar los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad pero circunscribe los sistemas de selección a funcionarios y personal laboral fijo (artículo 45).

---

<sup>518</sup> López Gómez, J.M., “El régimen jurídico...”, op.cit., p. 188, afirma que este precepto parece admitir implícitamente la contratación directa. Cabe apuntar, en este sentido, que con el nuevo proyecto de Ley de Función Pública de Andalucía (BOJA núm. 57, de 25 de marzo de 2021, en el que se publica la Resolución de 18 de marzo de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se somete a información pública el Anteproyecto de Ley de Función Pública de Andalucía) se aprecia un cambio en la regulación jurídica de la materia, en consonancia con las leyes autonómicas aprobadas con posterioridad al EBEP, dado que su artículo 115 alude de forma expresa a la selección de personal laboral temporal que será, preferentemente, mediante la creación de bolsas de empleo y, en caso de agotamiento, mediante la remisión de oferta genérica a los servicios públicos de empleo. Para el personal laboral de la Junta de Andalucía sujeto al VI Convenio Colectivo la previsión de Bolsas de Trabajo y Ofertas Genéricas se introdujo mediante Acuerdo de la Comisión Negociadora de 22 de mayo de 2017, por el que se modifica la redacción del artículo 18 del VI CC y se añade una nueva Disposición Transitoria (BOJA núm. 142, de 26 de julio de 2017).

b) Normas autonómicas que prevén la selección del personal laboral temporal mediante convocatoria pública y, en su caso, por el procedimiento de concurso.

La Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, en su artículo 22.2 dispone que «*La selección del personal laboral no permanente para el desempeño de funciones laborales se realizará mediante convocatoria y concurso, salvo en los casos de urgencia declarada, (...)*»<sup>519</sup>.

La Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, tampoco hace alusión a los mecanismos de acceso del personal temporal si bien es cierto que en su artículo 44 señala que «*seleccionará a su personal funcionario y laboral previa convocatoria pública, que garantice, en todo caso, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad*». No se hace mención expresa al personal laboral fijo (como hemos visto en el caso de Andalucía) con lo que este silencio permitiría entender implícitamente incluido en cualquiera de los sistemas de selección que su artículo 45 contempla al laboral temporal<sup>520</sup>. En el mismo sentido, la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública de Cantabria (artículo 41), el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto del Personal de la Administración Foral de Navarra (art. 95) y el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública (art. 46).

c) Normas autonómicas que prevén la selección del personal laboral temporal mediante un sistema de bolsas o listas abiertas y públicas o acudiendo a los Servicios Públicos de Empleo.

---

<sup>519</sup> En idénticos términos, el art. 31.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia.

<sup>520</sup> La única referencia expresa al laboral temporal de la mencionada Ley 3/1985, de 26 de diciembre, es la recogida en la Disposición adicional tercera en la que se establecen las condiciones de contratación temporal de personal laboral para la ejecución de programas de inversión pero no el sistema de selección

La Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, establece en su artículo 1 el régimen jurídico y las normas *«aplicables a todo el personal al servicio de las administraciones públicas (...)»*. Pareciera como si esta ley, mucho más reciente en el tiempo que las anteriores y que utiliza el concepto “empleado público” para referirse a la selección del personal a su servicio, abandonara la terminología empleada por las leyes autonómicas que acabamos de analizar en las que se distingue sistemáticamente entre funcionario y laboral fijo, y se centrara en aplicar los sistemas de selección previstos en la misma a todo su personal, incluyendo al laboral temporal; sin embargo, de la lectura del artículo 56 en relación con el artículo 57 vemos que *«los sistemas de oposición, concurso-oposición y, excepcionalmente, concurso»* seguirán siendo los *«sistemas aplicables a la selección del personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo»*, no haciéndolos extensivos al personal laboral temporal.

Y ello se debe a que dedica su artículo 27.1 al personal laboral temporal, destacando que *«[l]os puestos de trabajo vacantes que puedan ser desempeñados por personal laboral y se consideren de provisión urgente e inaplazable pueden ser cubiertos mediante la contratación de personal laboral temporal de conformidad con los procedimientos contemplados en el convenio colectivo que resulte de aplicación. (...)»* y que, en general, supone el reclutamiento de personal temporal a través de convocatoria pública mediante oferta genérica de empleo a los Servicios Públicos de Empleo y de bolsas de trabajo creadas a partir de procesos de selección de personal laboral de carácter fijo<sup>521</sup> en las que se baremen los méritos requeridos.

---

<sup>521</sup> Artículo 33 del IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2019, en el que se publica la Resolución de 13 de mayo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio). Artículo 18 del VI Convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía (BOJA nº 139 de 28 de noviembre de 2002, en el que se publica la Resolución de 22 de Noviembre 2002, de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Convenio). Artículo 7.5.b) del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia (DOG de 3 noviembre 2008, núm. 213, en el que se publica la Resolución de 20 de octubre 2008 por la que se dispone el registro, el depósito y la publicación del Convenio).

En los mismos términos, el artículo. 96.1 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, apunta a *«la creación de listas de espera o bolsas de trabajo, pudiéndose acudir excepcionalmente al Servicio Público de Empleo»* o el artículo 48 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla La Mancha.

Asimismo, el artículo 19.3 de la Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana dispone que *«La selección del personal laboral temporal (...) se efectuará preferentemente mediante la constitución de bolsas de empleo vinculadas al desarrollo de las ofertas de empleo público. No obstante, podrán preverse como otras vías de acceso de personal laboral temporal, convocatorias específicas que garanticen los principios de capacidad, mérito, igualdad y publicidad, siempre que se exija superar alguna prueba de conocimiento»*. Igualmente, la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, prevé en su artículo 43 *«un sistema de bolsas o listas abiertas y públicas»* para seleccionar tanto a su personal funcionario interino como al personal laboral temporal.

Para concluir, la Ley 11/2022, de 1 de diciembre, de Empleo Público Vasco, acuña en su artículo 77 que la provisión de los puestos temporales se realizará mediante procedimientos ágiles como las bolsas de contratación temporal o la utilización de los servicios públicos de empleo, reservando los procesos selectivos clásicos para el personal laboral fijo.

Por tanto, en términos generales (aunque también de forma concreta a partir de las leyes autonómicas de desarrollo posteriores al EBEP), respecto del personal temporal siempre han regido criterios similares a los establecidos para el personal laboral fijo en cuanto a los sistemas de acceso si bien adaptados a las características del contrato de trabajo de duración determinada<sup>522</sup> por lo que se impone una convocatoria y un sistema público de selección aunque se deja amplia libertad a las Administraciones Públicas para optar por cualquiera de los

---

<sup>522</sup> AA.VV., "La contratación de personal...", op.cit., p. 58; García Rubio, M.A., "La contratación laboral...", en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 305.

sistemas clásicos *lo que en la práctica se traduce en el recurso al más rápido y ágil de todos (el concurso de méritos)*<sup>523</sup> o acudir excepcionalmente, sin convocatoria y por causa de urgencia justificada a las bolsas de personal creadas normalmente a partir de procesos selectivos, a los Servicios Públicos de Empleo así como a procedimientos recogidos en convenios colectivos o acuerdos sectoriales de las mesas de negociación colectiva<sup>524</sup>. Por otra parte, por sus propias características de responder a razones de necesidad y urgencia (art. 11.3 EBEP) y realizar tareas de carácter no permanentes [art. 15.1.f) pfo. 2º LMRFP], la dotación presupuestaria no tendrá que estar prevista en el capítulo propio de personal, no será preciso el requisito de inclusión del puesto de trabajo en la RPT ni que se incluya en la oferta pública de empleo anual<sup>525</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, existe un vacío normativo dada la escasa regulación legal y desarrollo reglamentario<sup>526</sup> de los sistemas de selección que se pueden hacer valer en estas contrataciones sujetas a término, dejando amplio margen a unos procedimientos<sup>527</sup> que deberán encajar con la celeridad y la inmediatez en la contratación además de ser acordes con los filtros objetivos requeridos en los criterios de selección para la contratación laboral pública.

La cuestión es que el silencio del legislador respecto a los procesos de selección de los contratados laborales temporales abre una vía rápida que utilizan las Administraciones para cubrir sus necesidades de personal que no

---

<sup>523</sup> Roqueta Buj, R., "Procesos de colocación...", en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las AAPP*, op.cit., pp. 45 y 46.

<sup>524</sup> Vid. Boltaina, Bosch, X., "Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público" [en línea], *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, IVAP, Núm. especial 2/2018, p. 147. Disponible en: <https://www.ivap.euskadi.eus/numero-especial-2-procesos-selectivos/z16-a3rvop/es/>; este autor opina que son mecanismos *de dudosa legalidad en cuanto al principio de igualdad*.

<sup>525</sup> Artículo 15.1 de la LMRFP; Vid. Vivero Serrano J.B., "El acceso al empleo...", op.cit., p. 149.

<sup>526</sup> Roqueta Buj, R., "Procesos de colocación...", en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las AAPP*, op.cit., p. 46, afirma que esto es síntoma de la *falta de interés del legislador por regular los sistemas de selección de personal temporal, lo que resulta criticable*.

<sup>527</sup> Para un análisis de estos procedimientos vid. Vivero Serrano J.B., "El acceso al empleo...", op.cit., pp. 148 y ss.

siempre se corresponden con puestos no permanentes pero a los que acuden sistemáticamente ante la ineficacia de los tradicionales procesos de selección y para el acceso al empleo público que resultan excesivamente largos restando inmediatez a la contratación laboral fija.

De ahí la insistencia en el hecho de que resulta fundamental replantearse estos mecanismos y, sobre todo, su puesta en práctica, para asegurar una cobertura fluida, rápida y eficaz de los puestos laborales disponibles que evite acudir de forma recurrente a la contratación temporal que, planteada en estos términos y como veremos en el siguiente epígrafe, resultaría fraudulenta. Esta situación no podrá cambiar en tanto no mejore la gestión de los procesos para la contratación de personal fijo en las Administraciones Públicas debiendo revisarse los instrumentos de cobertura de los puestos vacantes y limitando las fórmulas que generan contrataciones a término<sup>528</sup>.

Ya se ha puesto de manifiesto que flexibilizar los recursos humanos en las Administraciones españolas no significa elevar los índices de temporalidad. El trabajo temporal es para cubrir necesidades no permanentes y no para ocupar plazas vacantes o necesidades de personal mientras se espera su oportuna dotación presupuestaria o el fin de las tasas de reposición cero. Lo cierto es que este mapa contractual plantea como un requerimiento de máxima urgencia la reordenación legislativa del régimen jurídico de la contratación temporal de trabajo en el ordenamiento español, para erradicar el problema principal que envuelve su práctica: la utilización abusiva y fraudulenta de alguno de sus tipos contractuales, convertida en rasgo caracterizador negativo del conjunto<sup>529</sup>.

---

<sup>528</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal en el sector público” [en línea], Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 110, Año 2017, Vol. II, p. 29. Disponible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N110/01%20Presentaci%C3%B3n.pdf>.

<sup>529</sup> Treviño Pascual, M., “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo” [en línea], Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Iustel, núm. 52, marzo 2019, p. 476. Disponible en: [https://zaguan.unizar.es/record/88199/files/texto\\_completo.pdf?version=1](https://zaguan.unizar.es/record/88199/files/texto_completo.pdf?version=1)

En el acceso al empleo público laboral, fijos y temporales se encuentran vinculados en igual medida por los principios de igualdad, mérito y capacidad, quiere decirse con ello que, sin perder de vista este objetivo, la Función Pública debe encaminarse a la confección de unos procesos de selección (ya sean los comunes de oposición, concurso-oposición o concurso o los propios de la negociación colectiva), dinámicos y útiles a los que se verán sometidos tanto el personal fijo como el personal temporal consiguiendo con ello que lo que sea trabajo estructural se cubra con personal fijo y lo que venga a cubrir actividades estacionales o no permanentes se ocupe por personal temporal.

Los sistemas de acceso no pueden representar un obstáculo a la contratación laboral en el ámbito público y si lo son el sistema está abocado a que se desvirtúe la contratación laboral temporal y se convierta en patológica como se analiza en el siguiente Capítulo.

3. El personal laboral contratado por tiempo indefinido. ¿Una figura creada por la jurisprudencia? ¿Efectiva recepción en el EBEP?

Referido al ámbito del Derecho privado, la contratación de trabajadores puede hacerse con carácter temporal o fijo, o comenzar como temporal y transformarse en fijo por la llegada del tiempo legalmente previsto en el que el contrato se transforma, por voluntad de las partes, en indefinido.

Precisamente, para paliar los efectos de un eventual incumplimiento cometido por el empleador que mantiene una vigencia *ex tempore* del contrato sujeto a término y evitar dejar caer al trabajador y al vínculo que le une al empresario en un limbo legal, el legislador laboral es claro en el artículo 15.4<sup>530</sup> del Estatuto de los Trabajadores cuando afirma que «[l]as personas

---

<sup>530</sup> En la nueva redacción dada al mismo conforme a la Ley 32/2021, de 28 de febrero, que entró en vigor el 30 de marzo de 2022 y en los mismos términos que el anterior artículo 15, párrafo 3, que afirmaba que “Se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”.

*contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas».*

De esta afirmación se extrae una rotunda consecuencia, y es que para aplicar la condición de fijeza prevista por la norma como resultado de la infracción se deben dar una serie de elementos: que estemos ante una contratación temporal, que no quede suficientemente acreditada la causa habilitante del contrato temporal o que éste se haya celebrado en fraude de ley por superar los plazos legalmente previstos o por no observar los requisitos legales de aplicación.

Con estas premisas, la norma de derecho laboral encargada regular las relaciones nacidas al amparo del mismo y de pacífica aplicación en el ámbito jurídico privado, se enfrenta a su incidencia en la Administración cuando ésta actúa como empleador de naturaleza pública pero sujeto al Derecho del Trabajo.

La necesidad de dotar de mayor flexibilidad a los requerimientos de personal en el ámbito de lo público hace que se recurra cada vez más al empleado laboral y a las fórmulas de contratación admitidas en Derecho privado y reguladas por el Derecho del Trabajo con objeto de conseguir una auténtica adaptación y modernización de la Administración Pública<sup>531</sup>. Estas fórmulas, aceptadas en el sector público, pasan por dotar de mayor agilidad e inmediatez a la gestión de los recursos humanos cuando las limitaciones presupuestarias y las fluctuaciones del mercado le obligan a adaptarse como si de una empresa privada se tratase, en aras de la consecución del fin último: la eficacia de la Administración como principio general que inspira su actuación<sup>532</sup>.

---

<sup>531</sup> Marín Alonso, I., "El empleo público laboral....", op.cit., p. 6.

<sup>532</sup> Art. 103 CE, art. 3.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, artículos 13.3, 53.8 y 69.1 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.



En este sentido, la dificultad no se produce respecto de los contratos laborales formalizados por la Administración con el carácter de fijos, sino que la incertidumbre o inseguridad jurídica se plantea con la contratación temporal realizada por la Administración que, como válida fórmula legal, se encuentra perfectamente reconocida en Derecho Administrativo y puesta en práctica, si bien la ausencia inicial de referente normativo no ha hecho sino distorsionar la aplicación de los efectos sancionadores de la norma laboral, derivados de la actuación torticera del empresario incumplidor, dando lugar a una figura etérea, de creación jurisprudencial, contemplada pero no definida por el legislador y todavía, hoy por hoy, problemática: el indefinido.

En el EBEP se concreta que, para la celebración de contratos de trabajo fijos, es necesario que los puestos figuren detallados y adscritos al personal laboral en las correspondientes RPT [artículo 15.1.f) de la LRFP], que se encuentren comprendidos en la OEP (artículo 19.1 de la LRFP, y 28 del Real decreto 364/1995), que medie una convocatoria y que se resuelva mediante procedimientos selectivos (artículo 19.1 de la LRFP) por la Administración convocante, tal y como queda plasmado en los artículos 61.7 y 74 del EBEP.

*A contrario sensu*, estos requisitos podrán no concurrir en la celebración de contratos temporales, pero sí deberán seguirse las normas administrativas específicas de selección y las normas laborales sobre tipología contractual y, especialmente, deberá tratarse de puestos de trabajo previstos para cubrir necesidades temporales.

El problema de la contratación temporal es cuando la misma se vuelve patológica por una suerte de perversión en el cumplimiento de los requisitos o de los plazos previstos por la legalidad vigente, de forma que llegado el contrato a término éste no se resuelve. Estas peculiaridades se acentúan ante la circunstancia de que si bien está prevista la contratación laboral temporal del empleador público, no se contemplan soluciones a los incumplimientos de la Administración, surgiendo a partir de ahí la necesidad de recurrir a las previsiones del Derecho del Trabajo en donde la ecuación es clara: fraude de

ley en la contratación temporal significa deriva automática en transformación del contrato en fijo (artículo 15 ET).

Así pues, la dificultad de conjugar la garantía de cumplimiento de los principios generales de acceso al empleo público (artículos 14 CE y 55 EBEP) con la consecuencia jurídico laboral de protección del derecho al trabajo (artículo 35 CE) mediante el reconocimiento de fijeza de todo contrato temporal fraudulento (art. 15 del ET), unido a la falta de regulación normativa pública, ha determinado la necesidad de intervención, continuada en el tiempo, de la jurisprudencia incluso más allá de la publicación en 2007 del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>533</sup>.

Y es precisamente de la mano de la jurisprudencia de donde surge la figura del indefinido, que “no fijo”. Si esta figura abarca aquellas contrataciones de la Administración que adolecen de alguna disfunción o alteración en su formalización<sup>534</sup>, estaríamos aludiendo no solo a la concatenación fraudulenta de contratos temporales, que exceden de los plazos legales o a la celebración de contratos temporales sin causa por realizar siempre labores permanentes, normales y constantes de la Administración que desnaturalizan la relación temporal (y que estaba en el origen de las primeras sentencias judiciales sobre la materia), sino también a otras situaciones como la contratación irregular por no respetar los principios de acceso (requisitos que no se comparten con el derecho privado), quedando en la duda supuestos como la cesión ilegal de trabajadores<sup>535</sup> o la subrogación ex artículo 44 del ET respecto de los contratos de aquellos trabajadores que no siendo temporales y no existiendo fraude, no

---

<sup>533</sup> Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo público.....”, op.cit., pp. 182 y 190, expresa que en los casos de ilicitud del procedimiento de selección el derecho de los ciudadanos al acceso en condiciones de igualdad al empleo público prevalece sobre la estabilidad en el empleo como manifestación del derecho constitucional al trabajo laboral y apuesta por la nulidad de la contratación cuando se dan estas circunstancias.

<sup>534</sup> Fabregat Monfort, G., “Introducción al derecho laboral en el empleo público”, Editorial Bomarzo, Primera edición, Albacete 2014, pp. 27 y 28.

<sup>535</sup> Véase SSTs (UD) de 17 de enero de 2002, de 17 de septiembre de 2002; también las SSTs de 11 de diciembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, de 28 de octubre de 2003, de 11 de noviembre de 2003, en las que el Alto Tribunal advierte que si la declaración de cesión ilegal se produce como consecuencia de la responsabilidad de la Administración, el trabajador adquirirá la condición de indefinido no fijo de plantilla. También STS de 30 de junio de 2009, de 13 de julio de 2009, de 23 de abril de 2009.

podrían, *a priori*, ser fijos atendiendo a una interpretación jurisprudencial estricta de las normas de la Función Pública y sobre lo que en un momento posterior de este trabajo se abundará.

### 3.1. El origen de la figura del indefinido “no fijo” o “indeterino” y la problemática de su definición.

En Derecho Laboral se admite sin reservas que las contrataciones temporales que no se ajustan al ordenamiento jurídico (exceder límites temporales, no observar forma escrita cuando sea preceptivo o no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social, entre otros) se presumen *iuris et de iure* indefinidas por la *vis atractiva* que ejerce la contratación fija<sup>536</sup>.

Ahora bien, y a pesar de que legalmente no se prevé ninguna excepción expresa para el empleo público, cuando el trabajador laboral con contrato temporal que presta sus servicios en la Administración ve cómo su vínculo jurídico incurre en alguna forma de irregularidad, se crea un espacio intermedio en esa línea divisoria entre temporal y fijo para cuya denominación la práctica jurídica ha echado mano del término “indefinido” que, a falta de definición por el legislador, es un producto jurisprudencial en evolución constante lleno de connotaciones poco precisas. Así, el concepto de indefinido a que se refiere la división tripartita del EBEP va en la línea de aludir a un empleado público laboral temporal que accederá a la Administración por los sistemas aceptados jurídicamente para las contrataciones a término y con los requisitos legalmente establecidos para aquéllas, pero que durante el transcurso de la relación laboral, debido al mal hacer del empleador público se queda petrificado en un estadio intermedio que no le permite ser fijo ni, en puridad, el trabajador temporal original que era.

---

<sup>536</sup> Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit., pp. 192 y 193.

Vaya por delante que, cualquiera que se acerque al estudio de esta figura jurídica, se enfrenta a un “gigante” instalado en nuestro derecho, de dimensiones abstractas, problemático e inestable.

En origen, esta figura obedece a la necesidad de brindar una solución al problema surgido por la aparente contradicción que existe cuando se examinan las consecuencias de que un empleador, de naturaleza pública, haya incumplido las reglas sobre contratación temporal privada, impidiendo que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla<sup>537</sup>; solución que, como se verá en el Capítulo Cuarto, se revela ineficaz como mecanismo de sanción del «abuso» ante las dificultades para implantar la conversión en indefinido, tal y como se concibe en el Derecho del Trabajo, de las personas trabajadoras temporales con relación laboral fraudulenta, irregular o simplemente de larga duración, más allá de los límites legales, que prestan servicios en la Administración<sup>538</sup>.

Combinar principios generales de nuestro Derecho Administrativo inspirados en el dogma *pro administración* con normas *pro operario* sobre estabilidad en el empleo propias del Derecho Laboral, representa un reto jurídico de difícil equilibrio por cuanto no siempre se deberá presuponer que impera el sacrificio de la estabilidad en el trabajo del empleado público laboral.

El Derecho del Trabajo defiende la estabilidad del trabajador frente a actuaciones que, abusando de una situación de prevalencia del empleador público, tratan de imponer una temporalidad no justificada o una cesión ilegal, mientras que el Derecho Administrativo establece unos sistemas selectivos para adquirir la condición de personal laboral con carácter fijo que deben garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (art. 14 CE) y que, al objetivar el

---

<sup>537</sup> En palabras de Sempere Navarro, A.V., “Indefinidos no fijos: balance y aplicación en sociedades mercantiles al hilo de la STSS-SOC de junio de 2020” [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo, Editorial Aranzadi, núm. 233, julio 2020. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas; asimismo, Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 148 a 151.

<sup>538</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal...” [en línea], op.cit., p. 32.

reclutamiento de los mismos a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la imparcialidad y eficacia en la actuación de las Administraciones<sup>539</sup>. Esto hace que, aparentemente, esa pretendida estabilidad del Derecho del Trabajo case mal con el interés general y los principios de mérito y capacidad que debe preservar el Derecho Administrativo en el ámbito de la Función Pública<sup>540</sup>; y decimos *aparentemente* porque conviene no olvidar, como nos recuerda la más autorizada doctrina<sup>541</sup>, que tan legales son las normas laborales (art. 15 ET) como las administrativas (art. 55 EBEP).

Estas contradicciones son las que llevan a crear una distinción *no muy ortodoxa*<sup>542</sup> entre lo que ha de entenderse por trabajador fijo y por trabajador indefinido en el marco jurídico de la Administración, dando un significado a la palabra «indefinido» diferente de lo que siempre se ha considerado por la doctrina científica en el campo del Derecho del Trabajo.

Desdentado Bonete<sup>543</sup> ha calificado «*la invención del indefinido “no fijo”*»<sup>544</sup>, como un término provocador que envuelve una curiosa oposición dialéctica.

Molina Navarrete<sup>545</sup> afirma que se trata de una figura que resulta en sí misma una anomalía jurídica organizativamente poco o nada útil, más bien todo

---

<sup>539</sup> STS de 20 de enero de 1998; asimismo, Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público” [en línea], Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 442 (enero 2020), p. 26. Disponible en: [file:///C:/Users/E203NA/Downloads/articulo\\_2163\\_442\\_enero\\_2020.pdf](file:///C:/Users/E203NA/Downloads/articulo_2163_442_enero_2020.pdf)

<sup>540</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público...”, op.cit., p. 7.

<sup>541</sup> Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete, C., “Clases de personal...”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, op.cit., p. 173; Martínez Abascal, V. A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública” [en línea], Documentación Laboral, núm. 106, año 2016, Vol. I, pp. 64 a 69. Disponible en: [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N106/04%20El%20contrato%20indefinido%20no%20fijo%20\(Mart%C3%ADnez%20Abascal\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N106/04%20El%20contrato%20indefinido%20no%20fijo%20(Mart%C3%ADnez%20Abascal).pdf)

<sup>542</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral...”, op.cit., p. 194.

<sup>543</sup> Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos...” [en línea], op.cit.

<sup>544</sup> Sobre la calificación de la figura como «una invención» judicial, vid. Monero Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., «La indemnización del indefinido no fijo y el nuevo quantum indemnizatorio» [en línea], Trabajo y Derecho, nº 37 /2018. Disponible en: Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca.

lo contrario, al recogerla como una categoría específica dentro del personal laboral de las Administraciones públicas pero sin aportar un régimen específico, pues seguramente es imposible hacerlo de forma razonable, lo que contribuye de modo decisivo a la situación de caos e irracionalidad existente al respecto. Por ello se afirma que nos enfrentamos a una confusa categoría de trabajadores de la que no se encuentra referente en otras ramas de nuestro Derecho.

Cavas Martínez<sup>546</sup> califica esta construcción del trabajador indefinido “no fijo” de plantilla como «*un oxímoron*»<sup>547</sup> *con origen en la jurisprudencia y que solo de forma incompleta e imperfecta ha tenido plasmación normativa en el Estatuto Básico del Empleo Público. En estas situaciones, el principio de estabilidad en empleo que forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo pierde fuerza cuando se aplica en las Administraciones Públicas para dar satisfacción a las exigencias constitucionales sobre acceso a un empleo público».*

---

<sup>545</sup> Molina Navarrete, C., “Reforma Laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿<cesantía> o <despido objetivo>?” [en línea], Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9/2014, p. 15. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>. Este autor continúa su crítica afirmando que “*Baste para verificar este lamentable estado de cosas las vicisitudes que están sufriendo los empleados de los entes instrumentales de múltiples CCAA que han iniciado procesos de reestructuración basados en la integración de aquéllos en los organismos de estas AAPP territoriales. Su situación jurídica es de una extraordinaria complejidad. De ahí que estén dando lugar a una extremada litigiosidad, por las tensiones generadas entre el personal laboral «interno», funcionarial y laboral, y el que se entiende como personal «laboral externo», pero ahora «integrado» por Ley -no por sentencias judiciales- de reestructuración y por el juego del artículo 44 ET (RCL 1995, 997) y la Directiva Comunitaria que traspone. Aunque a día de hoy nadie sabe a ciencia cierta cuál es su régimen jurídico, el TS, en la Sala Contencioso-Administrativo SS Sección 7ª, 25 de marzo (RJ 2013, 3225) y 2 octubre 2013 (RJ 2013, 6602)-, no la social, de momento, ha venido confirmando, en contra de lo sostenido, equivocadamente sin duda, por múltiples doctrinas de suplicación, que mantienen su condición de «empleados públicos»*”.

<sup>546</sup> Cavas Martínez, F., “El empleo temporal irregular.....”, op.cit., p. 2.

<sup>547</sup> La STSJ Valladolid, de 11 de junio de 2018 acoge este término calificando la figura como «Un oxímoron», como expresión contradictoria en sus propios términos, de «naturaleza intrínsecamente patológica»; asimismo, vid. Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete, C. “Clases de personal....” en *El Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., p. 173, quienes definen esta figura como «un engendro jurisprudencial, que no nace de la razón jurídica, sino de la sinrazón y del privilegio administrativo».

Como acertadamente señala Vallecillo G3mez<sup>548</sup>, «*tan estramb3tica es esta figura que ha recibido las m3s llamativas denominaciones, a cual m3s expresiva del estado de asombro y confusi3n que genera: "indeterinos"<sup>549</sup>, "interinos indefinidos", "indefinidos temporales"*»<sup>550</sup>. Parece como si la contradicci3n sobre la que se construye esta figura se revelara para el trabajador como una «maldici3n» en su devenir profesional, de modo que la conquista del calificativo de «indefinido», que le har3a part3cipe del disfrute de pr3cticamente todos los derechos y condiciones laborales del Estatuto de los Trabajadores, se encontrar3a con notables desmentidos ante la cancela de «no fijo», pudiendo m3s la negatividad administrativa que la positividad laboral<sup>551</sup>.

Este concepto no es m3s que el fr3gil producto de una larga evoluci3n de la doctrina del Tribunal Supremo, tratando de superar un problema aparentemente insoluble y an3malo<sup>552</sup> como es el del mantenimiento del empleo y el acatamiento riguroso de la Constituci3n; el del adecuado castigo a los abusos cometidos por las Administraciones p3blicas respetando al mismo tiempo las garant3as de igualdad, publicidad, m3rito y capacidad en el acceso al empleo p3blico.

La figura jur3dica del indefinido "no fijo" en las Administraciones P3blicas, por actuaciones jur3dicamente irregulares de las mismas, constituye en s3 una

---

<sup>548</sup> Vallecillo G3mez, M.R., "El personal «Indefinido no fijo» y el principio comunitario de igualdad y no discriminaci3n: entre tradici3n y renovaci3n" [en l3nea], RTSS. CEF, n3m. 404, noviembre 2016, p. 19. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/2214/1842>

<sup>549</sup> En relaci3n con el t3rmino "indeterino", la Sentencia n3m. 19/2013 de 16 enero, del TSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Secci3n 1) manifiesta que «*La garant3a de los derechos del personal laboral se vincula a la naturaleza de su v3nculo, de manera que los recurrentes participan de la figura de creaci3n jurisprudencial del "indefinido pero no fijo", esto es, personas que no tienen v3nculo de fijeza o permanencia en la plantilla pero que tampoco tienen asociado un t3rmino de extinci3n de su relaci3n. De ah3 que la pretensi3n de equiparaci3n de tal relaci3n laboral, doctrinalmente calificada con la expresiva denominaci3n de " indeterinos" con la del personal laboral indefinido y fijo, ha de aceptarse en cuanto al bloque derechos y deberes pero con la sola exclusi3n de su distinta posici3n en cuanto a la eventual resoluci3n de sus contratos*».

<sup>550</sup> Expresi3n empleada en la STS de 27 de mayo de 2002.

<sup>551</sup> En opini3n de Vallecillo G3mez, M.R., "El personal «indefinido...»", op.cit., p. 20.

<sup>552</sup> Como manifiesta Mi3arro Yanini, M., "Empleo p3blico y contratos de "indeterinos": De la azarosa racionalizaci3n judicial a la continua confusi3n legal" [en l3nea], Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, n3m. 384, marzo 2015, p. 19. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/2576/2194>.

extraña figura que ha tratado de escapar a la lógica específica del Derecho del Trabajo creando una categoría jurídica contractual (y de tipo de trabajador) situada en un espacio vacío de intersección entre el trabajador fijo y el trabajador temporal<sup>553</sup>.

Una visión más amable considera esta figura como aquella reservada a *«empleados públicos que prestan sus servicios en entidades administrativas o estrictamente jurídico-públicas, bajo el régimen propio del contrato de trabajo, y a la que se accede normalmente como consecuencia de la detección de alguna irregularidad en la forma o en la causa que da inicio a la relación de servicios, aunque también puede surgir como consecuencia de su no cesación en tiempo e, incluso, con ocasión de vicisitudes varias como las que representan la subcontratación de obras y servicios, la cesión ilegal y hasta la sucesión empresarial»*<sup>554</sup>.

En nuestra opinión, y como ya se ha avanzado, no todas las causas acabadas de relacionar dan lugar al indefinido “no fijo”. Esta figura jurisprudencial nació para dar una solución pragmática a una confrontación de principios y ha terminado siendo una rudimentaria construcción jurídica que utilizando una terminología ambigua y contradictoria no ha conseguido el objetivo de equilibrar el derecho constitucional específico al trabajo del artículo 35.1 de la CE del que forma parte el reconocimiento de estabilidad del artículo 15 del ET, con el principio constitucional general de igualdad en la ley del artículo 14 de la CE y su particular reflejo en los principios legales para el acceso al empleo público del artículo 55 del EBEP. En consecuencia, el producto final es que el trabajador tras su paso por el dictamen judicial deja de ser un «empleado público temporal en fraude de ley» para convertirse en un

---

<sup>553</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales...”, op.cit., p. 28; VV.AA., “Manual de Derecho Administrativo...”, op.cit., p. 213.

<sup>554</sup> De Soto Rioja, S., “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras ‘casi’ tres años desde su reforma” en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (coord.), 2015, p. 142.



«empleado público temporal reforzado de carácter prolongado» lo que, en ningún caso, le hace ganar en estabilidad.

3.2. Recorrido por la creación de la figura jurisprudencial: contradicciones, aclaraciones y matizaciones doctrinales. Una visión crítica.

a) Primera etapa: “interinos de hecho”.

Con anterioridad a la norma del Estatuto Básico del Empleado Público y ante la ausencia de regulación normativa específica, el Estatuto de los Trabajadores ha tenido carácter vinculante para la Administración cuando ha actuado como empleador sujeto a las normas de Derecho privado. Sin embargo, esta vinculación no siempre ha sido directa por cuanto el Tribunal Constitucional, en su sentencia 858/1988, de 4 de julio, matizaba que *«la contratación de personal laboral por las Administración Pública no puede verse sujeta, por imperativo del art.14 de la Constitución Española, a las mismas reglas que la contratación entre particulares (...) pues tal carácter de Administración Pública es, por sí mismo, factor de diferenciación relevante en atención precisamente a otros mandatos constitucionales (arts. 23.2 y 103.3)»*.

Así, en un primer momento, el Tribunal Supremo niega la adquisición del carácter fijo de la relación laboral temporal irregular y en su sentencia núm. 1246, de 27 de noviembre de 1989, declara que siguiendo la doctrina de la Sala:

*«las irregularidades en que puedan incurrir las Administraciones Públicas en la contratación temporal de personal a su servicio no pueden determinar, por la simple inobservancia de alguna de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, que, (...) , debe proveerse con arreglo a un sistema basado en los principios de mérito y capacidad como garantía del derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, según*

establece el art. 23.2.º del propio texto constitucional» (Fdo. Dº segundo).

Por ello, sentencias como las de 7 febrero, 24 de abril y 18 de julio de 1990 del Tribunal Supremo comienzan a utilizar una novedosa terminología como la de “interinos de hecho”<sup>555</sup> para justificar y concretar que:

*«la irregularidad en la modalidad contractual temporal aplicada no debe determinar la transformación del contrato en indefinido, pero que esa contratación irregular pone normalmente de relieve que existe un puesto de trabajo laboral cuya provisión no ha sido objeto de cobertura reglamentaria y, en consecuencia, el contrato temporal se orienta en realidad a la finalidad de permitir, también con carácter temporal, el desempeño de esa plaza hasta que pueda cubrirse de forma definitiva, en lo que puede calificarse como interinidad de hecho».*

b) Segunda etapa: estabilidad del trabajador en el empleo público.

La nueva doctrina surgida a partir de las sentencias de 18 de marzo de 1991 y 6 de mayo de 1992<sup>556</sup>, supone un cambio cualitativo en cuanto a la vinculación de la Administración a la normativa laboral y reconoce la aplicación en todos sus extremos del artículo 15 ET a los entes públicos.

En la primera de ellas se afirma que *«Las Administraciones Públicas, cuando actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo temporales no están exentas de atenerse y tienen que respetar la normativa general, coyuntural y sectorial que regula esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo, otra opción chocaría con el principio constitucional de legalidad»* por lo que la fijeza puede alcanzarse sin que ello permita cambiar la naturaleza de la

---

<sup>555</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción” [en línea], IUSLabor 3/2017, p. 163. Disponible en: [https://www.academia.edu/35566389/BELTRAN I. 2017 . Indefinidos no fijos naturaleza jur%C3%A1dica reconocimiento y extinci%C3%B3n.Iuslabor n%C3%BAm. 3](https://www.academia.edu/35566389/BELTRAN_I._2017_.Indefinidos_no_fijos_naturaleza_jur%C3%A1dica_reconocimiento_y_extinci%C3%B3n.Iuslabor_n%C3%BAm._3); para un estudio de las oscilaciones de la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo vid. Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit., pp. 195 a 200.

<sup>556</sup> Asimismo, la STS de 18 de enero de 1991 y las SSTS 27 enero 1992 y 23 octubre 1992.

relación que en ningún caso se convertirá en funcionarial. El Tribunal Supremo estableció que las Administraciones Públicas estaban plenamente sometidas a los límites que la legislación laboral establecía sobre la contratación temporal y que las infracciones de esa legislación determinaban el reconocimiento del carácter fijo del vínculo contractual.

En la segunda se reconoce que la Administración, si se desenvuelve en el ámbito de la contratación laboral, debe someterse «*con el mayor rigor posible*» a las normas reguladoras del contrato de trabajo, lo contrario atentaría «*al interés, jurídicamente protegible, de seguridad en el empleo del trabajador*» que es contratado para la atención de tareas o servicios públicos. Se establecía, por tanto, como bien jurídico protegido la estabilidad en el empleo garantizando la seguridad jurídica que proclama el artículo 9.3 CE y que, necesariamente, vincula a la Administración.

No obstante, no tardó en considerarse que la aplicación de este precepto del Estatuto de los Trabajadores hacía tambalear los cimientos del Derecho Administrativo debido a que la primacía de la estabilidad en el empleo, que no es un principio reconocido como tal en la Constitución pero sí forma parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo (art. 35 CE), podía desplazar otros principios igualmente constitucionales.

c) Tercera etapa: creación jurisprudencial del indefinido “no fijo”.

Con estos antecedentes, la creación jurisprudencial del indefinido “no fijo” surge, en la segunda mitad de los años 90, como consecuencia de la irregularidad en la contratación temporal por parte de la Administración y de la necesidad de conjugar, por un lado, la posición subjetiva que alcanza el trabajador con respecto a su empleador incumplidor, que será la de un trabajador “no fijo” con, por otro lado, la duración de la relación que queda referida objetivamente al vínculo contractual que le une al mismo, que será “indefinida”.

Se produce un giro jurisprudencial calificado por la doctrina como «*absolutamente ilógico por caer en el extremo opuesto (...), una auténtica puerta abierta para que la Administración cometa toda suerte de irregularidades en la contratación con una absoluta desprotección para el trabajador*»<sup>557</sup>.

De esta forma aparece en escena esta figura enigmática de contrato indefinido de carácter temporal próxima al contrato temporal de duración incierta, en términos similares al contrato de interinidad por vacante, porque ambos están sujetos a extinción, pero no iguales dada la distinta naturaleza causal que ostentan.

Un galimatías desde el punto vista de la técnica jurídica, valga la expresión, porque aunque al trabajador con contrato temporal al que se le prolonga la relación de empleo se le considere con «contrato indefinido», no consolida la situación de *fijeza*, que sólo puede alcanzarse mediante los correspondientes procedimientos selectivos<sup>558</sup> por lo que, dando prevalencia a la norma específica administrativa de selección de personal, se hace el esfuerzo por otorgar apariencia de estabilidad a algo que finalmente se concluye como temporal, escindiendo el aspecto subjetivo del aspecto objetivo del contrato de trabajo cuando siempre se había considerado como un todo indivisible: el trabajador y el contrato que le une a su empleador deberían gozar de la misma naturaleza jurídica.

Esta distorsión semántica de indefinido y no fijo así como la diferente categorización de los elementos objetivo y subjetivo del contrato dificulta su asimilación jurídica que no permite entender cómo es posible que el trabajador continúe siendo temporal y el vínculo indefinido cuando es evidente que si se toma en consideración que el vínculo también queda sujeto a término, si bien incierto, es que hay previsión de extinción y, por tanto, hay temporalidad; es más, no se trata solo de una previsión sino de la obligación de convocar la

---

<sup>557</sup> Blasco Pellicer, C. y Alfonso Mellado, C. "Especialidades procesales....." [en línea], op.cit.

<sup>558</sup> Treviño Pascual M., "El trabajador indefinido....", op.cit., p. 473; Sempere Navarro, A.V., "La creación jurisprudencial...." en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 149.

plaza que se ocupa con carácter indefinido o amortizarla, por lo que es un hecho cierto que la extinción habrá de llegar.

Así, continuando con el devenir jurisprudencial, como consecuencia de la dificultad de dibujar un juego pacífico entre la estabilidad en el puesto de trabajo y los ya aludidos principios de acceso al empleo público, y ante la ausencia de regulación, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entra en el debate y elabora una doctrina para los supuestos de contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones Públicas y se emplea a fondo en intentar definir una parcela concreta ante la falta de definición legal y la inseguridad jurídica reinante en el momento.

Con la STS de 7 de octubre de 1996 es cuando se produce uno de los primeros pronunciamientos judiciales por los que, en esencia, surge el personal indefinido caracterizado por tener naturaleza de personal temporal y por estar limitada la vigencia de su contratación hasta la cobertura reglamentaria de la plaza o hasta la amortización por decisión de la Administración empleadora. Es decir, se reconoce el carácter indefinido del contrato, con lo que no queda afectada *«la calificación de la modalidad de contrato de trabajo según su duración»*<sup>559</sup>, pero sin atribuir al trabajador el carácter de fijo o de plantilla, quedando afectada, ahora sí, *«la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública»*<sup>560</sup>.

En esta sentencia, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, declara en su Fundamento de Derecho 2º, que *«la contratación en la Administración pública al margen de un sistema adecuado de ponderación de mérito y capacidad impide equiparar a los demandantes a trabajadores fijos de plantilla, condición ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, sin perjuicio de su contratación, en su caso, como trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido»*, por ello, estima parcialmente el recurso de suplicación, *«revocando la sentencia de instancia en cuanto*

---

<sup>559</sup> Literal de la sentencia.

<sup>560</sup> Literal de la sentencia.

*declara que los trabajadores demandantes tienen la condición de fijos de plantilla sustituyendo tal pronunciamiento por el de declaración de que la relación contractual de trabajo (...) es de carácter indefinido» (Fdo. Dº Tercero).*

Entiende la doctrina jurisprudencial que los mecanismos tradicionales de nuestro Derecho del Trabajo de protección del trabajador ante actuaciones fraudulentas del empleador, que prevén la conversión de un contrato temporal en un vínculo laboral de duración indefinida, entran en contradicción con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3 CE), que inspiran el proceso de contratación del personal por las Administraciones Públicas. Contradicción ésta que, finalmente, se resuelve creando una distinción entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos, que “no fijos”, que confirma la primacía de aquellos principios constitucionales sobre los mecanismos presuntivos derivados del principio de estabilidad en el empleo<sup>561</sup>. Aspecto este último sobre el que conviene volver para recordar la puntualización del Tribunal Constitucional de que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad del artículo 23.2 CE, se exige para la cobertura de plazas de los cuerpos y escalas de funcionarios, pero no para las que se cubren mediante contrataciones laborales<sup>562</sup>; por tanto, ya no se trata de priorizar los principios constitucionales sobre las normas laborales, sino que se trata de hallar los razonamientos que justifiquen la preferencia por las normas administrativas que exigen el respeto de estos principios rectores frente al principio de estabilidad que propugna la legislación laboral en el artículo 15 ET o, si se prefiere, de buscar el equilibrio entre el derecho a la igualdad en la ley de todos los españoles del artículo 14 CE, que es un derecho transversal que se encuentra en todas las declaraciones internacionales de derechos, y el derecho al trabajo del artículo 35 CE, del que el Tribunal Constitucional ha dictaminado que *«(...) no se agota en la libertad de trabajar, supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, (...). En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los*

---

<sup>561</sup> VV.AA., “Las modalidades de contratación...”, op.cit., p. 199.

<sup>562</sup> Mauri Majos, J., “Consecuencias de la...” [en línea], op.cit., p. 107.

*requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una causa justa<sup>563</sup>».*

Si se avanza en la jurisprudencia surgida para la configuración del contrato indefinido “no fijo” de plantilla, este conflicto de intereses queda reflejado en la STS de 20 de enero de 1998 en la que, en atención a la normativa de acceso al empleo público, que se mantiene actualmente en el EBEP, se afirma que las Administraciones Públicas:

*«ostentan una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público, [...] en esta materia juegan normas de distintos ordenamientos -el laboral y el administrativo- que han de ser objeto de una interpretación integradora en ocasiones difícil, ya que las disposiciones en concurrencia obedecen a objetivos y principios inspiradores distintos e incluso contradictorios. El ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente*

---

<sup>563</sup> STC núm. 22/1981, de 2 de junio y SSTC núm. 109/2003, de 5 de junio y núm. 192/2003, de 27 de octubre.

*un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación del empresario, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional y de ahí que las normas sobre acceso al empleo público tengan carácter imperativo debiendo sancionarse adecuadamente su inobservancia, pues el efecto que la ley impone cuando se contraviene una prohibición de contratar o se contrata vulnerando una norma esencial de procedimiento no puede ser la adquisición de la fijeza y esta consecuencia no querida por la ley no puede producirse, porque también se haya infringido una norma laboral. Ante la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas y a los intereses que con aquélla se tutelan».*

Así pues, de lo anterior se desprende que no cabe la declaración de fijeza por varias razones, a saber, porque la contratación laboral es limitada dado que el régimen funcional es la regla general y porque además de los principios constitucionales también se da confrontación a nivel de principios legales puesto que se produce el choque entre el derecho a la estabilidad en el empleo del derecho laboral y los principios establecidos en la norma administrativa con el mismo rango de ley pero a los que se les dota de una mayor relevancia por el bien jurídico protegido: la imparcialidad en la prestación del servicio público (que protege un interés público) en detrimento de la estabilidad del trabajador (que representa un interés privado). Y esto último no es una cuestión menor si se tiene en cuenta la importancia que de estas interpretaciones se deriva a los efectos de buscar la sanción adecuada a los incumplimientos de la Administración.

En atención a todo ello, el Tribunal Supremo procede a dar las pautas para efectuar la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla, de suerte que:

*«el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un*



*término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado (...), está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».*

La irrupción del indefinido “no fijo” nace, no obstante, sin unanimidad como se refleja en el Voto Particular de esta sentencia de 1998, sustentado nada menos que por cinco Magistrados, que *«aboga por la vuelta a la doctrina contenida en la sentencia de 18 de marzo de 1991, esto es, a la que postula la adquisición de la fijeza»<sup>564</sup>*, por cuanto *«el art. 103 de la Constitución no impide, en virtud del principio de legalidad que proclama el art. 9.3 de la misma, que la Administración Pública quede sometida a las normas propias del Derecho del Trabajo cuando actúa como empresario laboral»<sup>565</sup>*. En este sentido, y en virtud de ese principio jurídico del artículo 9.3 CE, los poderes públicos han de actuar con sometimiento a la ley y al derecho y, por tanto, al imperativo del artículo 15 ET.

A pesar de este Voto Particular, la doctrina del TS se confirma con su sentencia de 27 de mayo de 2002<sup>566</sup> en la que se consolida *«la figura del contrato de trabajo temporalmente indefinido...»* mediante la cual la Sala

---

<sup>564</sup> Hierro Hierro, F.J., “El cuento de nunca acabar: la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas” [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (Dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (Coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021, p. 493. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218).

<sup>565</sup> Voto Particular, apartado SEGUNDO a), de la STS de 20 de enero de 1998.

<sup>566</sup> También, STS de 26 junio de 2003. Vid. Muñoz Molina, J., “Derecho a participar en los procesos de promoción y reclasificación profesional del personal indefinido” [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 198/2017 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017. Disponible en: Disponible en: Aranzadi Proview Revistas, este autor abunda sobre rectificación del Tribunal Supremo en STS (Sala General) de 24 de junio de 2014, al entender que la simple amortización de la plaza, ocupada por un trabajador indefinido no fijo o por uno con un contrato de interinidad por vacante, no justifica la extinción de los contratos, sino que debe seguirse el procedimiento establecido para el despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo previsto en los artículos 51 y 52 c) ET.

acomoda los mencionados principios de acceso al empleo público con el mantenimiento y defensa de los justos límites y requisitos de la contratación temporal.

Ni rastro del principio de estabilidad defendido por el Estatuto de los Trabajadores, con lo que la tensión entre el Derecho Laboral, en el que se prima el derecho al trabajo (art. 35 CE) y la estabilidad en el empleo (art. 15 ET), y el Derecho Administrativo que se basa en la eficiencia y la contratación con arreglo a los requisitos de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad (artículos 14 CE y 55 EBEP), se hace evidente<sup>567</sup>.

La aplastante contradicción lingüística que la utilización conjunta de los términos temporalmente-indefinido conlleva y que trata de explicar el propio Tribunal supone que, en última instancia, por un lado, el contrato finalmente quede sujeto a vencimiento ante la obligación de proveer la plaza por los cauces reglamentarios, con lo que el trabajador no gana en estabilidad, se le mantiene en situación de precariedad y, por ende, se vacía de contenido la eficacia del artículo 15 ET en la esfera pública, y que, por otro, surja una causa de extinción del contrato que hay que acomodar a las previstas en el artículo 49 ET y que el Tribunal concluye que debe ser la enunciada genéricamente «*por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores*»<sup>568</sup>. Con esta aseveración el Alto Tribunal declara la ineficacia legal de la cláusula de temporalidad del artículo 49.1 c), por contraria al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, al que está sujeta también la Administración Pública, para sustituirla por otra causa de extinción del contrato cual es la del artículo 49.1 b) ET «*por las causas consignadas válidamente en el contrato*» (Fdo. D<sup>o</sup> Cuarto)<sup>569</sup>.

---

<sup>567</sup> Monereo Pérez, J.L., "Aspectos laborales...", op.cit., p. 20.

<sup>568</sup> Artículo 49.1 b) ET "Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario".

<sup>569</sup> Valverde Asencio, A. J., "La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública" [en línea], Temas Laborales 86/2006, pp. 219 y 220. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2159659>.

Ahora bien, si lo que se sustituye es una causa de terminación de un contrato prevista en el artículo 49.1 c) ET por otra causa que obligatoriamente también habrá de llegar y que se encuentra recogida en el artículo 49.1 b) ET, difícilmente se cumple con el mandato del artículo 15 ET que señala que «*[l]as personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas*».

De suyo, la figura de personal indefinido “no fijo” muestra su fragilidad por la propia redacción del artículo 15 ET que utiliza indistintamente los términos indefinido/fijo para un mismo concepto en Derecho privado por lo que, ya desde el origen, hay una ausencia de cobertura normativa en relación con la distinción entre fijos e indefinidos. Pero es que, incluso, en la conformación de esta “criatura” jurisprudencial se llega a crear una causa extintiva del contrato de trabajo *ex novo*, en el sentido de que el artículo 49 ET establece las causas tasadas de extinción contractual entre las que no se incluye ni la cobertura reglamentaria de una plaza ni la amortización de la misma ni los mencionados motivos encuentran un nexo causal fácilmente reconducible a alguno de los supuestos previstos en aquél<sup>570</sup>.

La causa regulada en su letra b) implica que ese efecto extintivo quede supeditado o condicionado al acaecimiento de la condición de que se trate, esto es, a la concurrencia de una condición resolutoria que tiene su origen en la autonomía de la voluntad (art. 1113 y siguientes del Código Civil)<sup>571</sup>, que se

---

<sup>570</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal” [en línea], Tirant lo Blanch, Valencia 2020, p. 20. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant; asimismo, López Gómez, J.M., “La relación laboral especial...”, op.cit., p. 197, considera que *para la doctrina jurisprudencial mayoritaria ello no es óbice porque esa cláusula que hace depender la vigencia del contrato a que la plaza se ocupe a través del correspondiente procedimiento público debió estamparse en el contrato por mandato legal, de forma que cuando una sentencia judicial firme aplica a un contrato de trabajo la doctrina jurisprudencial señalada, está cumpliendo con lo previsto en el art. 9 del ET, declarando la nulidad parcial del contrato aparentemente temporal, pues al considerar la ineficacia legal de la cláusula de temporalidad, sustituye dicha cláusula por otra causa de extinción del contrato.*

<sup>571</sup> Vid. voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002 que formula el Magistrado D. Antonio Martín Valverde a la Sentencia dictada y al que se adhieren los Magistrados D. Gonzalo Moliner Tamborero y D. Bartolomé Ríos Salmerón, que manifiestan su desacuerdo con la ubicación de la causa de extinción, entre las «causas consignadas válidamente en el contrato» -art. 49.1.b) del ET-, y abogan por que la causa relacionada debe de subsumirse en la extinción «por causas objetivas legalmente procedentes» -

define tradicionalmente en el Derecho Civil como el acotamiento, por obra de la voluntad de las partes, del ámbito de vigencia de la relación jurídica y, al mismo tiempo, del negocio constitutivo de la misma, que queda subordinado a la aparición o falta de aparición de un supuesto de hecho que en el momento de la celebración del negocio se presenta o se considera como puramente hipotético.

Así pues, empresario y trabajador pueden establecer las causas por las que el contrato puede ser resuelto pero, para que tales causas vinculen a las partes que las han acordado, será exigible que la causa de resolución venga recogida de manera expresa en el contrato en la forma escrita propia de aquel<sup>572</sup>, lo que combinado con el juego de la regla de irrenunciabilidad de derechos indisponibles que se contiene en el artículo 3.5 ET y la eficacia y validez de la voluntad de los contratantes individuales como fuente de la relación jurídica del artículo 3.1.c) ET, determinará que sea posible consignar en cualquiera de las modalidades de contratación legalmente previstas una condición resolutoria pero que la misma deberá aparecer de forma efectiva. Sin embargo, como apunta Ojeda Avilés<sup>573</sup>, considerar la cobertura de la plaza por el procedimiento reglamentario como una condición resolutoria subsumible en el artículo 49.1.b) ET conlleva plantear un nuevo problema, el de la voluntariedad del cumplimiento de la condición solo por una de las partes del contrato [la Administración] que procederá a la cobertura o amortización de la plaza a su libre albedrío, lo cual determina su ilicitud según el mencionado Código Civil.

---

art. 49.1 l) ET-; Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 134, se adhiere al sentido del voto particular planteado en la sentencia.

<sup>572</sup> Vid. López Balaguer, M., “La extinción del contrato por mutuo acuerdo y por las causas válidamente consignadas en el mismo” [en línea], en *La extinción del contrato de trabajo*, Sala Franco, T. (dir.) y Blasco Pellicer, Á. (coaut.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 24 y 25. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

<sup>573</sup> Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización.....”, op. cit., pp. 38 y 39.

Por ello, siguiendo el razonamiento jurídico de López Gómez<sup>574</sup>, si ya existe una causa legal expresa y específica que contempla la extinción del contrato por amortización del puesto de trabajo subsumible en las extinciones por causas objetivas de los artículos 51 y 52 c) ET, no cabe recurrir al art. 49.1.b) ET porque en ese caso pareciera como si se intentara eludir la regulación legal de extinción de carácter objetivo amparada en la letra l) del art. 49.1 ET «*por causas objetivas legalmente procedentes*».

d) Cuarta etapa: equiparación entre indefinido “no fijo” e interino por vacante.

Para salvar el escollo de la causa extintiva, el Tribunal Supremo<sup>575</sup>, en aquel momento, opta por equiparar el indefinido “no fijo” con el contrato de interinidad por vacante en la Administración, en el que sí aparece la causa de extinción contractual que permitiría a la entidad pública, en el marco de su potestad organizativa, crear y suprimir puestos de trabajo así como amortizar vacantes.

Nos parece del todo interesante traer a colación en este punto las reflexiones del TSJ de Madrid<sup>576</sup> sobre el supuesto de contratación temporal de interinidad por vacante.

Afirma este Tribunal que desde que se aprobara el Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/1980, de 10 de marzo, el artículo 15 de aquel texto legal regulaba los supuestos en los que podían celebrarse contratos de duración determinada, sin que entre los mismos figurase la interinidad por vacante, puesto que el único supuesto de interinidad que contemplaba era

---

<sup>574</sup> López Gómez, J.M., “La relación laboral especial...”, op.cit., p. 200, afirma que no existen diferencias con el sector privado, *existiendo un procedimiento legalmente establecido para la amortización de los puestos de trabajo laborales no puede sostenerse la amortización al margen del mismo*; Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 160, concluye que la decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por un trabajador, sea fijo, temporal o indefinido no fijo, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo.

<sup>575</sup> STS 27/03/2000, STS 14/03/2002 y STS 27/05/2002.

<sup>576</sup> TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia núm. 700/2021, de 21 julio (Fdto. Dº Segundo)

cuando se trataba de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo; siendo el listado del artículo 15 un *numerus clausus* debería concluirse *a priori* que dicha contratación temporal no era posible legalmente; sin embargo, aparece recogida en el artículo 4.1 párrafo 2º del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET, excediendo del mandato de desarrollo legislativo e innovando el ordenamiento con la creación de una figura no prevista en la norma legal. A pesar de ello, el Tribunal Supremo<sup>577</sup> estima que hay que superar la *mera literalidad* del artículo 15 del ET de 1980 y entender que dentro de los supuestos de este precepto se incluye la modalidad de interinidad por vacante. Así, se perfilan dos tipos de contrato de interinidad o una doble modalidad, por sustitución y por vacante; en la primera se sustituye a una persona trabajadora con relación laboral en suspenso y con derecho a reserva del puesto y en la segunda no existe persona definida sino vacante dotada presupuestariamente y en espera de ser cubierta por el procedimiento legalmente previsto<sup>578</sup>.

En este sentido, destaca la Sala del mencionado TSJ de Madrid que esa actuación “cuasi legislativa” del Tribunal Supremo, no ha sido seguida por el legislador en las múltiples ocasiones en las que ha reformado el Estatuto de los Trabajadores desde la redacción original por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, hasta el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que tampoco recogió en su artículo 15.1 la interinidad por vacante<sup>579</sup>; ha sido necesario esperar al Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, para que en el artículo 15.3, párrafo tercero, se recoja legalmente el tipo de contrato temporal de interinidad por vacante reproduciendo casi de forma literal lo dispuesto en vía reglamentaria (art. 4.1 pfo. 2º Real Decreto 2720/1998).

---

<sup>577</sup> Sentencia de 27 de marzo de 1992.

<sup>578</sup> Para un análisis detallado vid. López Gómez, J.M., “La relación laboral especial.....”, op. cit., pp. 203 a 213.

<sup>579</sup> Llegó incluso a plantearse por la opinión científica su desaparición, por carecer de causa justificada para una regulación independiente del contrato único, y mantener solo el contrato de interinidad por sustitución pues las formalidades exigidas en el art. 4 del Real Decreto 2720/1998 impiden el uso abusivo o fraudulento del mismo; vid. Orellana Cano, A.M., “Análisis del alcance de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De Diego Porras). Problemática de la implantación del contrato único en España”, en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, Alonso García, R. (dir.) y Ugartemendia J.I. (dir.), IVAP, Primera edición, Oñati 2018, pp. 81 y 82.

Por tanto, por el Alto Tribunal se han venido equiparando dos figuras contractuales creadas por su propia jurisprudencia y no definidas legalmente: el interino por vacante y el indefinido “no fijo” y que, a pesar de la efectiva recepción del interino por vacante por el legislador en 2021 (que bien podría haber corrido igual suerte el indefinido “no fijo”) tampoco ha mejorado su situación conceptual ya que según establece la Disposición Adicional cuarta, párrafo 3, del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, se podrán suscribir estos contratos en los términos previstos en la Ley 20/2021 que, para sorpresa del jurista, solo regula la normativa aplicable a los funcionarios interinos por vacante con lo que habrá que interpretar, quedadamente, que se hace extensiva al contrato laboral de interinidad por vacante del sector público<sup>580</sup>.

Volviendo a la equiparación del TS entre el interino por vacante y el indefinido “no fijo”, ésta guarda su lógica si anudamos que, por un lado, en el indefinido “no fijo” se crea la ficción jurídica de condicionar el mantenimiento del trabajador en el puesto de trabajo hasta que se articulen los mecanismos para su cobertura reglamentaria y, por otro, en la interinidad por vacante el puesto nace condicionado por ese proceso de cobertura.

Ocurre que en la figura del interino por vacante, la vacante desde el inicio está identificada en la RPT (art. 74 EBEP) de la entidad pública y vinculada a una oferta pública de empleo que habrá que ejecutar en el plazo de 3 años (art. 70 EBEP)<sup>581</sup>, a diferencia del contrato temporal que se transforma en indefinido “no fijo” que surge sin vinculación a una vacante concreta desde el momento en que no hay obligación de incluir en la relación de puestos de trabajo, catálogos, inventarios o plantillas, los puestos ocupados por

---

<sup>580</sup> Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación temporal...”, op.cit., pp. 69 y 70.

<sup>581</sup> La STS de 28 de junio de 2021, rectificó la doctrina jurisprudencial sobre los contratos de interinidad por vacante, de conformidad con la STJUE de 3 de junio de 2021, reconociendo la obligación de cumplir el plazo del artículo 70 EBEP; criterio reiterado por las sentencias del TS de 1 de diciembre de 2021, de 2 de diciembre de 2021 y de 3 de diciembre de 2021.

trabajadores temporales<sup>582</sup>, por lo que para proveer la ocupación definitiva (para lo que tampoco hay plazo concreto) y mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza, que constituye obligación de la Administración, será primero necesario crear la vacante y dotarla presupuestariamente para, posteriormente, pasar a ser ocupada o bien por el trabajador indefinido “no fijo”, si supera el proceso, o bien por una tercera persona lo que, presumiblemente, constituiría el presupuesto de hecho que hace surgir la causa de extinción del contrato, subsumible en el artículo 49.1.l) ET<sup>583</sup>.

Las diferencias entre estas dos figuras se encuentran en la vigencia del contrato y en la extinción del mismo<sup>584</sup> ya que mientras el interino por vacante está vinculado a una OEP que constituyen su causa de temporalidad, el indefinido “no fijo” viene prestando servicios sin causa definida de temporalidad<sup>585</sup>. Asimismo, y en cuanto a la extinción se refiere, el contrato de interinidad no da derecho a indemnización en caso de cobertura o amortización en el plazo legalmente previsto [por aplicación supletoria del artículo 10, apartados 1.a) y 4, EBEP y del art. 49.1 c) ET], lo que se traduce en que si se extingue transcurrido el período de tres años (período de tiempo que como consecuencia del dictamen del TS en su sentencia de 28 de junio de 2021, rectificado conforme a la doctrina del TJUE en sentencia de 3 de junio de 2021, reconoció la obligación de cumplir el plazo del artículo 70 EBEP), el trabajador podrá acudir a la jurisdicción social a los efectos de que declare su carácter

---

<sup>582</sup> Treviño Pascual, M., “El trabajador indefinido....” [en línea], op.cit. p. 474; Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 133.

<sup>583</sup> Vid. Mella Méndez, L., “La reversión de servicios a la Administración Pública”, en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021, p. 435, recuerda que el voto particular de la STS de 27 de mayo de 2002 ya expresó que la extinción contractual por ocupación de la plaza encaja en la extinción *por causas objetivas legalmente procedentes* [art. 49.1.l) ET] y no en el art. 49.1.b) como entendía la Sala.

<sup>584</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido....”, op.cit, p. 79.

<sup>585</sup> Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales....” [en línea], op.cit., p. 22.



fraudulento, si procede, y su condición de indefinido “no fijo”, que sí generará el derecho a la correspondiente indemnización extintiva<sup>586</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha acabado admitiendo estas diferencias relevantes entre en régimen jurídico de los indefinidos “no fijos” y de los interinos por vacante<sup>587</sup> porque reconoce a los primeros el derecho a una compensación económica por amortización como ocurre en la STS de 14 de octubre 2013 que entiende «*aplicable por analogía la indemnización prevista en el citado art. 49.1.c) ET*», de doce días de salario por cada año de servicio y, posteriormente, una indemnización por cobertura reglamentaria de plaza, tal y como recogen las sentencias del TS de 6 de octubre 2015, de 31 de marzo 2015 y de 4 de febrero 2016<sup>588</sup> y que no encuentra reconocida para los interinos por vacante en el caso de cobertura de la plaza. Una indemnización que termina reconduciéndose, primero en la STS de 28 de marzo de 2017<sup>589</sup> y, posteriormente, en la de 28 de marzo de 2019<sup>590</sup>, a la prevista en el artículo 53.1 b) del ET ya que se trata de ceses que no resultan improcedentes, sino ajustados a derecho, por lo que la consecuencia «*del reconocimiento de la indemnización de veinte días deviene automática*»<sup>591</sup>.

Así pues, no hay equiparación mimética entre el indefinido “no fijo” y el interino por vacante, en donde este último está ligado en sentido estricto a un

---

<sup>586</sup> Indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, cuando se extingue una relación laboral indefinida no fija por cobertura reglamentaria de la plaza, en atención a la especial naturaleza de este tipo de relación laboral que trae causa de la irregular contratación temporal del trabajador en fraude de ley, y en analogía con la indemnización prevista para la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas (STS de 28 de marzo de 2017, posteriormente reiterada, entre otras, por las de 12 de mayo de 2017; 9 de mayo de 2017; 31 de marzo de 2022; y 10 de mayo de 2022).

<sup>587</sup> Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/> [Consultado el 19.04.2022]; Pérez Guerrero, M.L., “La relación laboral...” [en línea], op.cit., p. 13.

<sup>588</sup> No obstante, debe tenerse en cuenta que el TJUE, posteriormente, en el caso de *Diego Porras* ha entendido que la indemnización prevista en el art. 49.1.c ET no puede ser calificada como una medida contra el uso abusivo de la contratación temporal (tesis que asumirá posteriormente la STS 13 de marzo de 2019)

<sup>589</sup> TS (Sala de lo Social) Sentencia núm. 257/2017, de 28 de marzo.

<sup>590</sup> TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 261/2019 de 28 de marzo.

<sup>591</sup> También sentencias del TS de 28 de marzo de 2015, de 9 de mayo de 2017 y 12 de mayo de 2020.

proceso de cobertura<sup>592</sup>; y ello se constata en el hecho de que la sentencia del Tribunal Supremo<sup>593</sup> de 28 de enero de 2022 ha afirmado «*que la figura del PINF ha tendido a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del personal fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RPT) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)*».

Por tanto, va de suyo que el hecho de que el legislador no establezca un concepto ni le dote de un régimen jurídico a ese indefinido que surge en el EBEP de 2007 dificulta su encaje legal y obliga a los operadores jurídicos a continuar con su labor hermenéutica. La creación jurisprudencial de la figura del indefinido “no fijo” ha supuesto, de hecho, uno nuevo tipo contractual específico para la Administración Pública que se asimila a una forma de relación temporal con matices indefinidos que le dotarían de un carácter *anfíbológico*<sup>594</sup>, temporal para algunas cosas e indefinido para otras. Como se ha dicho, por un lado estaría la duración del contrato, que sería indefinida (o fija según la calificación indistinta del ET), no sujeta a término, y por otro, la posición subjetiva del trabajador con la Administración, que sería no fija<sup>595</sup> por no haber superado un proceso selectivo reglamentario y correcto según la normativa de empleo público, con lo que no ostentará estabilidad en el puesto y le hará mantener un *estatuto precario*<sup>596</sup>.

Pero a juicio de nuestra jurisprudencia<sup>597</sup> esto no resulta determinante, ya que «*No es necesario adoptar una tesis pura acerca de si el carácter indefinido se debe predicar de la plaza desempeñada (criterio orgánico) o de la propia persona (criterio subjetivo). Si bien se piensa, la temporalidad que*

---

<sup>592</sup> Treviño Pascual, M., “El trabajador indefinido...” [en línea], op.cit., p. 475.

<sup>593</sup> TS (Sala de lo Social) Sentencia núm. 86/2022, de 28 enero (Fº Dº 3.3).

<sup>594</sup> En palabras de Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal...” [en línea], op.cit., p. 33.

<sup>595</sup> Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos...” [en línea], op.cit., p. 26

<sup>596</sup> Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de las corporaciones...” [en línea], op.cit., pp. 53 y 54; Boltaina Bosch, X., “Empleo público temporal...” [en línea], op.cit., pp. 14 a 18; en el mismo sentido, Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos...” [en línea], op.cit., p. 43, que afirma que el estatuto precario del indefinido no fijo es consecuencia de su irregular contratación.

<sup>597</sup> Sentencia del TS (Sala de lo Social) núm. 86/2022, de 28 enero [Fº Dº 3.2.C)].

*nuestras Leyes regulan (y admiten) va referida al negocio jurídico que discurre entre empleador y empleado. Es el contrato de trabajo temporal el que se desnaturaliza y transforma en uno de duración indefinida cuando se incumplen determinadas exigencias normativas, no el puesto de trabajo, ni la persona afectada».*

No se entiende posible la defensa jurídica de que se trata de una duración del vínculo contractual no sometido a término<sup>598</sup>, cuando la cobertura reglamentaria de la vacante o, en su caso, la amortización de la plaza es una obligación para la Administración, con lo que es claro que el término habrá de producirse, aunque éste sea incierto. La clave se encuentra en la diferencia entre previsión y obligación: previsión de extinción es lo que se da en Derecho privado respecto de un trabajador fijo que puede ver extinguido su contrato por las causas objetivas que se prevén en el Estatuto de los Trabajadores que acaecerán o no pero que en ningún caso le otorgan la categoría de personal temporal; y obligación de extinción es lo que ocurre en el indefinido “no fijo” que sucederá desconociéndose el momento exacto y que deja al empleado público a todas luces en la esfera de la temporalidad.

Realmente, compartimos la opinión de Ojeda Avilés<sup>599</sup> de que lo que se ha conseguido con esta doctrina jurisprudencial es introducir numerosos matices permisivos al mantenimiento de la precariedad en el empleo público en régimen laboral.

e) Quinta etapa: primera referencia indirecta en un texto legal.

Siguiendo con el recorrido por la creación jurisprudencial del indefinido “no fijo” y mientras se esperaba la oportuna recepción legal de esta figura a través del desarrollo normativo previsto en el mandato constitucional del artículo 103.3 CE, esta presunción jurisprudencial del carácter temporalmente indefinido de la relación contractual, parece asomarse a partir de 2006, con

---

<sup>598</sup> Valverde Asencio, A.J., “La delimitación del estatuto...” [en línea], op.cit., pp. 219 y 220.

<sup>599</sup> Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización.....”, op. cit., p. 70.

carácter previo a la publicación del EBEP, al Estatuto de los Trabajadores por lo establecido en su Disposición Adicional decimoquinta<sup>600</sup> en relación con los contratos suscritos por las Administraciones Públicas y sus organismos vinculados o dependientes, en el sentido de introducir una variante importante en cuanto a la consecuencia del encadenamiento de contratos laborales, como es la remisión a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público limitando la operatividad de la previsión legal del artículo 15 ET de considerar indefinidos a aquellos trabajadores<sup>601</sup> y restando, por tanto, estabilidad a sus contratos que quedan sujetos a una condición resolutoria y a término, ahora sí, recogida de forma expresa en un texto legal y que resulta ser la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, si bien, sin establecer un plazo.

---

<sup>600</sup> Disposición adicional decimoquinta. Aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas (en su redacción dada por el artículo art. 12.13 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, «BOE» núm. 312, de 30 de diciembre de 2006; actualmente, los apartados 1 y 2 han sido derogados por la disposición derogatoria única. 2 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre).

*1. Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.*

*En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.*

*2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.*

*3. Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, solo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.*

<sup>601</sup> Barcelón Cobedo, S., "Uso abusivo de las interinidades en el sector público: un importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020. Asuntos Servicio Madrileño de Salud, C 103/18 y C 429/18" [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 233, julio 2020. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Así, es posible reconocer en esta previsión introducida por el artículo 12.13 del Real Decreto Ley 5/2006 y posterior Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, la primera referencia legal plasmada en un texto normativo<sup>602</sup> de la figura del indefinido “no fijo”, aunque de forma discreta, sin utilizar el término “indefinido” y mucho menos “no fijo”, guardando silencio sobre la calificación jurídica del supuesto que contempla<sup>603</sup> y de la mano de una norma en la que uno de sus principales objetivos era la transformación en fijos de los contratos temporales existentes en el momento y que no se quedaba solo en el contrato suscrito en el marco de las relaciones laborales privadas surgidas al amparo del Derecho laboral sino que también se extendía al ámbito de la Administración Pública con las matizaciones introducidas por la doctrina del Alto Tribunal aunque sin nombrarlo.

A partir de esta norma que modifica el Estatuto de los Trabajadores, no se establece en puridad una excepción expresa al artículo 15 ET referida al ámbito público, pero es evidente que se impone en un texto jurídico laboral una consecuencia a la relación contractual que surge del encadenamiento irregular de contratos temporales formalizados por una Administración y de la inobservancia de los requisitos de selección y acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad: el carácter indefinido sin estabilidad en el puesto. Por otra parte, el Derecho laboral prevé por primera vez las consecuencias derivadas de estas irregularidades, las cuales se cifran en la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios (no contempla la amortización), momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral.

---

<sup>602</sup> Agustí Juliá, J., “La evolución –procelosa...” [en línea], op.cit., p. 7; en el mismo sentido, De Soto Rioja, S., “Los despidos....”, en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, op.cit., p. 142; y Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos...” [en línea], op.cit., p. 169.

<sup>603</sup> Guerrero Padrón, T., “Sobre la frágil estabilidad....” en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, op.cit., p. 197.

No se garantiza al trabajador el mantenimiento *sine die* del puesto de trabajo sino tan solo el mantenimiento del mismo hasta que por la Administración Pública se proceda a la cobertura del puesto de trabajo de que se trate a través de los procedimientos oportunos establecidos en la normativa aplicable<sup>604</sup>; una cobertura que además, como se ha puntualizado, queda condicionada al libre designio de la Administración incumplidora que, en la práctica, no tiene plazo para convocar con lo que los efectos de la indefinición de los contratos por la excesiva temporalidad de la Administración quedan desvirtuados y, en consecuencia también la decidida apuesta del legislador laboral por dar primacía a la contratación indefinida por delante de la temporal, la cual sólo se prevé en la ley para casos concretos.

Por tanto, *a contrario sensu*, esta Disposición Adicional es la constatación sobre el papel del carácter privilegiado que las leyes del Derecho del Trabajo otorgan en esta materia a la Administración, máxime si las ponemos en relación con las que ese mismo Derecho contempla para el sector privado<sup>605</sup>. En tal sentido, cuando la Administración Pública actúa como empresario y utiliza las modalidades contractuales laborales en igualdad de condiciones que los empresarios privados, la justificación de ese tratamiento benévolo que determina que no se le apliquen las reglas laborales existentes para controlar la excesiva utilización de la contratación temporal debería sustentarse en criterios objetivos y no en actitudes paternalistas hacia una Administración incapaz de velar por el cumplimiento de las normas de Derecho del Trabajo que le vinculan y de soportar una consecuencia jurídica lo suficientemente disuasoria.

Con la creación de la figura del indefinido “no fijo” lo que se hace es eternizar el estado de temporalidad del empleado público laboral que acude a los tribunales buscando una garantía de estabilidad frente a una Administración que actúa al margen de la ley y solo obtiene como respuesta la transformación de un temporal en otro temporal.

---

<sup>604</sup> Marín Alonso, I., “Las nuevas particularidades...”, op.cit., p. 13.

<sup>605</sup> Marín Alonso, I., “Las nuevas particularidades...”, op.cit., p. 13.

- f) Sexta etapa: publicación del EBEP y clasificación tripartita que introduce la figura del personal laboral *por tiempo indefinido*.

El proceso de consolidación continua y, una vez que el EBEP viera la luz en 2007 y fuera plasmada en un texto legal la nueva figura del indefinido ajena para el Derecho Laboral, el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de septiembre de 2009 no duda en afirmar que:

*«(...) Es cierto que la Ley 7/2007 no dio respuesta alguna a la situación de quienes hayan podido ser considerados trabajadores indefinidos como consecuencia del uso irregular de la contratación temporal por parte de los empleadores públicos, pero esa falta de expresa mención supone, precisamente, la equiparación entre tales trabajadores y los contratados de forma indefinida ab initio, con independencia de que estos últimos se hallen sometidos al proceso de determinación de puestos de trabajo regulado en el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. La figura del indefinido, no fijo, de las Administraciones Públicas surgió como creación jurisprudencial para dar respuesta, precisamente, a la situación de los contratos temporales en fraude de ley suscritos por las Administraciones Públicas, de forma que la conversión en contratos de duración indefinida por aplicación de las reglas del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, propició una doctrina que buscaba acomodar la indefinición de la duración de la relación laboral con las especiales particularidades del acceso al empleo público y el respeto a los mandatos constitucionales sobre este punto»<sup>606</sup>.*

De lo anterior, cabría deducir<sup>607</sup> que por el Alto Tribunal, a partir de esta sentencia del año 2009, se reconoce la recepción legislativa, a través del

---

<sup>606</sup> Asimismo, la STS de 26 de abril de 2010.

<sup>607</sup> Vis. Agustí Juliá, J. "La evolución -procelosa..." [en línea], op.cit., p. 10; asimismo, Martín Valverde, A., "Reestructuración laboral de las Administraciones y Entidades Públicas" [en línea], Documentación Laboral, Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo Nº 97, año 2013 - Vol. I, Segunda parte, p. 98. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4223929>.

Estatuto Básico del Empleado Público, de la creación jurisprudencial del personal laboral indefinido “no fijo” aunque solo como indefinido y sin más matizaciones. Y si bien esa recepción legislativa ya podía vislumbrarse en la modificación del Estatuto de los Trabajadores del año 2006, ni una ni otra dan siquiera una definición o un mínimo contenido jurídico.

Un nuevo giro del Tribunal Supremo introduce otro cambio de criterio. La llegada de la STS de 22 de julio de 2013 niega la mayor, corrige la afirmación anterior y vuelve a ratificar la validez de la “amortización simple”<sup>608</sup> desvirtuando la aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Así, por un lado, insiste, como ya hiciera en sus mencionadas sentencias del año 2002, en que el personal laboral indefinido “no fijo” posee la misma naturaleza jurídica que los interinos por vacante<sup>609</sup> y, por tanto, se les ha de suprimir toda indemnización derivada de la extinción lícita del contrato (por cobertura reglamentaria o por amortización). Afortunadamente, como Jurisprudencia y Doctrina no van siempre de la mano, por autores como Molina Navarrete<sup>610</sup> se afirma, a renglón seguido de esta sentencia, que la consecuencia legal de las irregularidades en la contratación temporal no es la conversión del contrato en un *sucedáneo*, más o menos asimilable, del contrato de interinidad por vacante, sino la conversión en un auténtico contrato por tiempo indefinido, aunque no implique fijeza, pues de lo contrario se realiza una

---

<sup>608</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos...” [en línea], op.cit., p. 166.

<sup>609</sup> Tesis que resultó contraria a la STJUE 14 de septiembre 2016 (C-596/14), de Diego, en la cual se entendió que, en aplicación de la Directiva 1999/70/CE, “*la indemnización por fin de contrato es una condición de trabajo respecto a la cual no cabe introducir una diferencia de trato entre trabajadores temporales y fijos que no esté proporcionadamente justificada y consideró que si un trabajador fijo, al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores (RCL 2015, 1654) , tenía derecho a percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio si se extingue su contrato por una causa objetiva sobrevenida, no imputable al mismo, también un trabajador temporal (en aquel caso una trabajadora interina por sustitución contratada durante muchos años) que se encuentre en una situación análoga en cuanto a la indefinición sobre la causa extintiva objetiva que puede dar lugar a la terminación de su contrato, debía tener derecho a la misma indemnización*” [Sentencia núm. 700/2021 del TSJ Madrid, de 21 de julio (Fº Dº Quinto)].

<sup>610</sup> Molina Navarrete, C., “Reforma Laboral y...” [en línea], op.cit., p. 6.



injustificada desnaturalización de ese contrato y se vacían sus garantías de tutela. Impera ya el reconocimiento diferenciado dada la distinta naturaleza jurídica e insistir en la similitud expresa un exceso de resistencia al cambio legislativo y una opción de política judicial del Derecho extremadamente liberal con las potestades administrativas de gestión del empleo, expresión de un puro «*decisionismo judicial contra legem*» y «*contra ius*»<sup>611</sup>.

Por otro, al señalar la citada sentencia que «*la incorporación de la referencia a los indefinidos en el EBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del indefinido no fijo delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un "tercium genus" entre fijos o temporales*», desautoriza su propia doctrina de 2009 y puntualiza que la referencia al indefinido del EBEP,

*«que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (BOCG/CD de 27.9.2006), ni en el que el Congreso remitió al Senado (BOCG/S, 20.1.2007), se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, en las que, junto al personal laboral fijo y al temporal, se añadía el indefinido, con la finalidad de que "también el profesorado de religión esté contemplado en este artículo" (BOCG/S 21.2.2007). (...) De ello se desprende que:*

*1º) no ha desaparecido la figura de indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más,*

*2º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante,*

*3ª) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión;*

*4º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos ( art. 61.7 EBEP )».*

---

<sup>611</sup> En palabras de Molina Navarrete, C., "Reforma Laboral y..." [en línea], op.cit., p. 6.

Así, concluye el Alto Tribunal que el concepto jurisprudencial del «indefinido “no fijo”» era ajeno a la noción legal de «indefinido» previsto en el EBEP. En este sentido, por la doctrina<sup>612</sup> se aceptaba que la figura legal de indefinido supone un concierto contractual *ab initio*, con evidente proyección de futuro que el legislador ni define ni desarrolla, en tanto que la fórmula jurisprudencial de indefinido “no fijo” viene a solventar una situación contractual irregular precedente, presidida por la idea de temporalidad y pendiente de su futura cobertura reglamentaria.

Si ahondamos en el estudio de las fases previas a que la norma viera la luz, es cierto que se aprecia que la plasmación en el Estatuto aprobado en 2007 del término personal laboral indefinido no se produce, en un primer momento, en atención a la construcción jurisprudencial, sino que es fruto de sendas enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos a los artículos 8.2 y 11.1 del EBEP con el objetivo de integrar a los profesores de religión.

Si a ello se une que la DA 15ª del ET, en su redacción de 2006, contemplaba el supuesto del indefinido “no fijo” pero silenciaba cualquier calificación jurídica y que, ciertamente, el EBEP solo acuña el término pero no lo dota de contenido, no hay razones que permitan entender que la construcción jurisprudencial ha sido recepcionada por el legislador.

Ahora bien, de reservarse la figura del indefinido “*sin más*”<sup>613</sup> del EBEP solo para el personal contratado laboral como profesor de religión que presta servicios en centros docentes públicos, se abriría una brecha conceptual de difícil encuadre, es decir, no sólo no se recoge el testigo de la figura jurisprudencial sino que se plantean nuevas cuestiones como la de si entre los empleados públicos pertenecientes al colectivo de personal laboral y recogidos en el EBEP se encuentran los trabajadores fijos, los temporales, los empleados

---

<sup>612</sup> Guerrero Padrón, T., “Sobre la frágil estabilidad...”, en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, op.cit., pp. 197 y 198.

<sup>613</sup> En expresión del propio TS en su sentencia de 22 de julio de 2013.

indefinidos (solo los profesores de religión) y una última categoría extraña al Estatuto Básico, creada por el Tribunal Supremo con anterioridad a que esta norma viera la luz y no recogida por la misma (“expresamente”) que ha venido a denominarse indefinido “no fijo” y que se caracteriza por tener detrás un elemento de irregularidad y fraude; o la de si a esta clasificación deberíamos añadir otro supuesto como es el de los empleados públicos con relación laboral indefinida, cuya contratación no ha sido fraudulenta y que no son profesores de religión, como podría ser el discutido caso de la reversión de servicios públicos.

Intentar dar respuesta a estas cuestiones ha llevado a que por la doctrina<sup>614</sup> se presenten propuestas con los vínculos laborales posibles surgidos de la combinación de las categorías dispuestas en el EBEP junto con la figura de creación jurisprudencial y a la que nosotros añadimos la del indefinido *ab initio*, quedando como sigue:

1. Trabajador fijo, que adquiere esta condición mediante la superación de un procedimiento selectivo convocado públicamente sujeto a los requisitos de mérito, capacidad, igualdad y publicidad, tras el que el trabajador goza del derecho a una estabilidad cualificada.

2. Trabajador temporal, contratado bajo alguna de las modalidades de contratación regladas en el ET.

3. Trabajador indefinido, que será el profesorado de religión.

4. Trabajador indefinido *ab initio* (p.ej. subrogación ex art. 44 ET)

5. Trabajador indefinido “no fijo” sobrevenido por incurrir en los motivos de fraude de ley definidos por la jurisprudencia:

- Contratación temporal irregular por estar destinada a cubrir necesidades permanentes.
- Contratación temporal irregular por no observar los principios de acceso al empleo público.
- Concatenación de contratos temporales regulares *extra temporis*.
- Cesión ilegal.

---

<sup>614</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos...” [en línea], op.cit., pp. 170 y 171.

Si bien es cierto que los vaivenes jurisprudenciales y las interpretaciones doctrinales pueden hacer pensar en una cuarta y hasta en una quinta categoría de personal laboral, adelantando conclusiones, lo propio es no excederse de las figuras recogidas en el EBEP y que son personal laboral fijo, por tiempo indefinido y temporal; una catalogación tripartita que no pocos problemas está ya ocasionando en contraposición con la distinción del Derecho Laboral, como para añadir más categorías.

Por tanto, aunque inicialmente la incorporación en el EBEP del concepto indefinido tuvo por objeto atender a las peculiaridades del profesorado de religión que no es ni temporal ni fijo y respecto de los que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del artículo 61 del EBEP, el hecho de no incorporar al texto definitivo ninguna referencia expresa al colectivo de profesores de religión que, además, finalmente quedan regulados por su Decreto<sup>615</sup> específico sobre la relación laboral de los profesores de religión en centros públicos y que vio la luz pocos días después del EBEP y que expresamente califica como personal laboral por tiempo indefinido, se admite que dados los términos genéricos utilizados en los artículos 8.2 c) y 11.1 EBEP nada impide englobar dentro de la figura del personal laboral indefinido a la que se refiere el EBEP, los supuestos que han dado pie a la construcción jurisprudencial<sup>616</sup>.

De esta forma se otorga carta de naturaleza a esta figura, que se implanta en el ámbito del Derecho público como concepto legal normal, como una nueva categoría de contrato laboral no conocido en derecho privado a medio camino entre fijos y temporales<sup>617</sup>, entre el contrato de duración determinada y el de duración indeterminada; o como una subespecie del contrato indeterminado en la medida en que la estabilidad del indefinido queda

---

<sup>615</sup> Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación («BOE» núm. 138, de 9 de junio de 2007).

<sup>616</sup> Vid. Gil Plana, J., “La aplicación del despido...” [en línea] op.cit..

<sup>617</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido no fijo...”, op.cit., pp. 80 y 81.

garantizada parcialmente, y no totalmente como en el caso del fijo, frente a la discrecionalidad del empleador<sup>618</sup>. En definitiva, un concepto legal difícil de concretar ya que si se habla de estabilidad solo parcial, lo único que se consigue es acrecentar la sensación de incertidumbre e inclinar la balanza a favor de la inseguridad en lugar de la estabilidad que es, por ende, el efecto perseguido aunque no conseguido por el Derecho Laboral.

Pero continuando con su recepción normativa, hoy por hoy, parece un debate estéril<sup>619</sup>, más aún cuando todos los operadores jurídicos, los tribunales de justicia y otras normas posteriores han reconocido implícita o explícitamente incluida la figura del indefinido “no fijo”<sup>620</sup> en el término *indefinido* utilizado por el EBEP.

En este sentido, Monereo Pérez<sup>621</sup>, a propósito de la clasificación que realiza este autor de los grupos de empleados públicos laborales recogidos en el EBEP, directamente diferencia tres: *trabajadores fijos*, *trabajadores indefinidos no fijos* y *trabajadores temporales*, entendiendo que el EBEP se salta el esquema propio del sector privado que diferencia entre trabajadores fijos y temporales con la específica intención de añadir la figura de origen

---

<sup>618</sup> Marín Alonso, I., “Las nuevas particularidades...”, op.cit., p. 8.

<sup>619</sup> Marín Alonso, I., “El empleo público laboral....”, op.cit., p. 10, afirma que la distinción del EBEP, conforme a la duración del contrato de trabajo, en fijo, indefinido o temporal asume, definitivamente, la doctrina de los Tribunales del orden social que, desde mediados de los años 90, intentaron compaginar el acceso al empleo público del personal laboral con el respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad; en el mismo sentido, Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos...” [en línea], op.cit., pp. 26 y 27, confirma que con posterioridad a la creación jurisprudencial del indefinido no fijo por el Tribunal Supremo, el legislador ha venido a refrendar esta categoría de empleados públicos a través del EBEP.

<sup>620</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...” [en línea], op.cit., p. 28.

<sup>621</sup> VV.AA., “Manual de Derecho Administrativo...”, op.cit., p. 211; en el mismo sentido, Gorelli Hernández, J., “El despido disciplinario...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 201 y 227, afirma que con el EBEP se añade así una categoría, la del indefinido no fijo, de inspiración jurisprudencial, que se ha incorporado a la regulación legal; asimismo, Marín Alonso, I., “La causa ‘económica’ en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 269 y 270, concluye que se trata de una figura plenamente asentada en nuestro ordenamiento tras la asunción por parte del EBEP (art. 8) de la doctrina jurisprudencial.

jurisprudencial creada para salvar los incumplimientos del ordenamiento jurídico laboral por las Administraciones Públicas.

A modo de conclusión, a partir de la sentencia de 28 de marzo de 2017, un nuevo cambio en la doctrina del Tribunal Supremo dirime que el artículo 11 del EBEP, no es solo para los profesores de religión, y que engloba también al personal indefinido “no fijo” que fue creado por la jurisprudencia, señalando en su Fundamento de Derecho 4º que:

*«aunque es una creación jurisprudencial, ya es recogida en la ley, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado por el RDL 5/2015, de 30 de octubre, cuyos artículos 8 y 11-1 nos muestran que la norma diferencia al personal laboral en función de duración de su contrato en fijo, por tiempo indefinido o temporal, pues en otro caso no habría empleado el vocablo indefinido y solo habría distinguido entre fijos y temporales, lo que conlleva que el personal indefinido no sea equiparable al temporal».*

No obstante, algunos académicos<sup>622</sup> aún hoy evidencian que de la lectura de las enmiendas y el trámite parlamentario solo se puede extraer que la voluntad inicial del Parlamento no era incluir en la expresión indefinido del EBEP a los indefinidos “no fijos” de creación jurisprudencial, sino exclusivamente a la relación laboral especial de los profesores de religión en centros públicos; y si bien se aquietan a la idea de que en la actualidad hay una especie de *mantra asumido por “casi” todos*, de que fuese cual fuese la voluntad del Parlamento, el EBEP incorpora al personal indefinido “no fijo”, lo

---

<sup>622</sup> Vid. Boltaina, Bosch, X., “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos»” [en línea], La Administración Práctica núm. 1/2019 Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 5. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; este autor afirma que el legislador no pensaba en los indefinidos no fijos pero *la pésima técnica legislativa y los pactos y componendas para aprobar el EBEP fueron poco «finos» y dieron pie a este totum revolutum*. Boltaina, Bosch, X., “Los procesos selectivos....” [en línea], op.cit., p. 144, concluye que *es incorrecto entender que el EBEP los recogiera en su articulado (arts. 8.1. c y 11.1). Estos preceptos, mal interpretados por la doctrina y la jurisprudencia, se refieren al profesorado de religión en centros públicos*; asimismo Pérez Guerrero, M.L., “La relación laboral indefinida....” [en línea], op. cit., p. 15, citando a Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable....”, op. cit., p. 9, que opina que aceptar que esta figura está incluida en la norma llevaría a hacer peligrar todo el conjunto de garantías de acceso a la Administración Pública.

idóneo hubiese sido incorporar una disposición adicional *ex profeso* para el personal docente público de religión en lugar de incorporarlos, sin describirlos, en los artículos 8 y 11 del EBEP. En el mismo sentido, Boltaina Bosch<sup>623</sup> entiende que la figura del indefinido “no fijo” no puede considerarse como una figura legal y menos elevar a rango de “figura jurídica” al empleado público resultante de un fraude de ley; es más una mera patología, una figura de hecho pero nunca de derecho.

En esta cuestión el Tribunal Supremo ha sido tajante por lo que se afirma que la figura de indefinido “no fijo” de creación jurisprudencial ya tiene plasmación legal en los artículos 8 y 11 del EBEP aprobado en el año 2007 y se refiere a aquellos casos en los que se inicia una relación contractual laboral con una Administración Pública, de carácter temporal, regida por las normas de derecho laboral, y que, como consecuencia de la naturaleza pública del empleador, en caso de irregularidades el vínculo contractual no se transforma en fijo, como debiera ser por efecto natural del artículo 15 del ET sino que, por la necesaria observancia de los principios de acceso al empleo público de igualdad, mérito y capacidad, ha de considerarse jurídicamente como indefinida, que “no fija”.

No obstante, no podemos dejar de apuntar que no guarda sintonía y, por tanto, no resulta armónico el hecho de que se plasme es un texto legal la figura contractual con el término “indefinido” y a pesar del transcurso del tiempo, los órganos judiciales sigan adjetivándola con el “no fijo”. El EBEP recoge la figura del personal laboral indefinido “sin coletillas”<sup>624</sup>, como figura a diferenciar del temporal y del fijo. Y si ya se ha producido el efectivo reconocimiento legal de la figura del indefinido, en un primer momento mediante la Disposición Adicional Decimoquinta del ET a través de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre y, posteriormente, mediante la publicación del EBEP en sus artículos 8 y 11, no sería necesario perpetuar el término acuñado por la jurisprudencia de indefinido

---

<sup>623</sup> Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de la Administración y del Sector Público Local. Algunos puntos críticos de la gestión técnico-jurídica” [en línea], en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº V, Sección Crónica, Noviembre 2019, p. 129, Wolters Kluwer. Disponible en: Laleydigital.es.

<sup>624</sup> Superada ya la doctrina del TS recogida en su sentencia de 22 de julio de 2013.

“no fijo”, en un innecesario exceso de celo por marcar distancias con el personal laboral fijo; *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*.

Sin embargo, a pesar de su plasmación en un texto normativo, las sentencias de los Tribunales se han seguido sucediendo, a vueltas con el indefinido “no fijo”, de forma incesante hasta nuestros días, quince años después de la publicación del primer Estatuto Básico. ¿A qué se debe esto? ¿Por qué la jurisprudencia ha mantenido la calificación de indefinido “no fijo”? ¿Estaríamos ante una cuarta categoría de personal laboral?

Con la publicación del EBEB esta figura estaba abocada o a su efectiva regulación que le dotaría de un régimen jurídico propio o a su desaparición. Aun así, no se opta ni por una ni por otra opción y, si bien se incluye en la clasificación del personal laboral, no se le proporciona su oportuno desarrollo normativo y se le deja necesitada de un tratamiento legislativo homogéneo.

Lamentable opción legislativa en la que no deja de llamar la atención que el tan esperado Estatuto Básico (casi treinta años) se haya empleado de forma considerable en regular al empleado laboral fijo, a duras penas haya conseguido sacar adelante la figura del empleado laboral temporal que ha tenido que ser recatado con la reciente reforma de 2021 en cuanto a los principios inspiradores y que todavía no ha aclarado la maraña de los sistemas de acceso que le vinculan, y olvide por completo el contenido del empleado laboral indefinido para el que no hay principios ni procedimientos de selección ni normas que se le apliquen: es como un ente efímero que existe pero no está.

Esto nos hace dudar de si, en la recepción normativa de este personal laboral indefinido que se materializa en los artículos 8 y 11 del EBEP del año 2007, se encuentra efectivamente la creación jurisprudencial del indefinido “no fijo”, la figura surgida a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, donde se habla de indefinido como elemento contrapuesto a fijo, y como respuesta al mal funcionamiento de la Administración en la contratación laboral temporal de sus



trabajadores con las consecuencias que se fueron perfilando posteriormente, hasta su recepción por el EBEP<sup>625</sup>.

Conviene adelantar que la solución a las variables de las contrataciones de personal laboral al servicio de la Administración Pública constituye un aspecto no siempre bien resuelto en todos sus matices. Insistimos en que no debiera ser necesario enfatizar el carácter “no fijo” de estos trabajadores, por cuanto, en la distinción legal tripartita ya queda patente la contraposición, en el ámbito de la Administración, entre el indefinido y el fijo; es más, resulta de mayor interés e importancia dar un contenido claro a esta figura a través de fundamentaciones jurídicas apriorísticas y realidades empíricas que permitan definir su verdadera naturaleza jurídica.

Se podría entender que ya ha llegado el momento de hablar solo de los tres tipos legales de personal laboral al servicio de la Administración, a saber, fijo, indefinido y temporal, como reconoce la norma, y abandonar *coletillas*<sup>626</sup> que solo pueden inducir al error de confirmar que se trataría de una cuarta categoría de trabajador laboral que no existe como tal en el texto legal, y que echaría por tierra la afirmación de que la figura de creación jurisprudencial se halla subsumida en el concepto de indefinido del EBEP. Si persistiera la necesidad de mantener la distinción, ésta sería producto de la diferencia en la consideración jurídica existente entre el indefinido de creación jurisprudencial y el indefinido *ab initio* por aquello de que en el primer caso se ha incurrido en fraude de ley. No obstante, por algún sector doctrinal<sup>627</sup> se opina que se caería en una distinción estéril ya que no se prevén efectos derivados de dicha diferenciación. Sin embargo, consideramos que sí hay elementos

---

<sup>625</sup> Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido...”, op.cit, p. 78, considera que el EBEP ha dado respaldo legislativo expreso a la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo al servicio de las Administraciones Públicas, concretamente en los artículos 8.2 y 11.1 del EBEP.

<sup>626</sup> En este sentido se pronuncia la sentencia nº 221/2021 del Juzgado de lo Social nº 18 de Valencia, de 22 de mayo 2021, recaída en los Autos 94/2021, sobre reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad, que declara como indefinida conforme al artículo 15.3 ET (y no como indefinida “no fija”), una relación laboral de una investigadora de la Universidad de Valencia que inicia su contratación mediante nombramiento como becaria en el año 1999, sucedido por contratos de obra y servicio vinculados a proyectos de investigación.

<sup>627</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Indefinidos no fijos...” [en línea], op.cit., p. 182.

diferenciadores que son necesarios sacar a la luz si no queremos equivocarnos las consecuencias jurídicas que se dan en uno u otro caso.

Habida cuenta de la irresolución que gravita, desde hace ya más de dos décadas, sobre el concepto de «personal laboral indefinido» en la Administración Pública y la inmensa confusión que provoca, es necesario el estudio detenido de la materia en el Capítulo siguiente.

## CAPITULO CUARTO

### PROBLEMÁTICA EN TORNO AL PERSONAL LABORAL POR TIEMPO INDEFINIDO AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y AUSENCIA DE RÉGIMEN LEGAL.

#### I. Consideraciones previas.

El Estatuto no va mucho más allá de la constatación de la existencia de este personal indefinido y solamente se refiere a él en dos ocasiones, en los artículos 8.2 y 11.1 EBEP<sup>628</sup>, sin delimitar un estatuto jurídico específico<sup>629</sup>. En este sentido, se echa en falta un pronunciamiento expreso del legislador<sup>630</sup> que acabe con las más sombras que luces de una figura que, en nuestra opinión, resulta cada vez menos sostenible.

Esta ausencia de régimen normativo sitúa a los trabajadores indefinidos en una situación de inseguridad jurídica al albur del criterio cambiante de los tribunales<sup>631</sup> y, últimamente, de las leyes de presupuestos empeñadas en regular materias propias del derecho laboral o, en todo caso, de la función pública, que hubieran tenido mejor encuadre legal en una modificación de la propia norma del EBEP.

Esa férrea resistencia a reformar el texto refundido de la Ley Estatuto Básico del Empleado Público en esta materia produce un bloqueo injustificado del necesario desarrollo normativo del personal laboral indefinido al servicio de la Administración que obliga a recurrir a otras normas laborales y a preceptos del resto del ordenamiento jurídico con objeto de dotar a esta figura de un mínimo régimen jurídico aplicable.

---

<sup>628</sup> Roqueta Buj, R., "Los trabajadores indefinidos..." [en línea], op.cit., p. 27.

<sup>629</sup> Monereo Pérez, J. L., "Aspectos laborales..." [en línea], op.cit., p. 22.

<sup>630</sup> Vid. Sempere Navarro, A.V., "La creación jurisprudencial..." en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 151, citando a Rivero Lamas.

<sup>631</sup> Roqueta Buj, R., "Los trabajadores indefinidos..." [en línea], op.cit., p. 58.

Quince años después de que se aprobara el EBEP, las sentencias de los tribunales de justicia siguen afanadas en dar forma jurídica a la figura del indefinido recogida en este texto legal<sup>632</sup>. Ardua tarea, por otra parte, provocada por las escasas referencias en las normas existentes al trabajador indefinido de la Administración Pública y por la actitud pasiva de un legislador que, como constata Blasco Pellicer<sup>633</sup>, conoce y maneja la figura del indefinido “no fijo” pero ni ha configurado un concepto unívoco de la misma ni, mucho menos, ha sido capaz de dotarla, en casi veinticinco años, de un mínimo régimen jurídico que le dé sentido, autonomía y, especialmente seguridad jurídica.

II. Normas jurídicas y criterios legales a través de las cuales se organiza la figura del personal laboral por tiempo indefinido.

A pesar de las diferentes modificaciones operadas en el Estatuto Básico del Empleado Público<sup>634</sup> que en nada mejoran la definición del laboral indefinido de la Administración, no es hasta 2020 cuando se inicia la tramitación de una reforma que concluye con la publicación del citado Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, que no pocos quebraderos de cabeza ha generado ya desde el momento de su aprobación y durante su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, hasta convertirse en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, como consecuencia de intentar cumplir, por un lado, con el compromiso de regular la sanción a los incumplimientos de las

---

<sup>632</sup> En este sentido, Martínez Barroso, M.R., “Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular” [en línea], Trabajo y Derecho, Nº 5, 1 de mayo de 2015, Editorial Wolters Kluwer, p. 10. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>.

<sup>633</sup> Voto particular que formula D. Blasco Pellicer, A. a la sentencia del Pleno TS de 25 de noviembre de 2021 al que se adhiere Dña. García Paredes, M.L. (apartado 2).

<sup>634</sup> A saber, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales; Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018; Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; Real Decreto-ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19; Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021; Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022.

Administraciones de la normativa laboral sobre contratos temporales y, por otro, con el esfuerzo, casi titánico, de ofrecer mecanismos legales que permitan la estabilización de los trabajadores laborales temporales irregulares (incluyendo los indefinidos “no fijos” que no menciona) y funcionarios interinos de larga duración.

Con este Real Decreto-ley se modifican los artículos 10 y 11 de EBEP, relativos al funcionario interino y al personal laboral respectivamente, y se introduce una Disposición Adicional decimoséptima con medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público, pero en el que no se contiene ninguna mención expresa a la figura del personal laboral indefinido, si bien, en su artículo 2, a propósito de la ampliación de la regulación de los procesos de estabilización de empleo temporal iniciados en los años 2017 y 2018, parece hacer una referencia indirecta y nada clara a este tipo de personal.

En este sentido, se analizará el sucinto régimen jurídico del personal indefinido de la Administración que queda conformado por normas dispersas por el ordenamiento jurídico, ya sean el EBEP o el ET y Leyes de Presupuestos, algunas de las cuales, incluso, ya han sido derogadas pero que se mencionan por su incidencia en la delimitación de esta figura:

- Disposición Adicional decimoquinta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Introducida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, su contenido primigenio tuvo lugar antes de la entrada en vigor del EBEP con la finalidad de ajustar la regla por la que se transforman los contratos en indefinidos con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el ámbito de la Administración Pública para los supuestos de encadenamiento de contratos temporales<sup>635</sup> introduciendo particularidades en la figura del personal laboral

---

<sup>635</sup> Marín Alonso, I., “Las nuevas particularidades...”, op.cit., p. 4.

indefinido de la Administración, que no hacen sino acrecentar el distanciamiento entre el personal laboral público y el privado.

Esta Disposición recibe nueva redacción a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo cuando, quizá, lo propio hubiera sido modificar el EBEP, que es el cuerpo normativo que «*se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral*» al servicio de las Administraciones Públicas definidas en su artículo 2 EBEP y, sobre todo, con miras a unificar el régimen jurídico de este personal en un único texto legal evitando, así, la dispersión normativa a la que se ha aludido.

La mencionada Disposición prevé de forma cautelosa la figura del indefinido en el ámbito público por cuanto reconoce los efectos del artículo 15 ET «*en el ámbito de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes*» hasta su cobertura reglamentaria, entendiendo que este párrafo 1º no transformaría los contratos en fijos, «*sino a los trabajadores afectados en indefinidos no fijos*<sup>636</sup>» aunque no lo dice expresamente.

Pero con las modificaciones introducidas en el Estatuto de los Trabajadores a través del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, esta Disposición Adicional vio reducido su contenido a partir del 30 de marzo de 2022, fecha en la que quedaron derogados sus apartados 1º y 2º<sup>637</sup>.

Por la doctrina se han planteado las primeras reacciones en torno a las consecuencias que puede acarrear esta derogación, sobre todo en relación con el apartado 1º que elimina la referencia expresa a la obligación de la

---

<sup>636</sup> Boltaina Bosch, X., "Función Pública. El Real Decreto-Ley 32/2021 y la reforma laboral. Elementos claves para las administraciones locales (Primera parte): La contratación laboral. Empleados públicos. Reforma laboral" [en línea], La Administración Práctica núm. 2/2022, parte Análisis Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>.

<sup>637</sup> Disposición derogatoria única.2 del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

Administración de convocar la plaza ocupada en fraude de ley conforme a los principios legales que regulan el acceso al empleo público. Como apunta Boltaina Bosch<sup>638</sup> «¿qué significado tiene esta derogación?», o bien que a partir de ahora la relación laboral se transforma en fija o bien que la situación se mantiene igual, es decir, que el puesto ocupado por el trabajador que ve cómo se extiende su contrato temporal sigue estando sujeto a su cobertura reglamentaria. Pero, si como se afirma por este autor, esta última continúa siendo la interpretación correcta, cabe cuestionar a renglón seguido lo innecesario de esta derogación del apartado 1º de la DA decimoquinta si el resultado final que se pretende es mantener la situación jurídica anterior. No resulta coherente y, por tanto, esta derogación del legislador lo que hace es dejar una vía abierta a la interpretación de que es posible la aplicación del artículo 15 ET a los entes públicos cuando actúan como empleador privado, en toda su extensión, sin la excepción prevista en la parcialmente derogada Disposición y por expresa remisión al citado artículo por parte del apartado 3º de la DA 15ª que no ha sido derogado. El camino está expedito pero, como recuerda Beltrán de Heredia<sup>639</sup>, habrá que esperar a que se confirme esta declaración de fijeza a resultas del efecto combinado del artículo 15 del ET y de la derogación de la DA 15ª para hablar de profundo cambio en el sector público.

Si, por un lado, existe escasa regulación jurídica por parte del legislador y la que hay se deroga y, por otro, se da una nueva redacción al artículo 15.4 ET que introduce que «*[l]as personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas*», en lugar de que «*se presumirán por tiempo indefinido*», se dan argumentos suficientes en esta línea. Así, se reconoce por la doctrina<sup>640</sup> que con este cambio del legislador se sustituye el tradicional sistema de presunciones por un sistema unitario que

---

<sup>638</sup> Boltaina Bosch, X., “Función Pública. El Real Decreto.....” [en línea], op.cit.

<sup>639</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/> [Consultado el 07.01.2023].

<sup>640</sup> Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J. y Puebla Pinilla, A., “La reforma laboral de 2021 un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021” [en línea], Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 50 y 51. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

produce un efecto automático frente al que la empresa no puede argumentar en contrario, además «*la desaparición de la noción de fraude de ley que utilizaba el anterior artículo 15.3 ET y su sustitución por la referencia al incumplimiento de las previsiones legales*»<sup>641</sup> resulta sumamente relevante y amplía los supuestos a los que hacer extensivo el efecto de la fijeza automática.

Igualmente, como señalan Guzmán López y Rodríguez-Piñero<sup>642</sup>, si con las reformas introducidas en la Disposición Adicional decimoséptima del EBEP por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, para controlar la temporalidad en el sector público ya no se contemplan entre las consecuencias por los incumplimientos de la Administración la conversión en indefinido “no fijo” y por el contrario se prevé el abono de una compensación económica prevista en nuestro Derecho privado para los despidos, todo apunta a que «*se espera la conversión en trabajador fijo con todas sus consecuencias*».

- Disposición Adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, añadida por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Introducida en el ET con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, se separa de lo dispuesto en la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refiere a los despidos colectivos<sup>643</sup>, y permite de forma expresa<sup>644</sup> la aplicación

---

<sup>641</sup> Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J. y Puebla Pinilla, A., “La reforma laboral de...” [en línea], op.cit., p. 51.

<sup>642</sup> Guzmán M.A. y Rodríguez-Piñero M., “La reforma Laboral (III): el empleo público” [en línea]. Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-reforma-laboral-iii-el-empleo-publico/> [Consultado el 27.02.2022]

<sup>643</sup> «DOCE» núm. 225, de 12 de agosto de 1998, pp. 16 a 21. El artículo 1.2.b) dispone que la Directiva no se aplicará “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público”.

<sup>644</sup> En este sentido, Marín Alonso, I., “La causa ‘económica’...” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., pp. 259 y 260, considera que la DA 20ª introducida por la Ley 3/2012 lo que hace es “facilitar” la extinción objetiva o colectiva en el ámbito público pero no es la que introduce por primera vez dicha posibilidad en nuestro ordenamiento jurídico ya que siempre ha sido de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas la normativa sobre extinción recogida en el Estatuto de los Trabajadores; de hecho, *el procedimiento de despido colectivo en el sector público toma como referencia el que opera en el sector privado, con las*



del despido colectivo y la extinción por causas objetivas al personal laboral al servicio de la Administración Pública y, por consiguiente, la aplicación de los artículos 51<sup>645</sup> y 52. c) del ET con los efectos indemnizatorios del artículo 53 ET, en un contexto en el que, hasta la STS de 24 de junio de 2014 en la que se produce un cambio de criterio<sup>646</sup>, la jurisprudencia había venido negando la aplicación al indefinido “no fijo” de los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52. c) ET, en los casos de cobertura reglamentaria de la plaza o amortización de la misma y, en consecuencia, una extinción de la relación laboral indemnizada.

Esta Disposición Adicional vigésima, que después fue la Disposición Adicional decimosexta en el Estatuto de los Trabajadores que vio la luz con el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, al dar prioridad de permanencia al personal laboral fijo en su último párrafo, evidencia que las reglas comunes previstas en el conjunto normativo funcional integrado por los artículos 51 y 52.c) del ET se aplican, también, al personal indefinido “no fijo”<sup>647</sup>, regulando una materia sobre la que no incide el EBEP y admitiendo que la extinción del vínculo contractual no puede ser automática<sup>648</sup>, ni por causa de amortización ni por cobertura de la plaza,<sup>649</sup> sino que se llevará a cabo acudiendo a los mecanismos del despido por causas objetivas que se venían aplicando al personal laboral fijo de la Administración con su correspondiente indemnización prevista legalmente.

A mayor abundamiento, es el propio Tribunal Supremo<sup>650</sup> el que considera, en referencia a esta Disposición adicional, que «*la aplicación de*

---

*oportunas matizaciones y consideraciones* (San Martín Mazzucconi, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las Administraciones Públicas”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 288).

<sup>645</sup> Este precepto fue el encargado de transponer los principios mínimos contenidos en la Directiva sobre despidos colectivos.

<sup>646</sup> Criterio contrario al de sentencias del Tribunal Supremo como la de 27 de mayo de 2002, 20 de julio de 2007 y 22 de julio de 2013.

<sup>647</sup> Monereo Pérez, J.L. “Aspectos laborales...” [en línea], op.cit., pp. 24 y 37.

<sup>648</sup> Lo que se había venido llamando por la doctrina y jurisprudencia como “amortización simple”.

<sup>649</sup> Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales...” [en línea], op.cit., p. 26.

<sup>650</sup> STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013).

*esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido, como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado art. 51.1 del ET».*

Pero esta Disposición Adicional decimosexta también pierde su vigencia a partir del 30 de marzo de 2022 por la disposición derogatoria única, apartado 2º, del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, sin más explicación en su Exposición de Motivos que la indicación genérica de que «*la disposición derogatoria única establece la derogación expresa de las disposiciones que contravienen la reforma planteada*» y con la certeza de que no ha contado con el Derecho Administrativo y, en especial, con el EBEP. Se ha quitado del mismo modo que se puso, sin una conexión legislativa entre el Derecho Privado y el Derecho Público cuando, en esencia, viene a regular la posibilidad de reducir los excesos de plantilla del sector público cuando concurren justas causas legales.

En el espíritu de la norma, y así lo han declarado las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo previo a la misma de 23 de diciembre de 2021, subyace la idea de hacer desaparecer el despido por causas objetivas del empleo público lo que, hasta esta derogación, solo se había llevado a efecto mediante la negociación colectiva a través de la que se renunciaba a su utilización como garantía adicional de estabilidad en el empleo público laboral<sup>651</sup>.

Haciendo hincapié en que, dado que la última reforma operada en el mercado de trabajo español en diciembre de 2021 ha querido acabar con los efectos negativos, aunque solo sea parcialmente, de la reforma de 2012, podría entenderse, no solo, que se ha terminado con una medida calificada en su

---

<sup>651</sup> Vid. Artículo 169.2 del Convenio Colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid. Resolución de 27 de abril 2021 publicada en el BO de la Comunidad de Madrid 12 mayo 2021, núm. 112.

momento como arbitraria<sup>652</sup> porque hacía recaer exclusivamente sobre el personal laboral el peso del desfase entre las partidas presupuestadas y los gastos de personal y la responsabilidad de reducir el déficit presupuestario en materia de recursos humanos, sino también, que se ha eliminado la posibilidad de que los empleadores públicos puedan acudir a los despidos colectivos y extinguir los contratos de sus trabajadores por causas objetivas.

Y es cierto que con la mencionada derogación desaparece el reconocimiento expreso de los despidos objetivos, tanto individuales como colectivos, en la Administración pero a diferencia de lo que ocurre con los derogados apartados 1º y 2º de la DA 15ª ET que se acaba de analizar, y en atención a lo dispuesto en el artículo 7 del EBEP sobre la aplicación del Derecho del Trabajo y resto de normas convencionales al personal laboral al servicio de la Administración, es posible plantear la opción de seguir acudiendo al derecho común para el despido colectivo del artículo 51 ET o a la extinción individual por causas objetivas del artículo 52 c) ET cuando la Administración actúe como empleador sujeto al Derecho Privado.

Además, esta expresa derogación y la no aplicación vía artículo 7 EBEP de las disposiciones generales sobre extinciones por causas objetivas, haría surgir la pregunta de qué pasa a partir de ahora con los trabajadores contratados en fraude de ley declarados indefinidos “no fijos” por sentencia judicial a los efectos de la extinción indemnizada de su relación laboral por ocupación reglamentaria de su plaza y que se venía gestionando por las Administraciones como un despido objetivo, colectivo o individual, de los respectivos artículos 51 y 52 c) ET.

---

<sup>652</sup> Castillo Blanco, F.A., “¿Un nuevo episodio...”, op.cit., p. 346; Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 111, quien apunta que la reforma laboral de 2012 ha afectado la estabilidad del trabajo en las AAPP, al menos para el personal laboral; en el mismo sentido, Molina Navarrete, C., “Las medidas de ‘flexibilidad...’ en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 165.

La respuesta vendría del hecho de que sigue existiendo la posibilidad de extinguir sus contratos por la previsión contenida en el mencionado artículo 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, que establece en su apartado 6º que *«corresponderá una compensación económica, equivalente a veinte días de retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades, para el personal funcionario interino o el personal laboral temporal que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización»* organizado al amparo de lo dispuesto en los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 y 2.1 de la Ley 20/2021; por tanto, en estos casos no sería necesario recurrir a la aplicación de los artículos 51 y 52 c) ET ya que se contempla una expresa causa de extinción en este nuevo precepto con la particularidad de que estos trabajadores ya no podrán ver extinguido su vínculo laboral por la amortización de su puesto de trabajo sino solo por la ocupación reglamentaria del mismo tras el proceso selectivo de estabilización que no hubieran logrado superar.

Y para las nuevas contrataciones de personal laboral temporal que excedan de los plazos máximos de permanencia, la Disposición Adicional 17ª del EBEP, añadida por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, establece en su apartado 5º que *«dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año (...)*».

No obstante lo anterior, nos inclinamos por la afirmación<sup>653</sup> de que, además, se mantiene la posibilidad de aplicar estas regulaciones de empleo en el sector público puesto que esta derogación acaba con una regulación específica para el ámbito público pero se mantiene la regulación común que no prohíbe estos despidos cuando procedan por aplicación de la normativa laboral general en los casos legalmente previstos y que forma parte de las medidas de flexibilización externa que siempre podrán ser neutralizadas, si así se prevé, a través de la negociación colectiva.

Así pues, nuevamente será decisiva la actuación de nuestros Jueces y Tribunales como ocurriera con la jurisprudencia<sup>654</sup> anterior a la reforma de 2012<sup>655</sup>.

- Disposición Adicional vigésima sexta, apartado Uno, a) y b), de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado (LGPE) para el año 2017, sobre *Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público*.

Mediante esta disposición se impedía que los trabajadores que prestasen servicios para las empresas descritas en los apartados a) y b)<sup>656</sup>, pudiesen considerarse como “empleados públicos”, ex artículo 8 EBEP, en los casos de reversión o subrogación si se daban las condiciones de la sucesión de empresa establecidas en el artículo 44 ET. De esta manera la integración de

---

<sup>653</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral.....”, op.cit., pp. 101 a 103; en el mismo sentido, Ramos Moragues, F., “Incidencia de la reforma....” [en línea], op.cit., pp. 154 y 155.

<sup>654</sup> Favorable al reconocimiento de la viabilidad, en el seno de las Administraciones Públicas, de la modalidad extintiva mediante despido colectivo, es la STS de 10 de marzo de 1999.

<sup>655</sup> Sobre esta cuestión vid. Castillo Blanco, F.A., “¿Un nuevo episodio....”, op.cit., pp. 315 a 318; también, Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos....”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., pp. 117 a 120.

<sup>656</sup> Y que se refieren a:

“a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.

b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública”.

este personal laboral indefinido de las sociedades mercantiles o fundaciones públicas y consorcios o de los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos en una Administración pública o en una entidad de derecho público se llevaría a cabo sin adquirir la condición formal de empleados públicos, quedando solo vinculados por sus contratos laborales hasta el momento de su extinción.

Esto planteó de nuevo la duda de una cuarta categoría, un sucedáneo del indefinido “no fijo”, un «quartum genus» de vínculos laborales, de muy extraña configuración y aún más difícil concreción en cuanto a derechos y obligaciones<sup>657</sup>; si no van a ser ni personal fijo, ni personal indefinido, ni personal temporal ¿cuál va a ser la condición de estos trabajadores si se produce alguno de los procesos descritos? De hecho comenzó a plantearse la existencia de un colectivo de personal laboral al servicio de la Administración en tierra de nadie empleándose el término «personal subrogado»<sup>658</sup> para referirse al mismo.

A pesar de ello, estas incertidumbres se disiparon desde el momento en que por la STC 122/2018, de 31 de octubre, se derogaron los apartados a) y b) del punto Uno de la DA 26ª de la LGPE por ser materia que excede de la competencia de una Ley de Presupuestos; y con ello se retoma la teoría de la figura del indefinido “no fijo” para las subrogaciones a la Administración<sup>659</sup>.

---

<sup>657</sup> Boltaina Bosch, X., “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron...” [en línea], op.cit., p. 4.

<sup>658</sup> Vid. Boltaina Bosch, X., “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron...” [en línea], op.cit., pp. 2 y 4, que considera que se da un suerte de exclusión indirecta del EBEP de una serie de trabajadores que no están expresamente excluidos en el listado fijado por el mismo, para regirse en el futuro exclusivamente por el Estatuto de los Trabajadores ya que sí se incorporan a la Administración o entidad pública según «las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral»; Maurí Majos, J., “Consecuencias de la...” [en línea], op.cit., p. 118, opina que *el artículo 44 ET demanda la conservación de la relación laboral preexistente, con lo que se entiende que el personal subrogado mantiene una especial vinculación con su propio tipo de contrato y con su puesto de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo.*

<sup>659</sup> Sobre la argumentación formal del órgano constitucional, vid. Mella Méndez, L., “La reversión de servicios...”, en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 427 y 428.

- Disposición Adicional trigésima cuarta, de la LPGE para el año 2017, relativa a la *Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral y declaración del carácter indefinido por resolución judicial*.

Esta Disposición compele, en su apartado Dos, a los órganos competentes en materia de personal a velar por el cumplimiento de la normativa laboral «*para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo*»; e impide que los citados órganos puedan atribuir la condición de indefinido “no fijo” a personal con contrato temporal «*salvo cuando ello se derive de una resolución judicial*»<sup>660</sup>.

- Disposición Adicional cuadragésima tercera, apartado Dos, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018, relativa a la *Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral*.

Al igual que la anterior, en esta Disposición Adicional 43ª se reitera que los órganos de personal «*velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo*» y, se introduce nuevamente la atribución de la condición de indefinido “no fijo” mediante «*resolución judicial*».

Admitir solo el reconocimiento judicial y no permitir la declaración de oficio por la Administración del indefinido “no fijo” cuando es producto de la actuación incorrecta del ente público es objeto de debate y navega en una escala de grises en donde las discrepancias se centran en torno a la vigencia o

---

<sup>660</sup> Por los mismos razonamientos que en el caso anterior, la STC 122/2018, de 31 de octubre, considera inconstitucional el apartado Dos de la DA 34ª, de la LGPE de 2017, en el inciso “ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva” por no tratarse de medidas directamente vinculadas con la política económica y quedar fuera del ámbito de una Ley de Presupuestos.

derogación de esta Disposición Adicional. De entrada, el Tribunal Constitucional<sup>661</sup>, sin abordar directamente la cuestión de la vigencia de la DA 43ª de la Ley 6/2018, considera que en su conjunto la naturaleza de las Leyes de Presupuestos es esencialmente temporal<sup>662</sup>; por contra, se aboga por su vigencia indefinida ya que no ha sido derogada formalmente con lo que «*sus reglas se incorporan al derecho permanente y más específicamente, por su contenido, al Derecho del Trabajo aplicable a las Administraciones*»<sup>663</sup>.

Oportunidades ha habido para reproducir las previsiones de la Ley de Presupuestos de 2018 en las sucesivas Leyes presupuestarias y, sin embargo, a partir de esta última, ni la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, ni la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, ni la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, aluden a esta regulación; se ha producido un silencio legal que genera la incertidumbre de si se retoma la posibilidad existente con anterioridad a la publicación de la Ley de Presupuestos para 2017<sup>664</sup> y se abre la opción de entender que se ha de superar este exclusivo reconocimiento judicial y asumir la viabilidad de que se declare la condición de indefinido “no fijo” por la propia

---

<sup>661</sup> STC 65/1990.

<sup>662</sup> Mella Méndez, L., “La reversión de servicios...”, en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 428, afirma que por los mismos argumentos formales por los que el Tribunal Constitucional deroga la DA 26ª de la Ley de PGE de 2017, se debe entender nula la DA 43ª, apartado segundo, de la Ley de PGE de 2018.

<sup>663</sup> Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación...” [en línea], op.cit, pp. 17, 21 y 43; en el mismo sentido, vid. Boltaina Bosch, X., “Función Pública. El Real Decreto-Ley...” [en línea], op.cit., quien apunta que *la autodeclaración por parte de la Administración continúa prohibida por la Ley 6/2018, que mantiene en este sentido la interdicción de tal posibilidad, que sólo puede darse a través de sentencia judicial firme*; asimismo, Boltaina Bosch, X., “Personal temporal...” [en línea], op.cit., p. 81.

<sup>664</sup> Aunque en este aspecto tampoco ha habido unidad de criterio; así, tenemos sentencias como la del STSJ de Islas Canarias, Tenerife (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 4 de febrero de 2014, declara que “*La cuestión de si las Administraciones Públicas pueden proceder a reconocer al personal laboral el carácter de indefinido, al margen de un proceso judicial, ya ha sido resuelta por este Tribunal en sentido negativo*”, pero también se dan laudos arbitrales como este que declara que el Estatuto de los Trabajadores “*contempla reglas específicas aplicables a la contratación temporal y a su transformación en indefinida, y no excluyen este efecto cuando ello se refiere a personal laboral al servicio de la Administración Pública y al sector Público en su conjunto*” por ello concluye que “*al igual que por vía de sentencia judicial se puede declarar el carácter de indefinidos no fijos (...) idéntica resolución y con idéntico alcance vinculante puede adoptar un laudo, cuya eficacia jurídica se equipara a la propia de cosa juzgada de una sentencia*” (Laudo: 3/05/JVC; Procedimiento: 41-2015-115; Ámbito: Agencia de servicios sociales y de dependencia de Andalucía; Árbitro designado: Jesús Cruz Villalón).



Administración causante de la irregularidad o por laudo arbitral cuya eficacia jurídica es equiparable a la propia de cosa juzgada de una sentencia e, incluso, atribuir esta potestad a la Inspección de Trabajo.

Además, la única referencia de la Ley de presupuestos para 2023 al indefinido “no fijo” se contiene en el artículo 20.Tres. 4 c), que prevé que no computarán en la tasa de reposición «*Las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial*»<sup>665</sup> pero que en modo alguno permite interpretar que, implícitamente, se esté obligando a su reconocimiento de forma exclusiva por sentencia como ocurría en las Leyes anteriores.

A mayor abundamiento, la DA 17<sup>a</sup>, apartado primero, del EBEP recoge en los mismos términos que la DA 43<sup>a</sup> LGPE 2018, la responsabilidad de los órganos competentes en materia de personal en las Administraciones Públicas de velar por evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal, pero no reitera la obligación de reconocer la condición de indefinido “no fijo” mediante sentencia.

Con estos precedentes, participamos de la opinión de que no resulta razonable exigir periplos procesales, trámites judiciales y reconocimientos en virtud de sentencia a unos trabajadores que, se quiera o no, ya poseen un estatus jurídico que viene impuesto por normas laborales de obligado cumplimiento<sup>666</sup>.

Es más, si se trae a colación de nuevo el apartado Uno de la DA 43<sup>a</sup> de la Ley de Presupuestos para 2018 que dispone que los contratos laborales en la Administración «*deberán formalizarse siguiendo las prescripciones y en los términos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores*», resulta propicio pensar en la admisión del indefinido concertado por la Administración cuando

---

<sup>665</sup> La misma y única referencia que se hace también en la Ley de Presupuestos para 2021 (artículo 19. Uno 6).

<sup>666</sup> Gordo González, L., “¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?” [en línea], Instituto de derecho local UAM, 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/es-posible-el-reconocimiento-unilateral-de-la-condicion-de-indefinido-no-fijo-por-parte-de-la-administracion/>

no exista una irregularidad en la contratación ni medie fraude de ley, sino que dicha condición derive de la aplicación ordinaria de la normativa reguladora de la contratación laboral, por qué no admitir, en los mismos términos, el indefinido de oficio por el ente público cuando existe fraude derivado de su propio mal hacer.

Ni lo uno ni lo otro constituyen cuestiones pacíficas<sup>667</sup> porque la doctrina científica no reconoce la transformación automática en la citada categoría por mera voluntad de la entidad contratante mientras subsista la DA de la LPGE de 2018 y la doctrina judicial sostiene que en la Administración no cabe la concertación inicial de esta modalidad contractual<sup>668</sup>, aunque el Derecho Laboral no lo prohíba ni dibuje siquiera obstáculos que lo impidan. De hecho, en cuanto a esto último, en la reforma operada del mercado laboral español introducida por el mencionado Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, se atisba un cambio en esta concepción dado que en su Disposición Adicional cuarta, relativa al régimen aplicable al personal laboral del sector público, contempla la posibilidad de celebrar contratos por tiempo indefinido «*cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación*». Con ello, se admite la figura del indefinido *ab initio* concertado por la propia Administración que como tal viene reconocida en una norma con rango legal, el EBEP, sin adjetivos ni términos enfáticos y que, de ser un error del legislador podría haber sido corregido por el Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero que modifica aquél Decreto.

Es, por tanto, una figura jurídica existente a todas luces en la Administración Pública si bien carente de contenido definido legalmente y de un régimen jurídico propio. A mayor abundamiento, entendemos que se incluiría también en este indefinido *ab initio* a aquél cuyo contrato se ha concertado por tiempo indefinido para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable por las Administraciones

---

<sup>667</sup> Martínez Barroso, M.R., "Precariedad laboral..." [en línea], op.cit.

<sup>668</sup> STS de 22 de julio de 2013.

Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos de carácter finalista, pudiendo ser extinguido el contrato por la insuficiencia de la correspondiente consignación prevista en el artículo 52 e) del ET. Será, por tanto, personal laboral indefinido sujeto a programa o plan extraordinario y generalmente fuera de RPT<sup>669</sup>.

Y así lo reconoció el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de marzo de 2002, que afirma que *«En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001 de 9 de junio, que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores. Con él se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la «ejecución de planes o programas públicos determinados», cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito»*.

Igualmente, con la derogación de la DA 16ª ET que disponía que se entenderán que concurren causas económicas *«cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes»* y que reconducía el despido al artículo 52 c) ET, será de nuevo la vía del artículo 52 e) ET la adecuada para la extinción de este personal indefinido de las entidades públicas por disminución de las consignaciones presupuestarias.

Lo anterior se pone en contraste y lo diferencia del otro indefinido, el que no lo es desde el origen pero que deviene como tal tras sentencia, y a nuestro parecer, tras laudo o resolución administrativa, por la que se reconoce la

---

<sup>669</sup> Un apunte sobre esta cuestión es la sorprendente introducción por el legislador en la Disposición Adicional quinta del RDL 32/2021, de la posibilidad de celebrar *“contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público”* para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o programas financiados con Fondos Europeos; por un lado, desaparecido el contrato por obras y servicios, no existe en el ET un tipo de contrato temporal que se ajuste a lo establecido en esta DA 5ª y, por otro lado, la extensión en el tiempo de estos programas (a saber, el PRTR se prolonga desde 2021 a 2026) no enlaza bien con el concepto de temporalidad, con lo que lo propio hubiera sido reconducir estas contrataciones al tipo contractual indefinido sujeto a programa y cuya finalización se halla legalmente prevista a través del artículo 52 e) ET.

situación fraudulenta, si bien con el inconveniente de que se continua sin un régimen jurídico claro para este trabajador indefinido del sector público.

No obstante, es posible que estemos ante un debate estéril porque, como señala Boltaina Bosch, tras la Ley 20/2021 *hay una incógnita sobre su pervivencia jurídica en el futuro*<sup>670</sup>, dadas las críticas abiertas sobre la existencia del indefinido “no fijo” a través de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, aunque haya autores, como Ramos Moragues<sup>671</sup> que consideran que la entidad del cambio es de tal trascendencia e importancia que no estamos ante una desaparición automática sino que merece un pronunciamiento expreso del legislador por el que se acabe con el indefinido “no fijo”. En nuestra opinión, con las modificaciones y la nueva redacción del artículo 15 del ET y con la Disposición adicional decimoséptima, apartado 5, del EBEP, se intuye la desaparición gradual del indefinido “no fijo” en los supuestos de irregularidades en las contrataciones temporales o que superen el plazo máximo legal permitido, por lo que previsiblemente ya no será necesario volver sobre esta cuestión respecto del personal temporal irregular contratado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

- Artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, artículo 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018<sup>672</sup>, artículo 2 y Disposición adicional sexta de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

En el caso de los tres artículos mencionados se trata de la organización de sendos procesos de selección por el sistema de concurso-oposición, iniciado el primero de ellos en 2017, y por los que se pone en marcha la

---

<sup>670</sup> Boltaina Bosch, X., “La clasificación de los empleados públicos...” [en línea], op.cit., p. 81.

<sup>671</sup> Ramos Moragues, F., “Incidencia de la reforma laboral...” [en línea], op.cit., p. 151.

<sup>672</sup> Vid. Resolución de 22 de marzo de 2018, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se publica el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE 26 de marzo de 2018).

estabilización del empleo interino y laboral temporal de larga duración en consonancia con lo dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª del EBEP.

Asimismo, mediante la Disposición adicional sexta de la Ley 20/2021 se prevé que las Administraciones Públicas convoquen, con carácter excepcional, por el sistema de concurso, aquellas plazas que, reuniendo los requisitos del anterior artículo 2 de la mencionada Ley 20/2021, hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, es decir, para aquellos empleados públicos temporales que lleven desempeñando sus funciones más de cinco años.

Dejando al margen al personal funcionario interino, la cuestión es si dicha estabilización se refiere solo al personal laboral temporal en sentido estricto, aludiendo a una de las tres categorías en las que el EBEP clasifica al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en sus ya mencionados artículos 8.2 c) y 11.1, o incluye en esos procesos de estabilización al personal indefinido vía judicial dada la vertiente temporal en la que se encuadra al trabajador que ostenta por sentencia una relación no fija con la Administración.

Como tal, no se hace alusión a los términos indefinido (del EBEP) o indefinido “no fijo” (de la jurisprudencia) ni en la Exposición de Motivos ni en las disposiciones de las mencionadas leyes que introducen estos procesos de estabilización; pero como el personal laboral indefinido declarado por sentencia se encuentra en una situación de temporalidad sujeto a la obligación de su cobertura reglamentaria, parecería de todo punto lógico pensar que la regulación sobre estabilización del empleo público temporal contenida en los preceptos de las Leyes de Presupuestos de los años 2017 y 2018 (en esa obstinada obsesión del legislador de las normas presupuestarias por regular materias propias del Derecho Administrativo), así como en la citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre, vincula directamente también a este personal laboral indefinido “no fijo” entendiendo en este caso que los artículos

mencionados formarían parte de su regulación jurídica<sup>673</sup>, quedando excluido el indefinido *ab initio*<sup>674</sup>.

De hecho, así se ha entendido por la Resolución de la Secretaría de Estado de Función Pública de 1 de abril de 2022, sobre las orientaciones para la puesta en marcha de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre<sup>675</sup>, en la que se dispone que dichos procesos podrán incluir las plazas ocupadas por personal declarado indefinido “no fijo” por sentencia judicial siempre que las mismas cumplan con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural que fija la ley.

Estos procesos de estabilización confirman que el indefinido “no fijo” no es más que un trabajador temporal, que necesita ser objeto de estabilización como cualquier otro temporal y cuya diferencia estriba en que uno ha acudido a los tribunales para denunciar su situación fraudulenta y otro no, pero en esencia son lo mismo, temporales que para consolidar su puesto de trabajo han de pasar por los procesos reglamentariamente establecidos lo que, por otra parte, no ocurre con el indefinido *ab initio*. Estos matices son los que hacen ensombrecer la teoría de que el indefinido de creación jurisprudencial se halle incluido en la figura del indefinido que recoge el EBEP: no es ni indefinido,

---

<sup>673</sup> Así se ha contemplado en la *Resolución de 23 de diciembre de 2021, de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, M.P. por la que se aprueba una Oferta de Empleo Público adicional y extraordinaria, para la estabilización de empleo temporal en esta Agencia*, publicada el mismo día que entraba en vigor la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, y al amparo de la habilitación legal contenida en el artículo 2 de la misma, y que en su Resuelve Primero ordena la publicación de la Oferta de Empleo Público Extraordinaria para la estabilización de empleo temporal en la Agencia, en la que se incluyen las *plazas ocupadas de forma temporal* al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020 y las *plazas ocupadas por personal indefinido no fijo declarado por sentencia*.

<sup>674</sup> Ejemplo de ello es el Decreto 90/2022, de 31 de mayo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización del empleo temporal en las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz para el año 2022 (BOJA de 31 mayo 2022, núm. 20- Extraordinario), que ha incluido al personal indefinido no fijo declarado por sentencia pero no así el personal indefinido que ya ostentaba esa calificación conforme al derecho laboral con anterioridad a su integración en las entidades instrumentales andaluzas.

<sup>675</sup> La doctrina también lo entiende así, vid. Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación...” [en línea], op.cit., pp. 24 y 27, que afirma que los procedimientos de estabilización resultan sin duda de aplicación a los trabajadores temporales que han alcanzado la condición de indefinidos no fijos.

ni goza de un plus de estabilidad; es un trabajador público temporal a todos los efectos.

- Disposición Adicional decimoséptima, apartado 5, del EBEP introducida por el art. 1.3 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

Como novedad, en la misma se contempla que el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia, circunstancia esta que se encuentra en la base de la declaración judicial de indefinido del personal laboral de la Administración, *«dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica»*.

Cabe cuestionarse si a partir de su entrada en vigor, en caso de que se transgredan los plazos máximos de la contratación temporal, se está permitiendo extinguir la relación laboral al margen del proceso selectivo que la Administración venía obligada a organizar para cubrir la plaza ocupada por el temporal irregular. En ese caso, y acudiendo a la opinión de autorizada doctrina<sup>676</sup>, tras la nueva redacción del artículo 15 ET en la que se sustituye la presunción de fijeza por el concepto unitario de fijo a todos los efectos, todo apunta a que con el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia se convertiría al trabajador público en fijo y con la DA 17<sup>a</sup> se reconocería una compensación económica igual a la prevista en derecho laboral para las extinciones contractuales y se volvería al despido objetivo del art. 52 c) ET para su cese, que si bien la regulación para el sector público ha sido expresamente derogada, consideramos totalmente viable para la Administración por la vía general prevista para cualquier empleador privado.

---

<sup>676</sup> Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J. y Puebla Pinilla, A., “La reforma laboral de...” [en línea], op.cit., p. 51. Asimismo, Guzmán M.A. y Rodríguez-Piñero M., en “La reforma Laboral (III): el empleo público” [en línea]. Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-reforma-laboral-iii-el-empleo-publico/> [Consultado el 14.12.2022].

III. La identificación de los elementos y realidades jurídicas que forman parte del contenido de la figura del personal laboral indefinido.

En cuanto a las características propias de esta figura, varias son las premisas que serán objeto de análisis en este apartado al objeto de determinar los elementos que lo definen y analizar cuáles son las notas que deben concurrir en cada caso.

1. Fraude de ley por concertar contratos temporales en los que no se acreditan las necesidades provisionales sino que responden y atienden requerimientos permanentes de la Administración Pública.

Como manifiesta Ojeda Avilés<sup>677</sup>, siguiendo a Alonso Olea, el contrato de trabajo no puede dejarse en su duración y vigencia al arbitrio de una de las partes; solo cuando existe un motivo objetivo razonable puede permitirse la cláusula de la temporalidad quedando al margen la elección arbitraria del empleador del tipo de relación laboral.

En principio, y hasta la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo en la Administración sea extraordinaria y resulte insuficiente el personal fijo empleado por la misma<sup>678</sup>; asimismo, esta contratación es admisible cuando se trata de trabajos imprevisibles o fuera de cualquier ciclo regular<sup>679</sup> o cuando se refieran a la realización de actividades que no formen parte de las tareas

---

<sup>677</sup> Ojeda Avilés, A. “Los acuerdos de estabilización.....”, op. cit., p. 86, en referencia a la ponencia “Trabajo eventual o por tiempo limitado” en el IV Congreso Iberoamericano de Direito do Trabalho em Portugal.

<sup>678</sup> En estos casos la legislación laboral permite acudir al contrato de interinidad para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva (art. 4 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre); para un estudio detallado de este contrato en el ámbito de la Administración, vid. Jover Ramírez, C., “La centralidad de la figura del interino laboral en el empleo público” [en línea], XXXIX Jornada universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Análisis actual de la contratación laboral, Cádiz, 25 y 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/formacion/39-jornadas-universitarias>

<sup>679</sup> Es el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción que se concerta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (art. 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre).



ordinarias y permanentes de la Administración Pública<sup>680</sup>, si bien, con el mencionado Real Decreto-ley desaparece esta última posibilidad de celebrar contratos para obra o servicio determinado; la jurisprudencia que se ha dedicado al estudio de esta última figura ha determinado finalmente la desaparición de la misma al considerarse una «*modalidad contractual fuertemente cuestionada por las jurisprudencias interna y comunitaria (STS1137/2020, de 29 de diciembre de 2020 y STJUE de 24 de junio de 2021 –C 550/19–)*»<sup>681</sup>. Tiene toda su lógica, ya que en un ordenamiento en el que se presume que el contrato de trabajo se concierta por tiempo indefinido<sup>682</sup>, es de difícil encuadre y resulta complicado defender la temporalidad de un contrato cuya vigencia se puede extender, con habilitación convencional, incluso hasta los cuatro años de duración.

Así pues, la insuficiencia de plantilla ante picos de actividad, los trabajos extraordinarios o las tareas que no tienen carácter permanente han actuado como justificación para realizar contratos de interinidad por vacante, contrataciones por acumulación de tareas, contratos por obra o servicio determinado y, en definitiva, como causas que habilitan para la contratación temporal estructural o causal en cualquiera de las modalidades<sup>683</sup> admitidas en la legislación laboral<sup>684</sup>.

---

<sup>680</sup> Contrato para obra o servicio determinados que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, cuya regulación se contenía en el ya derogado Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>681</sup> Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

<sup>682</sup> Artículo 15.1 ET.

<sup>683</sup> Roqueta Buj, R., “La contratación temporal en las Administraciones Públicas” [en línea], Instituto Nacional de Administración Pública INAP; 2019, p. 10. Disponible en: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/la-contratacion-temporal-en-las-administraciones-publicas-2/>

<sup>684</sup> García Rubio, M.A., “La contratación laboral...”, en *Las relaciones laborales en el sector público*, op.cit., p. 337, reconoce que de la combinación del art. 11 del EBEP, que ofrece la posibilidad de utilizar cualesquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, con el art. 15 del ET, es perfectamente admisible recurrir a los tres tipos de contratos temporales del Derecho del Trabajo. En este sentido, el Reglamento 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada alude en su art. 1 a estos tres supuestos de contratos de duración determinada.

Ya se ha visto que el empleado público temporal laboral debe ingresar en la Administración a través de procesos de selección más ágiles, pero que observen los principios previstos en el artículo 55 del EBEP (lo que se ha reforzado recientemente con la redacción del nuevo apartado 3 del art. 11 del EBEP), adaptados a la urgencia o situación extraordinaria, para trabajos no permanentes y, en ocasiones, fuera de RPT y de ahí su justificación como contratación de carácter temporal. Por ello, huelga decir que se presume que, cualquiera que sea el tipo de contrato laboral temporal formalizado por la Administración, se habrá dado pulcro cumplimiento a estos requisitos por lo que no será esto sino la actuación al margen de esta casuística contractual, reformulada con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, la que conllevará la celebración de contrataciones temporales carentes de justificación legal y para realizar de forma impropia actividades permanentes de la Administración y la declaración judicial del carácter indefinido del vínculo por fraude de ley.

Es de lamentar que esta forma de hacer haya alcanzado tal magnitud que, como venimos analizando, ya sean numerosos los pronunciamientos europeos<sup>685</sup> y las sentencias nacionales<sup>686</sup> que advierten sobre la ilicitud de estas contrataciones sin causa temporal y para el desempeño de actuaciones permanentes.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016<sup>687</sup>, considera que *«[es] contraria al Derecho de la Unión Europea la aplicación que las autoridades hacen renovando sucesivamente nombramientos de duración determinada justificándolos en razones objetivas para garantizar la prestación de servicios*

---

<sup>685</sup> En el mismo sentido, la STJUE de 19 de marzo de 2020, en su apartado 79, afirma que *si el empleado público temporal no atiende necesidades extraordinarias, esporádicas o coyunturales, sino a tareas y cometidos duraderos, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de personal estatutario comparable, es que se encuentra en situación de abuso contrario a la Directiva 1999/70/CE.*

<sup>686</sup> STS de 1 de abril de 2009 y STSJ Andalucía de 10 de julio de 2014, STSJ Madrid de 9 de enero de 2015 o STSJ Comunidad Valenciana de 29 de abril de 2014, entre otras.

<sup>687</sup> Asunto C-16/15, caso María Elena Pérez López.

*determinados de naturaleza temporal, conyuntural o extraordinaria, cuando en realidad se trata de necesidades permanentes y estables».*

Asimismo, en las conclusiones de la abogada general, Juliane Kokott, presentadas el 17 de octubre de 2019<sup>688</sup>, se señala que el Tribunal de Justicia Europeo:

*«ha reconocido que una normativa nacional que permite renovar sucesivos contratos de trabajo de duración determinada con la finalidad de cubrir plazas vacantes [en escuelas públicas] hasta la conclusión de los procesos de selección puede estar justificada por una razón objetiva. En cambio, no existe tal justificación cuando del examen del caso concreto se desprende que la renovación de los contratos de trabajo o relaciones laborales sucesivos no se utiliza, de hecho, para atender necesidades provisionales, sino más bien para cubrir necesidades permanentes y duraderas del empleador en materia de personal».*

Por su parte, el Tribunal Supremo, en consonancia con la STJUE de 3 de junio de 2021<sup>689</sup>, ha dictado la sentencia de 28 de junio de 2021<sup>690</sup> en la que, dando un giro a su doctrina<sup>691</sup>, establece que en los supuestos de

---

<sup>688</sup> Asuntos acumulados C-103/18 y C-429/18. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 8 y el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid.

<sup>689</sup> Asunto C-726/19, caso IMIDRA, que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Madrid y declara que el régimen jurídico nacional hasta ahora aplicado al personal interino no se ajusta al Derecho de la UE, en cuanto no garantiza el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70, afirmando en su apartado 67 que (...) *una normativa nacional que prevé la organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada, así como los plazos concretos a tal fin, pero que no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente, no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva, por parte del empleador de que se trate, de sucesiva relaciones de servicio de duración determinada* (véase, en este sentido, la sentencia de 19 de marzo de 2020, Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez, C-103/18 y C-429/18, apartado 97).

<sup>690</sup> TS (Sala de lo Social), sentencia núm. 649/2021 de 28 junio.

<sup>691</sup> Para un estudio del tema vid. Fernández Márquez, O., "Fuentes de Derecho del Trabajo" [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 241/2021 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; en este estudio se analiza que el devenir jurisprudencial ha ido en la línea de reconocer que el plazo de 3 años debía interpretarse desde una perspectiva flexible; así, la STS de 16 de julio de 2020 afirma que la superación del plazo de 3 años previsto en el art. 70 EBEP no determina de forma automática su conversión en indefinido, pues tal declaración sólo procede cuando se aprecie la existencia de fraude de ley o abuso en la contratación, lo que no concurre, en particular, cuando las convocatorias para cubrir las ofertas de empleo quedan

interinidad por plaza vacante producida mientras dura el proceso de selección para su ocupación definitiva, la justificación de su cobertura provisional desaparece y procede su conversión en contrato por tiempo indefinido cuando el empleador incumple su obligación legal de organizar un proceso selectivo, siendo de aplicación, con carácter general, el plazo de 3 años por ser el límite legal de determinados contratos temporales (art. 15 ET<sup>692</sup>) y ser el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público (art. 70 EBEP), y sin que la paralización de dichas ofertas por las leyes presupuestarias justifique la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada.

En general, la falta de flexibilidad en las entidades públicas en cuestiones relacionadas con los recursos humanos unida, en muchas ocasiones, a la falta de diligencia en el proceder de los responsables de lo público, ha provocado que se acuda a estos mecanismos temporales al margen de la legalidad cuando lo propio hubiera sido acogerse a una ampliación de la RPT con la consiguiente convocatoria pública de selección de personal<sup>693</sup> pero que, en la práctica, resta agilidad a las necesidades inmediatas de personal.

No dudamos de que lo jurídicamente admisible y defendible es lo que se acaba de exponer, es decir, crear la vacante en RPT, dotarla presupuestariamente y proceder a la correspondiente oferta de empleo público, pero es que de esta rigidez es de donde surge precisamente lo anómalo, un

---

paralizadas por la grave crisis económica y por las normas que restringieron el gasto público durante ese tiempo. En el mismo sentido, la STS de 10 de junio de 2020 dispone que el plazo de 3 años establecido en el art. 70 EBEP no puede entenderse en general como una garantía inamovible. Vid., asimismo, Segoviano Astaburuaga, M.L., "Interinidad e irregularidades en la Administración Pública", en *La obra jurídica de Aurelio desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021, pp. 752 a 754. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218); sentencia igualmente comentada por Cavas Martínez, F., "Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza" [en línea], Revista de Jurisprudencia Laboral, número 7/2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001346](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001346)

<sup>692</sup> En su redacción anterior a la reforma de diciembre de 2021.

<sup>693</sup> Martínez Barroso, M.R., "Precariedad laboral..." [en línea], op.cit..

problema endémico<sup>694</sup> que aparece y desaparece de nuestro Ordenamiento pero que siempre está ahí. La mayor rigidez y menor agilidad de los procedimientos convencionales de reclutamiento de la función pública no casan bien, desde nuestro punto de vista, con lo que sería deseable para una Administración del siglo XXI y con las nuevas demandas de la misma en materia de personal que balancean hacia sistemas más dinámicos que permitan dar respuestas más rápidas. Y de ahí surge la distorsión de celebrar contrataciones temporales para el desarrollo de tareas permanentes.

Entendemos que, con los mecanismos legales que permitiesen a la Administración contratar con carácter indefinido, se evitaría caer en el fraude y en la desviación de la contratación temporal, y se haría un uso más racional del “indefinido” del EBEP. Y todo ello siendo conscientes de que esta solución tendría que pasar primero por dar un contenido jurídico<sup>695</sup> a lo que se ha de entender por indefinido catorce años después de su aparición en el texto normativo del Estatuto Básico del Empleado Público y superar una doctrina jurisprudencial, a nuestro entender, agotada.

Con todo, la cuestión básica supondría abandonar la definición jurisprudencial de indefinido, nacida como consecuencia de irregularidades en la contratación y que no ha servido de solución después de veinte años de vaivenes conceptuales contradictorios y claroscuros que no han hecho sino añadir más confusión en un momento en el que la figura comienza a revelarse insuficiente y consumida en esencia por su propia incapacidad de actuar como sanción disuasoria, tal y como nos recuerda el TJUE y que veremos cuando analicemos la viabilidad de la sanción bajo los dictados de Europa.

A mayor abundamiento, y a nuestro parecer, con la mencionada reforma del EBEP en el año 2021 a la que acabamos de hacer referencia, el legislador está dando señales que permiten entender que el empleo temporal sujeto a

---

<sup>694</sup> En palabras de Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito...” [en línea], op. cit.

<sup>695</sup> En este sentido, Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito...” [en línea], op. cit., quien aboga por un cambio jurídico que defina las figuras.

derecho laboral se consolida en nuestro Derecho Administrativo, como vía de contratación válida y legal, y no como una puerta de atrás para acceder al empleo público de forma irregular; la contratación temporal no debe estar abocada al fracaso y al fraude pero, en caso de producirse, la solución debe ir más en la línea de exigir responsabilidades<sup>696</sup> a los titulares de esos órganos empleadores públicos y pasar de la consecuencia legal a la imposición de sanciones disuasorias a la Administración que conculca sistemáticamente las normas de Derecho Laboral y a las que se encuentra vinculada por el principio de legalidad del artículo 9.3 CE.

Una Administración diligente en su actuación debe encontrar la habilitación legal hacia la contratación indefinida o hacia el carácter indefinido de los trabajos temporales que adquieren la condición de estructurales (como puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de redistribución o transferencia de competencias entre Administraciones).

Sería deseable que *de lege ferenda*<sup>697</sup> abordara el indefinido no como sanción sino como modalidad de contratación “*ab initio*” dentro de la trilogía

---

<sup>696</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación...”, op.cit., p. 39, apunta a la exigencia de responsabilidades *tales como sanciones administrativas a imponer por la autoridad laboral (...)* *responsabilidad disciplinaria y aún penal*; asimismo, Pérez Guerrero, M.L. “La relación laboral indefinida...” [en línea], op. cit., p. 39, considera incluso la aplicación de responsabilidades penales (citando a Fernández Ramos, S., “El acceso al empleo público: igualdad e integridad”, en Revista Española de Derecho Administrativo, nº 46, 2017); asimismo, Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito...” [en línea], op. cit., señala que se *responsabilice a quien efectúa estas contrataciones contraviniendo el marco definido*; también, Palomar Olmeda, A., “La relación de duración determinada en el ámbito del empleo público”, en *La jurisprudencia Social Europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, Alonso García, R. (dir.) y Ugartemendia J.I. (dir.), IVAP, Primera edición, Oñati 2018, p. 139; Igualmente, López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...»” [en línea], op. cit., p. 111, asumen que la persona titular del órgano de contratación *asumiría la responsabilidad que le pudiera corresponder por la irregularidad cometida, ya sea ésta de carácter disciplinario, patrimonial o, en su caso, penal, así como sanciones administrativas por la autoridad laboral, con base en el art. 7.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*; vid. asimismo Rojo Torrecilla, E. “Y, finalmente, son indefinidos no fijos. La azarosa vida judicial de los ALPES (agentes locales de promoción de empleo) de Andalucía. A propósito de la sentencia de la Sala Social del TS de 17 de septiembre de 2020 tesis reiterada en la de 30 de septiembre” [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/y-finalmente-son-indefinidos-no-fijos.html> [Consultado el 20.01.2022]; el autor apunta a que la responsabilidad económica por el mal uso de la contratación temporal recaiga sobre el titular del departamento que haya autorizado la contratación irregular o haya permitido que una contratación regular se haya convertido en contraria a derecho.

<sup>697</sup> Gordo González L., “¿Es posible el reconocimiento...?” [en línea], op. cit., afirma que sería ciertamente recomendable que el legislador acometiera urgentemente una regulación integral de la

prevista en el EBEP o que acaece cuando el contrato temporal con la Administración, por las causas legalmente previstas, se transforma en relación laboral estable no sujeta ni a término ni a condición resolutoria. Y si, como se afirma<sup>698</sup>, no debe existir diferencia entre el fijo y el indefinido porque sería contradictorio con los artículos 9.2 y 14 de la CE salvo en lo que se refiere a la extinción del vínculo, una vez superada la concepción del indefinido como sanción, las diferencias entre una u otra figura quedarían solo para los casos legalmente establecidos, como son la prioridad de permanencia en los procesos de reestructuración del empleo público que se ha mantenido en el ET durante 10 años<sup>699</sup> (despidos colectivos) o la especial protección del fijo frente al indefinido en los supuestos de extinción por despido disciplinario declarado improcedente. Lo que, enlazando con lo anterior, determinaría que las distinciones quedasen solo reservadas para las formas de acceso otorgando un plus de estabilidad, próxima a la del funcionario de carrera, para el personal laboral fijo.

Obviamente, no es esta la línea generalizada que sigue defendiendo el vínculo del indefinido como una *situación transitoria*<sup>700</sup> hasta la cobertura definitiva de la plaza tras la realización del preceptivo proceso reglamentario de selección o la amortización de la misma.

Pero consideramos que evitar el fraude de ley que se produce cuando se intenta dar apariencia de necesidad provisional a lo que es permanente o de actividad excepcional a trabajos estructurales debe ser el objetivo; el fraude de ley «*es, sin género de duda, una irregularidad patológica que aqueja al sistema de contratación laboral temporal*»<sup>701</sup> en la Administración Pública.

---

figura del indefinido no fijo, muy especialmente de las formas de reconocimiento de dicha condición. Debe garantizarse la seguridad jurídica, pero sin olvidar ni menospreciar la eficacia y eficiencia de la gestión de los recursos humanos en la Administración Pública.

<sup>698</sup> Muñoz Molina, J. "Derecho a participar..." [en línea], op. cit.

<sup>699</sup> Diferencia que desaparece de la norma de forma expresa a partir del 30 de marzo de 2022.

<sup>700</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., "El personal «indefinido....»" [en línea], op. cit., p. 105.

<sup>701</sup> STSJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2010.

Además, conviene añadir<sup>702</sup> que la cláusula 5, apartado 1, letra a), de la mencionada Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que,

*«se opone a la aplicación de una normativa nacional, (...) conforme a la cual la renovación de nombramientos temporales sucesivos en la sanidad pública se considera justificada por «razones objetivas», a efectos de la citada disposición, por el hecho de que los nombramientos se basen en normas que permiten su renovación con el fin de garantizar la prestación de determinados servicios de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria, aunque, en realidad, la necesidad de personal sea permanente y duradera y no exista una garantía de que la autoridad de que se trate cumple sus obligaciones legales para atender esa necesidad y para que se ocupen de modo permanente esas plazas, o adopta medidas equivalentes para prevenir y evitar el uso abusivo de sucesivos nombramientos temporales».*

Estos pronunciamientos europeos están redirigiendo el sentido de sentencias nacionales que apuntan a la fijeza, como la sentencia del TSJ de Baleares de 3 de mayo 2021<sup>703</sup>, que afirma que, en el caso enjuiciado,

*«(...) La demandante superó el proceso selectivo y si no obtuvo plaza fue porque a pesar de existir plazas para atender necesidades ordinarias y permanentes de la empresa estas se cubrieron, en evidente fraude de ley, mediante contratos temporales. Si la empresa hubiera ofrecido a quienes superaron el proceso selectivo todas las plazas destinadas a atender necesidades permanentes de la empresa y, por tanto, de carácter fijo, la demandante habría sido contratada con esta condición del mismo modo que lo fue la persona que la sustituyó por la sola circunstancia de que en este momento la empresa había decidido que la plaza había de cubrirse con carácter fijo y no temporal. Siendo en uno y*

---

<sup>702</sup> Volviendo a las conclusiones de la abogada general, Juliane Kokott, presentadas el 17 de octubre de 2019.

<sup>703</sup> En el mismo sentido, la STSJ de Baleares núm. 240/2020 de 28 julio.



*otro momento las tareas propias a desarrollar de carácter permanente y fijo también la contratación debía ser fija. Permitir que la empresa pueda en cada momento decidir de manera arbitraria cuando una plaza debe cubrirse con carácter fijo o con carácter temporal es tanto como dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones*

*(...) Y lo que debe determinar uno u otro tipo de contratación no puede ser la decisión arbitraria de la empresa, o del acuerdo de esta con la representación de los trabajadores, sino la verdadera y real naturaleza temporal o fija de los servicios que se tratan de cubrir con tal contratación.*

*En consecuencia, prospera el recurso, que se estima para revocar y dejar sin efecto la sentencia recurrida [que había declarado la relación como INF] y, en su lugar, entrando a resolver la cuestión planteada en la instancia se declara que la relación laboral habida entre las partes es de carácter indefinido fijo».*

Y esta es la línea en la que nos posicionamos, o se deja a la Administración la transformación del contrato temporal en indefinido cuando la actividad deviene permanente o, superado el oportuno proceso selectivo para acceder al empleo público temporal en el que quedan salvaguardados los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo procedente es la declaración de fijeza del trabajador ante la actuación torticera y la desviación legal en el hacer de la Administración que utiliza erróneamente el empleo temporal. La naturaleza pública del empleador no debe ser causa suficiente que acabe con el principio de estabilidad en el empleo (art. 35 CE) por el grave incumplimiento del principio de seguridad jurídica que ello entraña.

Lamentablemente, así lo ha entendido la Sala de lo Social del TSJ de Baleares pero no la Sala Cuarta de nuestro Tribunal Supremo.

## 2. Concierto irregular de la contratación temporal por no respetar los principios legales de acceso al empleo público.

El EBEP, si bien no incluía en principio explícitamente a los contratos temporales entre los que debían observar los sistemas de acceso al empleo público de su artículo 61, implícitamente estos contratos temporales tenían la obligación de dar cumplimiento a los principios del artículo 55<sup>704</sup> y es, a partir de la reforma del EBEP del año 2021, cuando la selección del personal laboral, sea fijo o temporal, habrá de responder a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad y articularse por alguno de los procedimientos de acceso al empleo público, en los mismos términos que para la selección del personal funcionario.

La cuestión es que no se ha previsto un sistema selectivo específico para este personal laboral temporal armonizado con las notas de celeridad, agilidad y flexibilidad que las Administraciones Públicas necesitan si se quiere dotar a las mismas de eficacia administrativa en materia de recursos humanos.

Así, como en el caso analizado en el epígrafe anterior, la pulcritud en la actuación de unas Administraciones frente a la posible laxitud con la que actúan otras, hace que se carguen sobre el trabajador, la parte más vulnerable de la relación contractual, unas consecuencias que no dependen de su voluntad: la actuación correcta de la Administración que observa el cumplimiento de los principios legales en el marco de un procedimiento de acceso le hará caer en el lado de la legalidad mientras que la falta de diligencia de la misma en el desempeño de sus obligaciones como empleadora pública determinará la existencia de una contratación temporal fraudulenta con efectos nefastos para el trabajador afectado de una precariedad e inestabilidad que no ha provocado. Por ello, no deberíamos recurrir a calificativos fáciles que hablan

---

<sup>704</sup> Roqueta Buj, R., "La contratación temporal..." [en línea], op.cit, p. 125; Quintans García, J., "La contratación laboral..." [en línea], op.cit., pp. 77 y 78.

de un personal que se “apantilla”<sup>705</sup> porque buscan en la vía judicial una fijeza y una estabilidad laboral que no les proporciona su Administración Pública, que es quien, a la postre, comete la infracción lo que les convierte, en todo caso, en «víctimas del desacierto organizativo»<sup>706</sup>.

Lo cierto es que, hasta el momento, la jurisprudencia<sup>707</sup> había optado por no conceder el carácter fijo a la relación laboral que une a la persona trabajadora con la Administración cuando los principios rectores de acceso no quedan garantizados por ser, precisamente, las situaciones que en mayor medida contribuyen «a ampliar la ya de por sí sospecha generalizada de clientelismo, favoritismo, amiguismo, nepotismo y corporativismo que envuelve el acceso del personal laboral a la función pública»<sup>708</sup>.

Ciertamente, en el marco de la legalidad vigente y de nuestro derecho constitucional, difícil defensa tiene intentar abanderar la protección jurídica de estos contratos celebrados sin el más mínimo respeto de los elementos básicos de acceso al empleo público laboral temporal y que suponen una vulneración absoluta e inadmisibles del principio de igualdad en la ley del artículo 14 CE que garantiza que no existan privilegios o diferencias infundadas. Por ello, este es el supuesto que mejor casa con la definición jurisprudencial de indefinido “no fijo”.

No obstante, si hasta aquí el incumplimiento de estos principios jurídicamente exigibles con toda lógica hacía decaer automáticamente la aplicación de la estabilidad laboral del artículo 15 ET, encontramos hasta dos

---

<sup>705</sup> Roqueta Buj, R., “La contratación temporal...” [en línea], op.cit, p. 133; la misma terminología es empleada por Boltaina Bosch, X. “Los procesos selectivos...” [en línea], op.cit., p. 154; asimismo, Jiménez Asensio, R., “Doce tesis y seis hipótesis...” [en línea], op.cit. Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-seleccioccc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>

<sup>706</sup> En palabras de Nevado-Batalla Moreno, P.T., “La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración” [en línea], Documentación Administrativa, número 8, diciembre de 2021, Sección: Artículos, pp. 115 a 136. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/11027/12117>

<sup>707</sup> La sentencia del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 777/2020 de 17 septiembre, que confirma la Sentencia de 24 de mayo de 2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, sede Málaga.

<sup>708</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...»” [en línea], op. cit., p. 103.

razones por las que en estos casos también llega a ser defendible la fijeza del trabajador público:

- Por un lado, bajo el escudo del necesario respeto por parte de la Administración del principio constitucional de igualdad en la ley (art. 14 CE), se están dejando atrás aspectos tan importantes como el principio de legalidad (art. 9 CE), el derecho al trabajo que reconoce nuestra Constitución (art. 35 CE) o el derecho a la igualdad del artículo 14 del mismo texto normativo, en su vertiente de igualdad ante la ley, es decir, a recibir el mismo trato y la misma protección tanto si el trabajo se desarrolla en el ámbito privado como en el público.

La garantía general de “igualdad en la ley” dimana del artículo 14 CE, si bien la específica “igualdad en el acceso al empleo público laboral” se deriva del EBEP por expresa remisión del mismo a los principios contenidos en nuestra Carta Magna. En este sentido, se plantea si, *«a fin de determinar la existencia de indefinidos no fijos o fijos, lo que habría que ponderarse en su caso, no es el enfrentamiento entre la CE vs Estatuto de los Trabajadores, que por potencia constitucional, la norma estatutaria laboral quedaría neutralizada y cuyo resultado dio al indefinido no fijo sino que, lo que se estima ajustado a ponderación sería el Estatuto de los Trabajadores con el Estatuto Básico del Empleado Público»*<sup>709</sup>, valorándose si el ET, por su especialidad, desplaza al EBEP, que carece de una norma sancionadora similar al respecto, con lo que ya carecería de sentido la locución indefinido “no fijo” y se alzaría como norma aplicable la fijeza prevista en el Estatuto de los Trabajadores.

- Por otro lado, si lo que se buscaba era ponerle un nombre al fraude en la contratación laboral temporal en el empleo público apodándole indefinido “no fijo” para que nada cambiara y seguir tratándole como un temporal,

---

<sup>709</sup> Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., “La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración” [en línea], en El Consultor de los Ayuntamientos, Nº 17, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 15 al 29 septiembre 2017, p. 2.061, Editorial Wolters Kluwer. Disponible en: [https://elconsultor.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTQ1MzA7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDc0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmJScX5OaUlqaFGmbUhRaSoADuQe0UYAAAA=WKE#DT0000251560\\_NOTA1](https://elconsultor.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTQ1MzA7Wy1KLizPw8WyMDQ3MDc0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmJScX5OaUlqaFGmbUhRaSoADuQe0UYAAAA=WKE#DT0000251560_NOTA1)

tras la doctrina del TJUE esto se revela insuficiente y se busca la sanción y la medida disuasoria efectiva, ya que hallar un calificativo para la actuación dolosa de la Administración ya se ha demostrado a lo largo de varias décadas que ni actúa como mecanismo coercitivo ni disuade al ente público empleador de su actitud incumplidora.

Ante situaciones ya manidas por el transcurso del tiempo y aún sin quedar garantizados los principios de acceso al empleo público, lo cual es de una gravedad extrema desde el punto de vista jurídico administrativo, algunas sentencias empiezan a reconocer la condición de «fijo e indefinido», como la del Juzgado de lo Social núm.11 de Bilbao, de 4 de marzo 2021<sup>710</sup>, que entiende que conceder fijeza a un interino por vacante de la Universidad del País Vasco que ha desempeñado su puesto durante 18 años no vulnera los artículos 9 y 103 CE, *«pues dichos principios y por tanto dichos preceptos constitucionales han de ser respetados por la Administración no ahora en el 2021 sino cuando se accede -sea de modo temporal o definitivo- a dichos puestos, con lo que es la Administración la que debió, en 2003, fijar el proceso selectivo adecuado para ingresar en ella incluso como interino y si no lo hizo o el proceso que ideó no se estima suficiente debió haberlo modificado, no siendo el ciudadano el pagano de las inadecuadas actuaciones de dicha Administración»* (FºDº 4).

Resulta evidente que con estos cambios judiciales ya no se quiere poner el acento en la situación del trabajador (que con el indefinido no fijo pasa de ser un temporal a un temporal reforzado y no resuelve el problema de raíz) sino que lo que se busca es pasar de la consecuencia legal a la sanción jurídica, con objeto de erradicar la irregularidad en el ejercicio del derecho: por qué vulnerar el derecho de la persona trabajadora que ni determina el contenido de la posible convocatoria, ni decide el proceso selectivo, ni diseña los mecanismos que han de garantizar los principios de acceso al empleo público.

---

<sup>710</sup> Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/> [Consultado el 07.01.2023]

3. Concierto regular observando los principios establecidos para la formalización del contrato laboral temporal, tal y como exigen los artículos 14 CE y 11.3 y 55.2 EBEP, pero con extensión de estos contratos fuera de los umbrales temporales previstos en la normativa laboral ex art. 15 ET.

La razón de ser de una Administración es tutelar el interés general por lo que deberá proveerse de los perfiles que mejor se adecúen a la finalidad que tiene encomendada, es decir, de aquellos que resulten más capaces y cuenten con mayores méritos.

Por otra parte, el ET nos delimita que esas contrataciones oscilarán entre los 3 o 6 meses<sup>711</sup> y el año<sup>712</sup> según el tipo de contrato temporal y lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación<sup>713</sup>. En estas circunstancias, como ya ha quedado apuntado, sería deseable que, transcurrido el tiempo legalmente establecido, de mantenerse la actividad que dejaría de ser temporal por haber devenido en permanente, y ante trabajadores de los que ya se presume la consolidación del mérito y la capacidad a través del procedimiento de acceso al que han sido sometidos, además de por el tiempo empleado en el desempeño de su puesto de trabajo en el sector público, la Administración tuviera capacidad de transformar la contratación como cualquier empleador privado en lugar de mantener cubierto el puesto por la sucesión de contratos de forma fraudulenta.

---

<sup>711</sup> El contrato de interinidad por vacante tendrá con carácter general una duración de tres meses como máximo, impidiéndose la celebración de un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima, si bien este plazo será ampliable en los procesos de selección en las Administraciones públicas (art. 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre), por lo que siguiendo el art. 70 EBEP será de 3 años.

<sup>712</sup> Según la nueva redacción dada al artículo 15.2 pfo. 3º del ET que entrará en vigor el 30 de marzo de 2022. Con anterioridad, se permitía una temporalidad de hasta 4 años en el contrato por obra o servicio determinado ya que, si bien no podía tener una duración superior a tres años, esta plazo resultaba ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo – anterior redacción del art. 15.1 a) ET –.

<sup>713</sup> En concreto, para la Administración Pública se prevén también los contratos de duración determinada en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y Fondos de la Unión Europea (Disposición Adicional quinta de la Ley 32/2021, de 28 de diciembre) que oscilarán entre los 3 y 4 años, y los contratos temporales de 12 meses vinculados a programas de activación para el empleo.

Este empleado público no va a ser en ningún caso funcionario de carrera, para lo que continuaría siendo necesario superar la oportuna oposición que, si se permite la expresión, llevamos tan “*grabada a fuego*” como medida garantista que ahuyenta el temido nepotismo aunque ya, a estas alturas, se haya revelado insuficiente para atraer el talento y no supone más que una ausencia de confianza en la formación ya adquirida y superada por las distintas vías que ofrece nuestro consolidado sistema de enseñanzas regladas.

En términos mucho más elocuentes, esto ya fue dicho por Baena del Alcázar<sup>714</sup> poco después de publicarse la CE al apuntar «*que [e]n cuanto al acceso según los principios de mérito y capacidad, desde punto de vista abstractos y generales debe evitarse confundirlo con la temática manida y batallona de las oposiciones. Lo único que se exige en el artículo 103.3 de la Constitución, y debe extenderse a todas las Administraciones públicas, es que el acceso a la función pública se rija por criterios de competencia profesional, y desde este punto de vista es perfectamente admisible cualquier sistema que permita una comprobación objetiva de esa competencia o aptitud*».

Suscribimos lo anterior y esto sería lo deseable, sin embargo, la cuestión es bien distinta. La negativa a la contratación indefinida hace que se dejen caer estos contratos temporales legales, surgidos al amparo de la casuística permitida por la norma laboral y perfectamente admisibles en el ámbito de la Administración Pública, en el lado de la ilegalidad cuando el Estatuto de los Trabajadores ofrece a esa Administración que actúa como empleador privado la posibilidad de, o bien extinguir la relación laboral cuando se cubre la vacante o cuando terminan las necesidades provisionales y las tareas extraordinarias, o bien transformar la contratación temporal en indefinida cuando continúa la necesidad de personal porque la actividad se convierte en permanente.

Por contra, se prefiere recurrir a la figura del indefinido “no fijo” creada por la jurisprudencia que ya no está inexorable y exclusivamente unida a la

---

<sup>714</sup> Baena del Alcázar, M., “La Función Pública...”, en *Administración y Constitución: estudios homenaje al profesor Mesa Moles*, op. cit., p. 76.

contratación temporal irregular en origen, sino que se emplea también en los casos en los que en el desarrollo natural del contrato laboral temporal se supera el tiempo máximo permitido para cada contrato o en los que se da una concatenación de contratos más allá de los tiempos legalmente previstos<sup>715</sup>.

Pero la precariedad de esta construcción jurídica y su intrínseca naturaleza temporal nos lleva a concluir que, si el contrato laboral temporal en la Administración se formaliza con el respeto de los principios legales exigidos, carece de sentido que la extensión del mismo más allá del tiempo previsto por la norma laboral conlleve una consecuencia diferente a la contemplada en derecho privado y que no es otra que la presunción *iuris tantum* de continuidad de la relación laboral con carácter fijo.

Como afirma Gorelli Hernández<sup>716</sup>, la aplicación del principio de igualdad ex artículo 14 CE ya no es objeto de debate. Por ello, si el acceso al empleo público laboral, ya sea con carácter temporal o de naturaleza permanente, debe observar en su ejecución el ineludible cumplimiento del principio de igualdad, se ha de presumir el mismo y, por tanto, no se podrá alegar su conculcación como elemento que impide la transformación de la relación laboral temporal con la Administración en fija; en estos casos, la irregularidad derivará del hecho de extender la contratación más allá de los plazos temporales legamente previstos pero no de la vulneración del principio de igualdad en el acceso al empleo público como se ha venido haciendo por nuestra jurisprudencia. Siendo esto así, el incumplimiento de las normas sobre contratación temporal cuando queda acreditado el respeto de este principio debería llevar aparejada la previsión de fijeza del artículo 15 ET.

---

<sup>715</sup> Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I., "Indefinidos no fijos..." [en línea], op.cit., p. 169. Así lo concretaba el legislador en la parcialmente derogada Disposición adicional decimoquinta del EBEP, que decía que debíamos encontrarnos o bien ante el concierto irregular de determinadas relaciones laborales temporales por la Administración Pública, o bien ante el concierto de relaciones laborales regulares pero que extienden su duración fuera de los límites previstos en la normativa laboral.

<sup>716</sup> Gorelli Hernández, J., "El contrato de trabajo....", en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 80.



En consonancia con lo anterior, Alarcón Caracuel<sup>717</sup>, a cuya opinión nos adherimos, considera que si hoy por hoy todos los empleados públicos deben seleccionarse con respeto del principio de igualdad (además del mérito y capacidad) se relativiza, cuando no se anula por completo, la reflexión que se encuentra en la base de la figura jurisprudencial del indefinido “no fijo” de que el contrato temporal es *per se* fraudulento porque se presume siempre que no respeta los mencionados principios.

Por otra parte, en la gestión de personas, el mérito y la capacidad no se deben entender como meta imposible de alcanzar cuando hablamos de empleo temporal sujeto al régimen laboral en el ámbito de la Administración. El análisis del principio de mérito y capacidad en términos subjetivos nos lleva a que, por los mismos razonamientos empleados para el artículo 23.2 CE, el artículo 103.3 CE se circunscriba a los funcionarios públicos.

Quiere esto decir, y así lo entiende un sector de la doctrina<sup>718</sup> no sin opiniones en contra<sup>719</sup>, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando, de forma inadecuada, que el artículo 103 CE actúa como un obstáculo e impedimento para que un trabajador laboral temporal de la Administración adquiera la fijeza en el empleo y consolide su estabilidad laboral conforme a los dictados del artículo 15 del ET; Ojeda Avilés nos recuerda que con esta tendencia jurisprudencial el mencionado artículo 103 CE se convierte

---

<sup>717</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 138.

<sup>718</sup> Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización...”, op.cit., p. 130; Parada Vázquez, R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función...”, op.cit., pp. 258 y 259, apuntan que la delimitación subjetiva de su ámbito de aplicación hay que entenderla en sentido estricto: funcionarios públicos y no personal al servicio de las Administraciones Públicas.

<sup>719</sup> En contra de esta opinión, León Cavero, R. A. y Bal Francés, E., “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas” [en línea], Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 296 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1997. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>; estos autores consideran que *los referidos artículo 23 y 103 de la Constitución Española (...) se refieren a todo tipo de funciones desempeñadas por cuenta de una Administración pública con independencia de la relación jurídica – estatutaria o laboral– que vincule a ésta con el titular del órgano administrativo; por lo que estos preceptos aludirían a todo el personal de la Administración, sea funcionario, sea laboral y actuarían como mecanismo para impedir la corrupción administrativa derivada de prácticas nepotistas.*

en *patente de curso*<sup>720</sup> para incumplir las normas laborales y concluye que el argumento no puede sostenerse por más tiempo, puesto que el artículo 103 CE hay que entenderlo en el sentido de que veta «*la conversión en funcionario de los trabajadores temporales cuyos contratos sufrieran algún vicio de ilicitud, pero no la conversión de esos trabajadores en fijos de plantilla*»<sup>721</sup>.

Visto el respeto y aplicación de los principios actuantes, cabe afirmar que el distinto proceso de selección o régimen de acceso para el personal funcionario y para el personal laboral, no atentaría, por sí mismo, contra el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE. Como se afirma en la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) de 22 de noviembre de 2021, «*la exigencia de la superación de un proceso selectivo y la correlativa proscripción de la integración automática constituye una parte del núcleo esencial del estatuto de los funcionarios públicos (STC 113/2010 (RTC 2010, 113)), pero no es una exigencia constitucional trasladable al empleo público en régimen jurídico laboral*».

Una cosa sería, por tanto, actuar facilitando la contratación de personal laboral al margen de cualquier procedimiento selectivo, que no es lo que se defiende en este apartado entendiendo, además, que para este tipo de decisiones ya existe la figura del personal eventual sujeto al régimen administrativo que permite admitir entre las filas del empleo público a personal de especial confianza, y otra bien distinta es aceptar como válidos procesos selectivos para empleados públicos laborales, distintos de la oposición, pero en los que media publicidad que favorece la igualdad y tiene en cuenta méritos y capacidades de los aspirantes.

En este sentido, una oferta genérica a un servicio público de empleo o la confección de Bolsas de Trabajo con valoración de méritos, constituyen

---

<sup>720</sup> Ojeda Avilés, A. “Los acuerdos de estabilización...”, op.cit., p. 97, citando al Magistrado del Tribunal Supremo Marín Correa; Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación...”, op.cit., p. 38, utiliza la misma expresión para recordarnos que la contratación temporal irregular no puede ser utilizada como “patente de curso” por la Administración para cubrir sus necesidades temporales sin límite alguno.

<sup>721</sup> Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización...”, op.cit., p. 98.

mecanismos respetuosos con los principios de acceso y razonablemente válidos para permitir el acceso al empleo público temporal en régimen de Derecho del Trabajo por lo que, siguiendo la más que reconocida doctrina laboralista<sup>722</sup>, el argumento recurrente a aquéllos «*no puede servir para justificar ningún trato diferencial entre unos y otros a efectos de estabilidad en el empleo*». Si se ha cometido una infracción por el empleador público, garantizados los principios de acceso al empleo público, la consecuencia para la Administración debe ser la misma que para el empleador privado.

A pesar de la opinión en contra de autores como Vivero Serrano<sup>723</sup>, que considera que transformar el contrato temporal de la Administración en fijo conculca el principio de igualdad que rige en el acceso al empleo público, nos alineamos con los que afirman que presentarse o no presentarse a los puestos de trabajo convocados por la Administración con carácter temporal cumpliendo con los requisitos anteriores, se hace con todas las consecuencias legales para el trabajador, entre ellas, la finalización del contrato de trabajo por expiración del tiempo pactado o la posible consolidación del empleo público consecuencia de irregularidades o fraude de ley o desviación y abuso de poder en la contratación temporal de servicios<sup>724</sup> por parte de la Administración, y que en ningún caso se produce por la acción taimada del trabajador.

Por tanto, si con el cumplimiento y respeto de estos principios legales lo que se pretende es evitar los nombramientos *ad personam* y el favoritismo en la Administración, superar un proceso selectivo para acceder al empleo público laboral temporal según los parámetros legalmente previstos para este tipo de contrataciones dando pleno cumplimiento a la igualdad, mérito y capacidad y conforme a los criterios previstos para el desempeño de un puesto de trabajo

---

<sup>722</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 116.

<sup>723</sup> Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit., p. 194, considera que muchos ciudadanos titulares del derecho constitucional a acceder al empleo público en condiciones de igualdad concurrirían a los procesos selectivos para puestos de trabajo fijos y no a los temporales al ser las circunstancias laborales bien diferentes, por lo que la conversión de los puestos temporales en fijos en virtud de la *vis atractiva* del contrato indefinido contravendría frontalmente el citado derecho constitucional.

<sup>724</sup> Treviño Pascual M., “La figura del indefinido no fijo...”, op.cit., p. 74.

temporal en la Administración, no le correspondería la declaración de indefinido “no fijo” por la concatenación de estos contratos temporales fuera de los límites temporales previstos en la normativa laboral, sino la estabilidad reconocida por el art. 15 ET para las relaciones de derecho privado y que en el marco público supone la fijeza referida al tipo contractual previsto en el art. 11 EBEP. Es, precisamente, esta declaración de indefinido “no fijo” la que supone una evidente discriminación y conculcación del principio de igualdad ante la ley protegido por la Constitución en su artículo 14, al estar haciendo de peor condición al trabajador de la Administración frente al de la empresa privada cuando no concurre causa objetiva que justifique un trato diferente, pues si se ha superado un proceso selectivo cuya legalidad nadie cuestionó para un contrato laboral temporal, el resultado final no debiera ser diferente.

### 3.1. Las nuevas tendencias de Juzgados y Tribunales en la materia.

Estos razonamientos jurídicos están, poco a poco, siendo recepcionados en numerosos pronunciamientos de nuestros Juzgados y Tribunales de Justicia<sup>725</sup>.

En este sentido, con criterio consolidado reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias<sup>726</sup>, que no está permitido:

*«convertir a los trabajadores públicos con vínculo indefinido de la Comunidad Autónoma en trabajadores fijos, sin sujetarse a los principios constitucionales de mérito, capacidad y publicidad, que requieren – inexcusablemente– la realización del proceso selectivo (...). Este proceso podrá ser lo sencillo que la Administración estime oportuno, incluso exclusivamente por concurso, excluyendo el sistema de oposición o el mixto de concurso-oposición y en el que, para facilitar la consolidación de los trabajadores temporales, se les otorgue a éstos una*

---

<sup>725</sup> Vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Una mirada crítica a las relaciones laborales” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/> [Consultado el 19.04.2022]

<sup>726</sup> Sentencia del TSJ de las Islas Canarias, Sala de los Social (Sección 1ª) núm. 173/2006, de 10 marzo de 2006 [F.Dº. Segundo A)].

*sustanciosa puntuación por el tiempo en que llevan prestando servicios (aunque a tales servicios los prestaran sin someterse a un proceso selectivo) facilitando así extraordinariamente su conversión a fijo, pero lo que no es constitucional y legalmente imposible es la transformación automática, sin sujeción a un proceso selectivo público».*

Esto refuerza que el trabajador contratado por la Administración con carácter temporal conforme a estos principios mediante la superación de un procedimiento selectivo, “por sencillo que sea” como apunta el Tribunal, convocado públicamente y con la acreditación de mérito y capacidad en el correspondiente concurso público, pero cuyo contrato se ha extendido más allá de los límites legales por la conducta permisiva u omisiva de su empleador, debería adquirir la condición de empleado público laboral fijo de su Administración.

Por otra parte, atendiendo a la sentencia de 27 de noviembre de 2020 del TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª, que enjuicia si el proceso selectivo superado por el recurrente para acceder a un contrato temporal de realización de obra o servicio, convocado y resuelto por una Fundación perteneciente al sector público de la Xunta de Galicia, en la que posteriormente se subrogó la Consejería de Economía, Empleo e Industria, «*encaja en lo dispuesto en los arts. 55 y 61.7 del EBEP, a la luz de los arts. 23.2 y 103.3 de la CE (F.D.2º)*», el Juzgado de lo Social nº 4 de Ourense había negado el carácter fijo argumentando que el concurso de valoración de méritos está previsto para la contratación del personal laboral fijo y que la exigencia de atender a la capacidad de los aspirantes dentro de los principios de mérito y capacidad «*se elimina o cuando menos se suaviza*» al contratar a personal no fijo, o sea, en su entendimiento «*un previo concurso para la ocupación de un puesto temporal no puede servir de base para fundamentar una contratación fija en una Administración pública porque no cumple los requisitos del art. 61.7 EBEP*».

Al respecto el Tribunal Superior de Justicia de Galicia señala que los entes instrumentales y, por tanto, la aludida Fundación empleadora, deben respetar los principios de acceso al empleo público puesto que la Disposición Adicional Primera del EBEP prescribe la aplicación de los mismos a las entidades instrumentales del sector público estatal, autonómico y local. En consecuencia, el TSJ de Galicia declara que *«constituye una convicción subjetiva el entender que un proceso de selección para un puesto en el sector institucional que genera un vínculo contractual de duración determinada no puede servir de base de cara al reconocimiento de la condición de personal laboral fijo desde la perspectiva de que dicho sector institucional se somete a los principios de igualdad, mérito y capacidad, como lo hace la Administración pública»* y, en consecuencia, la Sala falla que el recurrente merece sea reconocido su vínculo contractual laboral con la Consejería, de fijo.

Asimismo, la sentencia del TSJ de Galicia, de 9 de diciembre de 2020<sup>727</sup>, en relación con el posterior Auto del TSJ de Galicia de 19 de enero de 2021, abunda en que:

*«En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público -y sí la figura del indefinido no fijo- es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. Es la Administración Pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio»*<sup>728</sup>.

---

<sup>727</sup> Dictada en Recurso de Suplicación frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Santiago de Compostela.

<sup>728</sup> En el mismo sentido las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2020, de 7 de noviembre de 2019 y de 28 de junio de 2018.

Por añadidura, esta sentencia del TSJ de Galicia, afirma que «(...) vincular el falso objeto temporal de la convocatoria con los principios constitucionales, aparte de fuera de lugar, supondría pontificar las actuaciones fraudulentas de la Administración y el regreso a una doctrina anterior y más permisiva; hipótesis sobre la que tenemos un criterio consolidado en contra», argumento que además refuerza haciendo una interpretación a contrario sensu de la doctrina del Tribunal Supremo sobre los procesos de selección temporales contenida en la Sentencia de 17 de septiembre de 2020<sup>729</sup>, pues se habrá de otorgar «la condición de fijos a los trabajadores de las AAPP, en supuestos en los que concurra un fraude y hayan superado un concurso, más allá de una entrevista».

En el mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Guadalajara, de 1 de febrero de 2021, que reconoce que «la consecuencia de la fraudulenta contratación de la actora sea la de “fijeza” de la relación laboral, en lugar de la habitual relación laboral “indefinida no fija” que se produce cuando no se cumplen las previsiones legales y constitucionales para el acceso al empleo público y se declara el fraude en la contratación».

### 3.2. Nuevos matices en la doctrina del Tribunal Supremo.

A pesar de lo novedoso de estos pronunciamientos judiciales, nuestro Alto Tribunal mantiene su doctrina si bien con algunas matizaciones.

En recurso frente a la sentencia del TSJ de Baleares de 2 de diciembre de 2019 por la que, abundando en la existencia de publicidad en las convocatorias, requisitos y bases de acceso, así como en la falta de prueba sobre insuficiencia de los procedimientos o sobre resultados lesivos de derechos, se declara el carácter fijo de la relación laboral que une a la actora con la entidad del sector público instrumental, el TS en sentencia de 26 de enero de 2021<sup>730</sup> rechaza tal declaración de fijeza entendiendo que «no cabe

---

<sup>729</sup> Relativa al personal procedente de los Consorcios UTEDLT.

<sup>730</sup> Sentencia núm. 96/2021 de 26 enero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección1ª).

*conmutar automáticamente los requisitos de acceso ajustados a los repetidos principios que lo gobiernan legalmente, con las bases, entrevistas o revisión de CV diseñadas en el inicio para una contratación temporal de personal interino por vacante». En consecuencia, concluye el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de noviembre de 2021, «que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración Pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo»<sup>731</sup>.*

Ante este nuevo criterio y con esta innovadora formulación se entiende que, si hasta aquí en la base de la construcción de la figura del indefinido “no fijo” se encontraba la conculcación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, garantes de la imparcialidad frente al clientelismo y el trato de favor de la Administración, ahora se concluye que, salvado este peligro por la presencia demostrada de los mencionados principios en el acceso a cualquier empleo público laboral, sea temporal o fijo, también se mantiene el férreo reconocimiento de la condición de indefinido “no fijo” *«ya que dichas pruebas se realizaban para, atendiendo al puesto que hubiesen obtenido, seleccionar a las personas trabajadoras con las que se iba a celebrar un contrato temporal, pero no se trataba de pruebas para el acceso a una plaza fija en la empresa»<sup>732</sup>*, con lo que vuelve a rechazar el legal reconocimiento del carácter fijo de la relación laboral que propugna nuestro Derecho del Trabajo para los contratos temporales que se extienden *extra legem*.

Con esto se introduce la certeza de que aun cuando quedan salvaguardados los principios de igualdad, mérito y capacidad presentes en los procedimientos de acceso al empleo público, se entenderá que los requisitos

---

En el mismo sentido, la STS de 5 de octubre de 2021.

<sup>731</sup> La sentencia núm. 27/2022, de 17 de enero de 2022, del Juzgado de lo Social nº 4 de Zaragoza (Procedimiento ordinario 549/2021 sobre declarativa de derechos) declara la contratación temporal a través de un proceso de selección equiparable a la de cualquier personal laboral de una administración pública de carácter fijo como indefinido fijo equiparable al personal laboral fijo.

<sup>732</sup> STS de 2 de julio de 2020. También las ya aludidas SSTs de 17 y 30 de septiembre de 2020.



del sistema selectivo utilizado son de distinta intensidad<sup>733</sup> o presentan distinto nivel en función de si la plaza que se cubre por aquellos procedimientos es temporal o fija. Es indudable que el artículo 61.7 del EBEP regula los sistemas selectivos para el personal laboral fijo pero ya se ha dicho que, en términos generales, respecto del personal temporal siempre han regido criterios similares a los establecidos para el personal laboral fijo en cuanto a los sistemas de acceso; por ello, el principal problema radica en la escasa regulación legal y desarrollo reglamentario de los sistemas de selección que se pueden hacer valer en estas contrataciones temporales que lleva a la continua interpretación jurisprudencial.

Así, partiendo del presupuesto de que hay proceso selectivo y hay respeto de los principios de acceso, los requisitos exigidos en un proceso de selección para la suscripción de un contrato de trabajo fijo serán de primer orden y permitirán la aplicación directa en la Administración del artículo 15 del ET, como se pone de manifiesto en la sentencia del TS de 16 de noviembre de 2021<sup>734</sup> en la que el Alto Tribunal reconoce la condición de fijo (y no de indefinido “no fijo”) a un trabajador temporal que ha superado un proceso selectivo de carácter fijo sin obtener plaza. Según el estado actual de la jurisprudencia, que bien es cierto que se encuentra en los últimos tiempos en un proceso de adaptación o de cambio, *«existen situaciones que deben resolverse contextualizando todas las circunstancias concurrentes, permitiendo declarar la fijeza en el empleo público»*<sup>735</sup> si concurren dos factores: la superación de un proceso selectivo para vacante fija pero sin plaza y el tiempo inusualmente largo en que se ha desarrollado la actividad.

---

<sup>733</sup> De Sande Pérez-Bedmar, M., “La prestación de servicios...”, op.cit., p. 112, afirma que el procedimiento previsto para la contratación temporal, no está exento de garantías en el derecho del empleo público, pero éstas *son de menor intensidad habida cuenta del carácter temporal de las contrataciones y de la necesidad de agilidad en las mismas.*

<sup>734</sup> Vid. STS 1112/2021, de 16 de noviembre, en la que se falla entendiendo que aquella persona trabajadora que haya accedido a la función pública a través de un contrato temporal de trabajo, habiendo participado en una convocatoria externa para cobertura de plazas fijas, de manera que ha sido debidamente valorada, superando el proceso selectivo, adquirirá la condición de fija *“sin que el hecho de no haber obtenido plaza obste para tener por cumplidas aquellas exigencias constitucionales”.*

<sup>735</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) de 22 de noviembre de 2021 (F.D.4º).

Por otra parte, serán requisitos de segundo nivel, aquellos que se refieren a un proceso de selección para la celebración de un contrato de trabajo temporal y que, al ser considerados menos garantistas por su vinculación a la celeridad y urgencia propia de la cobertura temporal del empleo público, actúan como condicionante de los requisitos de mérito y capacidad exigibles a los aspirantes y no dan derecho a la adquisición de la condición de fijo, como afirma nuestro Alto Tribunal en la mencionada sentencia de 25 de noviembre de 2021<sup>736</sup>.

Con ello, la previsión genérica del artículo 15 ET queda modulada en lo que al empleo público en régimen laboral se refiere pero, en este caso, ya no por la exigencia de aplicar los principios de igualdad, mérito y capacidad que hasta ahora se erigían como barrera insoslayable entre el fijo y el indefinido “no fijo”, sino por la interpretación, vía jurisprudencia, de los requisitos que participan en uno u otro procedimiento de selección, fijo o temporal, no permitiéndose en este último la fijeza que prevé el Estatuto de los Trabajadores «*en tanto en cuanto no se modifique la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que hasta la fecha no ha ocurrido*»<sup>737</sup>, y por una suerte de “convicción subjetiva”<sup>738</sup> del juzgador y no del legislador que continua sin pronunciarse al respecto.

---

<sup>736</sup> Esta sentencia del TS núm. 1163/2021, de 25 noviembre, afirma que “*La mera superación de un proceso selectivo para la suscripción de un contrato de trabajo temporal no garantiza que se hayan cumplido dichos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigidos por el Derecho Nacional*” (FD 5º).

<sup>737</sup> Vid. sentencias del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) de 17 de junio de 2021, - procedimiento 807/2020 – y de 22 de noviembre de 2021, - procedimiento 294/2021 -; en esta última, se declara que la exigencia de la superación de un proceso selectivo y la correlativa proscripción de la integración automática constituye una parte del núcleo esencial del estatuto de los funcionarios públicos, pero no es una exigencia constitucional trasladable al empleo público en régimen jurídico laboral, por lo que se declara fijo de la plantilla, por cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad a los trabajadores que superaron un proceso selectivo sin obtener plaza, que han prestado servicios en la misma durante más de 5 años y que acreditan una adecuada y completa formación posterior, siendo una declaración que respeta las garantías de acceso al empleo público fijo; por otro lado, se declara indefinida no fija a la trabajadora que sólo superó un proceso selectivo para la contratación temporal de trabajadores.

<sup>738</sup> Utilizando la terminología empleada por el TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª en su sentencia de 27 de noviembre de 2020.

No se terminan nunca de introducir matices a la cada vez más extravagante figura del indefinido “no fijo” y no podemos sino volver a afirmar lo dicho en líneas anteriores: si se ha superado un proceso selectivo cuya legalidad nadie cuestionó para un contrato laboral temporal y en el que se garantizaron los principios de igualdad, mérito y capacidad, el resultado final de extender el mismo más allá de los límites temporales legalmente previstos en el Derecho del Trabajo, no debiera ser diferente a lo dispuesto en la norma laboral para cualquier empleador privado si se quiere ser respetuoso con los artículos 9.1 y 14 de la Constitución Española y con el Derecho Laboral vigente.

Esta cuestión no resulta ajena a la citada STS de 25 de noviembre de 2021, en cuyo Voto Particular discrepante formulado por el magistrado Blasco Pellicer<sup>739</sup>, tras hacer un muy ilustrativo recorrido por la doctrina del TJUE, concluye que la figura del indefinido “no fijo” se fundamenta en que el acceso al empleo público no se haya llevado a cabo de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad de suerte que si *«el acceso al puesto de trabajo temporal se realizó mediante concurso en el que se respetaron los aludidos principios (...), ya no hay impedimento para aplicar, en toda su extensión e intensidad el artículo 15.3 ET»*.

La situación de inseguridad jurídica no puede mantenerse de forma ilimitada lo que conduce a afirmar que, ante la ausencia de una prueba sobre la irregularidad del proceso, que compete aportarla a la propia Administración, el efecto negativo de una calificación como indefinido pero “no fijo”, no puede repercutir en quien no dispone de los medios para probar otra cosa, en este supuesto, el trabajador, por lo que debe proceder la aplicación del artículo 15 ET, máxime desde que la reforma de 2021 ha eliminado de este artículo la presunción de fijeza para sustituirla por la fijeza automática. Y así lo entiende

---

<sup>739</sup> Voto particular que formula D. Blasco Pellicer, A. a la sentencia del Pleno TS de 25 de noviembre de 2021 al que se adhiere Dña. García Paredes, M.L. (apartados 4 y 5).

parte de la doctrina<sup>740</sup> cuando afirma que el trabajador indefinido “no fijo” es una figura que tras la reforma de 2021 irá desapareciendo progresivamente como reacción frente al incumplimiento de los plazos de permanencia.

4. Reversión de la gestión de servicios públicos y subrogación en la Administración Pública de personas trabajadoras que *prima facie* mantienen un contrato indefinido/fijo con su empleador al amparo del Derecho privado.

Son diversas las causas que se encuentran en el origen de las reversiones administrativas pero, dejando al margen aquellas que guardan connotaciones políticas que producen externalizaciones y reasunciones en función de los cambios de signo de los titulares de la gestión pública, podemos afirmar que las reversiones de los servicios públicos son, en momentos coyunturales, el producto de crisis financieras, con altos costes desde el punto de vista económico y social y que tienen su reflejo directo tanto en el sector privado como en el sector público.

Como consecuencia de las mismas, en el ámbito de la gestión pública de los recursos humanos y al objeto de reordenar el sector público institucional, en ocasiones se ponen en marcha mecanismos jurídicos propios del Derecho laboral para reducir el gasto público mediante la desaparición, por efecto de la integración y subrogación, de entes privados o de entidades de derecho privado con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, como las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas que, si bien no forman parte del concepto ya definido de Administración Pública, sí pertenecen al sector público del que venimos hablando, y que han supuesto que su personal termine prestando sus servicios en el seno de una Administración Pública.

Cuando se habla de sucesión en el marco del derecho de la Función Pública, hay que poner especial cuidado en las condiciones en las que se

---

<sup>740</sup> Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación temporal...” [en línea], op.cit., pp. 20 y 97; también, Guzmán M.A. y Rodríguez-Piñero M., en “La reforma Laboral (III): el empleo público” [en línea], op.cit

integrará en las Administraciones Públicas este personal procedente de entidades sujetas en materia laboral al Derecho Privado, tanto en el caso de los trabajadores fijos, como en el de los temporales.

Este personal se vincula con su empleador de origen mediante contratos laborales auspiciados bajo las normas de Derecho del Trabajo. Así, *a priori* y siguiendo una línea de interpretación lógico jurídica, el que fue contratado como indefinido/fijo (dualidad que, reiteramos, no existe en derecho privado), se debiera subrogar como tal. Por su parte, el personal temporal de una empresa regulada por el Derecho privado que resulta posteriormente asumido por una Administración pública se integrará con tal carácter sin perjuicio de que las irregularidades formales y temporales o los incumplimientos que se puedan cometer por el empleador público al formalizar cualquiera de sus prórrogas o durante el transcurso de la relación laboral, sean objeto de la sanción que prevea el ordenamiento jurídico<sup>741</sup> para el empleador público (como es, por ahora, la declaración por sentencia judicial de indefinido “no fijo”).

Al respecto Soler Arrebola<sup>742</sup>, opina que la subrogación de contratos temporales presenta la misma problemática respecto del necesario cumplimiento de los principios de acceso al empleo público recogidos en el artículo 55 del EBEP pero, en estos casos, la trascendencia jurídica es menor como consecuencia de la limitación temporal del contrato. En otro sentido, Cruz Villalón<sup>743</sup> no considera que estas contrataciones temporales tengan efectos jurídicos residuales y limitados en el tiempo por efecto de la reversión, antes al contrario, entiende que si lo que fundamentaba la cláusula de temporalidad era la duración limitada en el tiempo del contrato público, sería exigible que en estos casos la subrogación llevase anudada la conversión del trabajador en por tiempo indefinido ya que su trabajo pasaría a ser actividad permanente de la Administración que ahora actúa como

---

<sup>741</sup> López Gómez, J.M. “El régimen jurídico del personal.....”, op.cit., p. 225. op.cit.

<sup>742</sup> Soler Arrebola, J.A., “Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 147.

<sup>743</sup> Cruz Villalón, J., “Claves laborales.....”, op.cit., p. 48.

empleador, si bien ello chocaría frontalmente con la negativa jurisprudencial a reconocer el carácter indefinido por la propia Administración que olvida, a nuestro parecer, un elemento esencial y es que, como afirma Alarcón Caracuel<sup>744</sup>, del propio EBEP [arts. 8.2 c) y 11.1] se extrae que la figura del indefinido aparece, junto a los fijos y a los temporales, «*como una categoría contractual “ordinaria”, no simplemente como una respuesta judicial a una demanda por contratación temporal fraudulenta*», es decir, es un término que en ningún apartado del texto legal se presenta como irremediamente unido a la ilegalidad y a la necesidad de ocupación reglamentaria o a la amortización.

Así las cosas, la dificultad estriba, fundamentalmente, en el primer supuesto; es decir, en aquel en el que la Administración asume la subrogación de personal indefinido, vía artículo 44 ET, pero respecto del que resulta complejo determinar en qué condiciones ingresa en la Administración y cómo se produce ese acceso indirecto<sup>745</sup>, en tanto la entrada al empleo público debe cumplir con el ya aludido principio de igualdad que se concreta, a su vez, en los de publicidad, mérito y capacidad<sup>746</sup>.

Por la jurisprudencia<sup>747</sup> se entendió que en la sucesión de empresas en el ámbito de la Administración había que considerar que: «*(...) los trabajadores así integrados en la misma, al no haber pasado por un proceso selectivo*

---

<sup>744</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 178.

<sup>745</sup> Terminología que se emplea al abordar el estudio de la sucesión de empresa, por Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit., pp. 216 y ss.

<sup>746</sup> En este sentido, Ballina Díaz, D., “La sucesión de empresas en las Administraciones locales” [en línea], Cuadernos de Derecho Local (QDL), núm. 30, octubre de 2012, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 111 a 118. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4247070>; López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...” [en línea], op.cit., pp. 82 y 83, señalan que tanto en el caso de la contratación temporal fraudulenta como en la subrogación de personal en una Administración *el conflicto es el mismo: ocupar un empleo público al margen de un procedimiento que respete los requisitos de igualdad, mérito y capacidad*.

<sup>747</sup> La sentencia núm. 932/2018, de 24 mayo, del TSJ de Andalucía, Sala de lo Social con sede en Málaga (Sección 1ª) considera que en el momento de la ejecución de las sentencias de despido nulo en una entidad distinta del empleador inicial por efecto de la extinción de los Consorcios y subrogación en la Administración, el personal de los Consorcios “*ostentaba la condición de personal laboral indefinido. Por tanto, a diferencia de lo que sostiene la parte demandante, los susodichos trabajadores no eran fijos a la fecha del despido, sino indefinidos, por lo que su readmisión en el Servicio Andaluz de Empleo se produjo en esa condición de indefinidos y no de fijos*” (F.D.2ª).

*destinado a garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, solamente puedan ser considerados en el seno de la misma como “indefinidos no fijos”» (F.D.3º) [sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, sección 1ª), de 9 de noviembre de 2011<sup>748</sup>]; con lo que, con esta interpretación, nacía de forma que podríamos calificar como “espontánea” la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo del personal integrado, mediante los procedimientos reglamentarios y de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable.*

La cuestión es que en los indefinidos *ab initio* no hay fraude de ley y tampoco se trata de convalidar una forma de selección de personal, sino simplemente de atenerse a lo dispuesto en el artículo 44 del ET, de aplicar la legislación vigente ex artículo 9.1 de la CE, al supuesto en el que una Administración asume por subrogación, una situación legal en la que, al amparo de la normativa laboral, se formaliza una contratación indefinida o una contratación temporal que ha devenido indefinida por conversión contractual, dentro de la casuística del Derecho del Trabajo y, por tanto, no susceptible de sanción al no darse la conducta empresarial prohibida por la ley, que es la justificación que se encuentra en la base de esta creación jurisprudencial de indefinido “no fijo”; y cuando hablamos de que no es susceptible de sanción, no lo ha de ser para ninguna de las partes, es decir, ni para la Administración ni para el trabajador.

Ocurre que esa *vis extensiva*, poco justificada a nuestro entender, que ha experimentado la creación jurisprudencial del «indefinido» declarado por sentencia respecto a supuestos diferentes a los que motivaron su concepción original<sup>749</sup>, consigue que se cambie la naturaleza de la relación contractual, por efecto del dictamen judicial, que extiende las consecuencias de la

---

<sup>748</sup> Que sigue otra jurisprudencia anterior: STS, Sala de lo social, de 20 de enero de 1998; 19 de junio de 2002, 17 de septiembre de 2002, 19 de noviembre de 2002, 11 de diciembre de 2002, 27 de diciembre de 2002 y 28 de octubre de 2003.

<sup>749</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...” [en línea], op.cit., p. 102.

temporalidad<sup>750</sup> a un contrato que no lo era, quedando desde ese momento sujeto a término activándose unos motivos de extinción que hasta la fecha no existían, a saber, cobertura reglamentaria de la plaza o amortización.

Esta extraordinaria «plasticidad»<sup>751</sup> que la evolución de la jurisprudencia ha ido atribuyendo al concepto judicial de indefinido coloca al trabajador en una situación peor que la que ostentaba con su anterior empleador, sometiendo su contrato indefinido/fijo a la temporalidad del “no fijo”, perdiendo estabilidad y añadiéndole una causa extintiva, puesto que se le aplicaría el efecto negativo de las contrataciones irregulares al imponer a la Administración la obligación de proceder a la cobertura reglamentaria del puesto, sujetando a una condición resolutoria una contratación que no traía en origen esta característica y que solo vería extinguido el vínculo contractual por las causas previstas en el ET (art. 49), entre las que no se encuentra la convocatoria pública del puesto.

Cuando el trabajador viene prestando unos servicios para una empresa y los mismos se asumen por la Administración Pública, el Alto Tribunal<sup>752</sup> tiene declarado que dicha subrogación implicará el traspaso de personal, la sucesión de plantilla<sup>753</sup>, abarcando *«aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, lo que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo a las meras expectativas legales»* y estos derechos consolidados deben tratarse

---

<sup>750</sup> Puesto que, como ya dijera el TJUE en su sentencia de 19 de marzo del 2020, el indefinido no fijo, tal y como está configurado en España, no es más que un temporal (apartado 102).

<sup>751</sup> En palabras de Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Reversión en el sector público y doctrina ‘Correia Moreira’: no cabe declarar fijeza porque los principios constitucionales están por encima de la Directiva 2001/23 (STSJ Navarra 1/10/20)” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/02/17/reversion-en-el-sector-publico-y-doctrina-correia-moreira-no-cabe-declarar-fijeza-porque-los-principios-constitucionales-estan-por-encima-de-la-directiva-2001-23-stsj-navarra-1-10-20/> [Consultado el 17.11.2021]; asimismo, Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos: el último episodio de su configuración fundacional (recientemente revitalizado)”, [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021, p. 205. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218)

<sup>752</sup> STS de 15 de diciembre de 1998.

<sup>753</sup> En términos de la citada STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, sección 1ª), de 9 de noviembre de 2011.



como una máxima irrenunciable que impide imponer un estatuto laboral distinto al que tenía el personal fijo en la empresa cedente y más perjudicial para el trabajador.

Son éstas algunas de las muchas cuestiones que ha dejado sin resolver el legislador y que son el producto de la difícil interrelación entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo y de la diversidad del régimen jurídico aplicable en la materia. La subrogación de personal laboral a un ente público choca frontalmente con la defensa del principio de igualdad y, por ende, de mérito y capacidad, en el acceso al empleo público, convirtiéndola en una cuestión controvertida que ha sido (y sigue siendo) objeto de variadas y contrapuestas opiniones lo que lleva de nuevo a la necesidad de ahondar en argumentaciones doctrinales e interpretaciones jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como europeo.

#### 4.1. El debate doctrinal en torno a la reversión.

Boltaina Bosch<sup>754</sup> entiende que, a la vista de la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, los trabajadores fijos en sus empresas contratistas, fundaciones o consorcios, subrogados a una Administración Pública pasan a ser indefinidos “no fijos”; pero como este carácter indefinido no podrá ser declarado por la Administración sino que será una sentencia judicial la que lo haga<sup>755</sup>, estos trabajadores subrogados no serán ni fijos ni temporales sino

---

<sup>754</sup> Boltaina Bosch, X., “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron...” op.cit., p. 7 y 8; asimismo, Castillo Blanco, F. A., “La reinternalización de servicios...”, op.cit., p. 100, entiende que este trabajador sería aquella persona que, de acuerdo con la legislación laboral, tendría un contrato indefinido pero que, como consecuencia de no haber superado un proceso de acceso al empleo público bajo los principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad y publicidad), no tiene la consideración de fijo, quedando a expensas de su declaración como indefinido no fijo por los tribunales; en el mismo sentido, Marín Alonso, I., “La conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos en las administraciones públicas. Viejos y nuevos supuestos”, en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro y Garrido Pérez (directoras), Ediciones Laborum, 1ª edición, 2015, p. 289.

<sup>755</sup> La Disposición Adicional 34ª. Segundo, de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y la Disposición Adicional 43ª. Dos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, señalan que sólo se podrá atribuir tal condición “cuando ello se derive de una resolución judicial”. No obstante, la posterior Sentencia del TC de 31 de octubre de 2018 declaró, como ya hemos visto, la inconstitucionalidad de esta regulación al suponer

indefinidos «de facto» no «de iure» que, más pronto que tarde, o bien deberán pasar por procesos selectivos abiertos si desean consolidar su situación, o bien ostentarán puestos de trabajo a amortizar a través del procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) ET.

En estos casos, otros autores<sup>756</sup>, cuya tesis no podemos compartir, opinan que «*el perjuicio respecto a la estabilidad en el empleo es más teórico que real*» porque si tenemos en cuenta que la situación del indefinido “no fijo” finaliza o bien por cobertura reglamentaria de la plaza o bien por amortización de la misma, la situación no difiere mucho de la que ostentaba el trabajador en el ámbito privado porque, en este segundo caso, la empresa privada también cuenta con la posibilidad de acudir a los despidos objetivos de los artículos 51 y 52 c) ET y, con respecto al primer caso, porque las Administraciones pueden no convocar la plaza y perpetuar la situación *sine die* o convocar las plazas ajustando la oferta a los perfiles de los trabajadores.

Cabría reconocer cierta similitud entre el hecho de que el trabajador puede ver truncadas sus expectativas de estabilidad como consecuencia de la aplicación del mecanismo de despido objetivo por las causas expresamente tasadas en la ley para un empleador privado y la posible amortización del puesto de trabajo en la Administración; de hecho el empleado laboral público puede incluso verse inmerso en un proceso de despido objetivo, colectivo o individual, en el desempeño de su puesto de trabajo en la Administración Pública. Lo que no es admisible es intentar minimizar la pérdida real de estabilidad de este trabajador indefinido subrogado porque esté estandarizado y asumido el mal hacer de la Administración; el ente público no puede (ni debe) perpetuar a su trabajador indefinido “no fijo” en tal situación y, si bien es cierto que no existe plazo para hacerlo<sup>757</sup>, la jurisprudencia europea y, por efecto

---

una extralimitación del contenido propio de una ley de presupuestos, vulnerando el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución, por lo que en la vigente Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, se ha suprimido esta regulación, generando la incertidumbre de si se retoma la posibilidad de declarar el carácter indefinido de la relación laboral por laudo arbitral o, incluso, por resolución administrativa.

<sup>756</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...» [en línea], op.cit., p. 88.

<sup>757</sup> Vid, Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación temporal...”, op.cit., p. 26.

directo, la de nuestro Tribunal Supremo, van en la línea de no permitir extender en el tiempo estas situaciones por lo que habrá que recurrir a la aplicación supletoria del plazo insalvable de 3 años del artículo 70 EBEP para la cobertura de vacante, teniendo en cuenta que lo idóneo es que aquella plaza declarada indefinida “no fija” se incluya en la primera OEP que se apruebe. En consecuencia, la mala praxis de la Administración o que se deje al albur del empleador público la convocatoria o no de las plazas no puede servir de argumento y justificación para restar importancia a la merma de estabilidad que sufriría el trabajador por la transformación de su contrato en indefinido “no fijo”. Es unánimemente admitido que el trabajador es la parte débil de la relación contractual y, con este ejemplo, se daría buena cuenta de ello lo que le hace merecedor de una especial protección que no se le da con esta teoría.

Desde otra perspectiva doctrinal<sup>758</sup> se afirma que la figura del indefinido “no fijo” no resulta adecuada en los supuestos en los que se produce una sucesión de empresa desde un empresario privado a un ente público que deba seleccionar a su personal laboral con estricto cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues aquella creación jurisprudencial es una sanción judicial a una gestión irregular en la contratación temporal, mientras que la subrogación viene impuesta por el artículo 44 de la ley laboral y la Directiva 2001/23/CE, de 12 marzo<sup>759</sup>, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

El problema deriva de que, aceptado el razonamiento anterior por el que se descarta la aplicación a este personal del calificativo de indefinido “no fijo” y se opta por el obligado respeto a las normas laborales sobre subrogación de personal, se propone la misma solución que la corriente doctrinal anterior, es decir, la inclusión de estas plazas en las correspondientes ofertas de empleo

---

<sup>758</sup> Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos...” [en línea], op.cit., p. 29; Mauri Majós, J., “Consecuencias de la remunicipalización...” [en línea], op.cit., p. 112.

<sup>759</sup> DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001, pp. 16 a 20.

público que se proveerán a través de los correspondientes procedimientos selectivos procediendo, seguidamente, a la extinción de la relación de los trabajadores subrogados que no superen las pruebas de aptitud requeridas con una argumentación que en puridad no se sostiene, porque se defiende que extinguir a posteriori «*no supone desconocimiento de la subrogación misma*»<sup>760</sup> cuando, a todas luces, se estaría haciendo una interpretación *ad hoc* de la normativa laboral para llegar a idéntica conclusión de la de aquellos que, mediante una novación *de hecho* de su contrato, atribuyen a estos trabajadores la condición de indefinidos según el concepto creado por la jurisprudencia para las contrataciones en las que media fraude de ley.

En otro sentido, nos encontramos con la argumentación jurídica<sup>761</sup> de que cuando ese traspaso de personal se produce entre diferentes organizaciones públicas o, incluso, desde una sociedad o fundación pública a una Administración Pública *stricto sensu*, no existe problema de acceso irregular al empleo público ya que la incorporación a aquella sociedad o fundación se presume realizada mediante un procedimiento presidido por los principios de igualdad, mérito y capacidad, aunque haya sido en versión “*light*”<sup>762</sup>; en cualquier otro caso primaría la transformación de su condición jurídica en indefinido “no fijo”,

Otra línea de pensamiento<sup>763</sup> propone, como posible alternativa a aplicar en estos casos, la figura del trabajador subrogado «a extinguir»<sup>764</sup> o, más correcto, que ocupa plaza a extinguir, lo que permitiría a la persona trabajadora mantener el vínculo laboral y las mismas condiciones laborales que venía

---

<sup>760</sup> Mauri Majós, J., “Consecuencias de la remunicipalización...” [en línea], op.cit., p. 123.

<sup>761</sup> Vid. Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit., pp. 220 y 221.

<sup>762</sup> En expresión de Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo...”, op.cit, p. 95

<sup>763</sup> Roqueta Buj, R., “Los trabajadores indefinidos...” [en línea], op.cit., p. 29; López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público” [en línea], Revista Galega de Dereito Social, núm. 3, 2017, pp. 140 a 142. Disponible en: <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/28/70>; De Sande Pérez-Bedmar, M., “La prestación de servicios...”, op.cit, p. 110.

<sup>764</sup> Sentencia núm. 91 del TSJ de Aragón, 19 de marzo 2018, hace alusión a esta figura respecto de la que afirma que “*La condición de a extinguir no es atribuida en la Ley 15/2014 al contrato de trabajo, ni, obviamente, al trabajador, sino a la plaza. No se crea por tanto una nueva figura de empleado público*” (F.D. Décimo).

disfrutando hasta la amortización del puesto de trabajo una vez producida la vacante en el mismo. Con ello, por un lado, se superan los inconvenientes de intentar aplicar la categoría del indefinido jurisprudencial a los trabajadores subrogados que continuarían manteniendo sus condiciones laborales y quedarían excluidos de la convocatoria pública de su plaza<sup>765</sup> y, por otro, se evitaría la criticada irregularidad de vulnerar los principios de acceso al empleo público quedando aquéllos sujetos «*a una suerte de régimen jurídico laboral especial (...) circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida*»<sup>766</sup>.

El personal a extinguir no es una figura de creación doctrinal ni jurisprudencial, se encuentran precedentes de la misma en textos normativos como la Ley 15/2014, de 16 de diciembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa (artículos 3, 5, 8 y 9) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (artículo 87.5) y así viene siendo reconocido cuando se afirma<sup>767</sup> que lo que hace el legislador estatal «*es conjugar el mecanismo de la sucesión de empresas recogido en la legislación laboral con los principios de acceso a la condición de empleado público*»; el personal subrogado a extinguir mantiene el contrato fijo laboral que tenía, adquiere la naturaleza de empleado laboral de la Administración y «*su contrato se extinguirá cuando concurra alguno de los supuestos previstos en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, jubilación, incapacidad, causas disciplinarias y objetivas de despido, por tanto, en los mismos supuestos previstos que si no hubiera habido subrogación*».

---

<sup>765</sup> Vid. Castillo Blanco, F. A., “La reinternalización de servicios...” [en línea], op.cit., p. 11.

<sup>766</sup> García Pérez, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao” [en línea], Revista española de Derecho Administrativo núm. 203/2020 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2020, p. 30. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>; la autora plantea para este tipo de personal que *su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad quedaría circunscrito (...) a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior.*

<sup>767</sup> Sentencia núm. 297/2022 de 19 abril, del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) – FD Séptimo.

Por último, sobre la materia también se pronuncia Gorelli Hernández<sup>768</sup>, que considera que la solución de la transformación en indefinido “no fijo” no puede ser acogida ya que el trabajador subrogado fijo (según el Derecho privado) se incorpora a la Administración como consecuencia de un mandato legal por lo que no se le deben aplicar las mismas consecuencias que las previstas para una situación irregular desde el punto de vista jurídico.

Suscribimos lo anterior y participamos de la opinión de que «*no puede equipararse una situación de absoluta normalidad en el desarrollo de la relación laboral, que es la que resulta de la aplicación del artículo 44 ET, con la derivada del fraude y el abuso en la contratación temporal*»<sup>769</sup>. Al respecto se señala que cuando dicho proceso se produce *ex lege*, por concurrir los requisitos de la sucesión de empresas, carece de justificación variar el régimen jurídico de la relación laboral, se erosiona la seguridad jurídica y el espíritu del artículo 44 ET<sup>770</sup>. La mutación de la relación laboral en perjuicio de la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados supone una privación de derechos que no es resarcida de forma suficiente sino al contrario, pues se trata de trabajadores «fijos» que pasan a temporales (por mucha calificación de indefinidos “no fijos” que se les dé) los cuales, ajenos a las decisiones del ente público y como consecuencia de ellas, ven precarizada su relación jurídica laboral<sup>771</sup> y se les “*penaliza*”<sup>772</sup> por un proceso que no han decidido.

---

<sup>768</sup> Gorelli Hernández, J., “La reversión por la Administración de las contrataciones: perspectiva desde el Derecho del Trabajo” [en línea], Revista online Instituto Nacional de Administración Pública, 2018. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553/11502>; Gorelli Hernández, J., “El contrato de trabajo...”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 89; igualmente, Soler Arrebola, J. A., “Reversión de servicios públicos.....”, op.cit., p. 142, señala que el indefinido no fijo *no casa bien cuando nos referimos al personal derivado de una reversión de servicios públicos en donde se asume el cumplimiento de la norma laboral*.

<sup>769</sup> Castillo Blanco, F. A., “La reinternalización de servicios...” [en línea], op.cit., pp. 106 y ss.

<sup>770</sup> Afirmación vertida por Soler Arrebola, J. A., “Reversión de servicios públicos...”, op.cit., p. 142.

<sup>771</sup> Castillo Blanco, F. A., “La reinternalización de servicios...” [en línea], op.cit., pp. 106 y ss

<sup>772</sup> En palabras de Cruz Villalón, J., “Claves laborales.....”, op.cit., p. 45.

#### 4.2. La opinión de la jurisprudencia que dirime el conflicto.

Al silencio del legislador, la hermenéutica de la doctrina científica y la falta de claridad respecto a la figura del indefinido “no fijo” se suma la interpretación jurisprudencial.

Sobre esta materia, ha tenido oportunidad de pronunciarse la sentencia del TSJ del País Vasco, de 5 de junio de 2018<sup>773</sup> por la que se declara “indefinido ordinario” -y no indefinido “no fijo”- a un trabajador que prestaba sus servicios por cuenta ajena con carácter fijo para una empresa privada cuyo servicio revierte a una Administración Pública, razonando, «*que nuestro derecho no contiene ninguna previsión que permita perder la condición de indefinido por el hecho de ser subrogado a una Administración Pública*»<sup>774</sup>.

Posteriormente, con carácter más vinculante, la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 13 de junio de 2019, en el caso Correia Moreira de Portugal, Asunto C-317/18<sup>775</sup>, señala que la naturaleza pública del empleador no le excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, y que la misma «*debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que exige que, en caso de transmisión a efectos de dicha Directiva, al ser el cesionario un ayuntamiento, los trabajadores afectados, por un lado, se sometan a un procedimiento público de selección y, por otro, queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario*», lo que resolvería el conflicto planteado, por la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Interno que se impone incluso cuando la contradicción se verifica con normas constitucionales internas, prevaleciendo la disposición comunitaria

---

<sup>773</sup> Para otra sentencia en términos similares pero de la jurisdicción contencioso-administrativa, vid. Mella Méndez, L., “La reversión de servicios...”, en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., pp. 441 y 442.

<sup>774</sup> Vid. Biurrun Mancisidor, G. “La dinámica del empleo...” [en línea], op.cit.

<sup>775</sup> La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO 2001, L 82, p. 16).

sobre la disposición constitucional<sup>776</sup> cuestión ésta incontrovertida ya que, como nos recuerda Iglesias Cabero<sup>777</sup>, «buena prueba de ello es la modificación que hubo de experimentar el art. 13.2, para acomodar la Constitución al Derecho Comunitarios (...)».

Así, se afirma que «nuestro legislador nacional no quiere que haya reproche comunitario»<sup>778</sup> en la aplicación de la Directiva 2001/23/CE por ello, desde la entrada en vigor de la Ley 12/2001, de 9 de julio, que en el último párrafo de su preámbulo incorpora a nuestro derecho la modificación de la Directiva 77/187/CEE efectuada por la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, que luego mantiene la vigente Directiva de 2001, «la noción nacional de sucesión de empresas ha pasado a ser la comunitaria con lo que implica en orden a tener que asumir la jurisprudencia más allá de la eficacia propia de la Directiva»<sup>779</sup> pasando a ser dicha jurisprudencia el mejor intérprete del artículo 44 ET. En este sentido, será el propio trabajador el que decidirá si quiere mantener su situación laboral previa o modificar su régimen jurídico presentándose a las pruebas selectivas que su nuevo empleador público ponga en marcha<sup>780</sup>.

---

<sup>776</sup> STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C399-11, Asunto Melloni, apartado 59; asimismo, vid. Lavilla Alsina, L., “Las relaciones entre los ordenamientos nacional y comunitario” en *La Constitución Española en el Ordenamiento comunitario europeo*, (Tomo I), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, pp. 29 y ss., que señala como una de las premisas para el adecuado entendimiento entre el Derecho Comunitario y el interno la primacía de aquél sobre éste y cita entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, Asunto Costa/ENEL, Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, Asunto Van Gend and Loos, que afirma que el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el ordenamiento comunitario y proteger los derechos que éste concede a los particulares, así como abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca a un resultado contrario al Derecho comunitario.

<sup>777</sup> Iglesias Cabero, M., “La Constitución Española...”, en *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, op.cit., p. 346.

<sup>778</sup> Díaz de Rábago Villar, M., “Reversión de contratos en el sector público, a la luz del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE: a propósito de la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14, asunto ADIF)”, en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, Alonso García y Ugartemendia J.I. (Direct.), IVAP, Oñati 2018, p. 165.

<sup>779</sup> Díaz de Rábago Villar, M., “Reversión de contratos...”, en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, op.cit., p. 165.

<sup>780</sup> García Pérez, M., “Cuestiones laborales...” [en línea], op.cit., p. 38.



A raíz de esta sentencia, autores como López Balaguer y Ramos Moragues<sup>781</sup>, más partidarios de entender que la reversión de la gestión de un servicio público modifica la naturaleza del vínculo del trabajador indefinido equiparándolo a partir de su subrogación al indefinido declarado por sentencia como “no fijo”, ven en la jurisprudencia europea la afirmación de que, en virtud de la Directiva 2001/23, la subrogación de personal se aplicaría sin ningún tipo de matización, «es decir, haciendo caso omiso a la obligatoriedad de respetar principios como los de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público», quedando de esta forma la tesis del indefinido “no fijo” solo para las contrataciones fraudulentas que llevan aparejada una conducta ilegal.

Igualmente, Sala Franco, defensor de que «la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratistas (...) debe ceder frente al derecho de todos los ciudadanos al acceso al empleo público en condiciones de igualdad»<sup>782</sup> concluye que, tras esta interpretación de las altas instancias europeas, el mandato contenido en el artículo 1.1 de la mencionada Directiva 2001/23/CE obliga a la Administración al mantenimiento del vínculo contractual anterior a la sucesión de empresa como tiene reconocido de forma unánime el TJUE<sup>783</sup> sin que quepa, por tanto, alegar vulneración de la CE por cuanto el derecho comunitario prevalece sobre el derecho interno aunque, añade, sería deseable que la jurisprudencia del TJUE excluyera a la Administración Pública del ámbito de actuación de la Directiva de referencia para poder mantener intacto el respeto del principio de igualdad en el acceso al empleo público<sup>784</sup>.

La oscuridad en la normativización de este tipo de procesos unida a la reivindicación de estabilidad de los trabajadores subrogados por encima de los condicionantes de acceso, se ve acrecentada por la incertidumbre jurídica que

---

<sup>781</sup> López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido...” [en línea], op.cit., p. 96, que reiteran su posición favorable a la aplicación de la tesis del indefinido no fijo en los casos de reversión.

<sup>782</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral.....”, op.cit., pp. 35 y 36.

<sup>783</sup> Un análisis en Sala Franco T., “El acceso al empleo...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, op.cit., pp. 30 y 31, en referencia a las sentencias del TJUE de 26 de septiembre de 2000, asunto Mayeur vs Mayeur; de 29 de julio de 2010, asunto FSP UGT vs Ayuntamiento Línea de la Concepción; o de 6 de septiembre de 2011, asunto Ivana Scattolon vs Ministero dell’Instruzione.

<sup>784</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral.....”, op.cit., pp. 34 y 126.

supone la «*pugna directa entre las normas de la UE ya incorporadas al Derecho interno y las normas básicas de empleo público: ET vs EBEP*»<sup>785</sup>.

A arrojar luz sobre estas cuestiones ha venido el Tribunal Supremo con su sentencia núm. 86/2022, de 28 de enero<sup>786</sup>, en la que concluye que «*va contra el Derecho de la UE la minoración de derechos derivada de la condición pública del empleador cesionario*», lo que significa que «*de las previsiones del artículo 103.3 CE (acceso a la función pública respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad) no puede derivar un argumento que impida aplicar las consecuencias dimanantes de la Directiva*» (F.D. 5º 4).

Este cambio doctrinal pone fin a un debate complejo pero, sin embargo, lo hace de forma parcial puesto que no supone un reconocimiento pleno de la fijeza del trabajador indefinido subrogado ya que se hace con limitaciones que condicionan el alcance de la fijeza ostentada; y ello «*(p)orque la misma posee todo su sentido en tanto el desarrollo de las funciones permanezca adscrito o relacionado con la unidad productiva que se transmitió, pero pierde su fundamento y finalidad cuando ya no suceda así*». De hecho, se declara en la sentencia la «*cualidad de trabajadora fija del Ayuntamiento, con los matices introducidos en el apartado B) de los aspectos complementarios*», afirmación que hace surgir la inevitable duda de si nos enfrentamos a una nueva figura de “personal laboral fijo funcional” o “personal laboral fijo con adscripción de funciones”, que doten a la misma de carácter provisional dependiendo de la circunstancia «*de que puedan acaecer vicisitudes (...)*» [FD 8º 2 B)].

Con cierto alivio se advierte ya por la doctrina<sup>787</sup> que con esta sentencia no se crea una nueva categoría de personal laboral, si bien habrá que

---

<sup>785</sup> García Pérez, M., “Cuestiones laborales...” [en línea], op.cit., pp. 39 y 40.

<sup>786</sup> Para un análisis de esta sentencia en el marco de las reversiones de servicios públicos vid. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido no fijo vs personal laboral fijo” [en línea], LA LEY Unión Europea nº 107, octubre 2022. Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca.

<sup>787</sup> Todolí, A., “Fijeza (y no indefinido no fijo) en caso de reversión de servicios públicos (STS 28/01/22)” [en línea], Argumentos de Derecho Laboral (Blog), febrero 2022. Disponible en:

permanecer expectante porque el régimen jurídico del que accedió a una Administración Pública como personal indefinido subrogado o “personal laboral fijo funcionalmente limitado” no va a ser el mismo que el del personal fijo que entró tras la superación de un procedimiento reglado.

Es más, leer las matizaciones advertidas por el Alto Tribunal para este “personal fijo funcional” recuerda a la ya aludida figura del trabajador subrogado “a extinguir” con la que guarda similitudes; si antes se decía que el personal a extinguir tenía su «*horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida*»<sup>788</sup>, ahora se afirma en sede judicial para el personal fijo subrogado que «*la fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo el ámbito de la empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión*»<sup>789</sup> con lo que su situación de estabilidad como consecuencia de la fijeza respetada se vincula exclusivamente al puesto y funciones desempeñados<sup>790</sup>.

El TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso Administrativo) concreta en su sentencia núm. 297/2022 de 19 abril, que la situación en la que queda el trabajador subrogado:

*«(...) no es equiparable a un contrato temporal o de interinidad; ni tampoco a la figura, primero doctrinal y después legal, de personal indefinido no fijo (PINF), pues la característica esencial de que un contrato pertenezca a la condición de PINF, temporal o de interinidad, es que la plaza desempeñada por la persona contratada debe ser convocada a concurso-oposición público. Circunstancia que no se produce en el caso que nos ocupa; (...) En realidad, el único efecto es que cuando la plaza o el puesto quede vacante, se cubrirá por personal estatuario».*

---

<https://adriantodoli.com/2022/02/15/fijeza-y-no-indefinido-no-fijo-en-caso-de-reversion-de-servicios-publicos-sts-28-01-22/> [Consultado el 10.10.2022].

<sup>788</sup> García Pérez, M., “Cuestiones laborales...” [en línea], op.cit, p. 30.

<sup>789</sup> STS de 28 de enero de 2022. [FD 8º 2 B)]

<sup>790</sup> Mella Méndez, L., “La reversión de servicios...”, en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, op.cit., p. 430, considera inadecuado extender la expresión «a extinguir» al personal subrogado por reversión.

Una cosa es clara y es que se dirime la controversia a favor de no considerarlo personal laboral indefinido “no fijo”, con lo que no tiene naturaleza temporal, la plaza no queda sujeta a su cobertura reglamentaria o a su amortización y el trabajador gana en estabilidad.

Avanzando más cuestiones cabe preguntarse cómo alcanza la persona subrogada ex art. 44 ET en un ente público esa condición de fijeza, es decir, si se asume por el empleador público mediante resolución administrativa o será necesario el pronunciamiento judicial, como mayoritariamente se sostiene para el caso del reconocimiento del indefinido “no fijo”.

Esta segunda opción siempre resultará viable, ya sea a través de acción individual de la persona trabajadora o por reclamación judicial en conflicto colectivo.

Sin embargo, con respecto a la primera, es decir, a la posibilidad de su reconocimiento por la Administración, se pueden aducir las reflexiones realizadas en párrafos anteriores para el indefinido “no fijo”. A partir de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, se ha omitido la regulación por la que se obligaba al reconocimiento de la condición de indefinido “no fijo” mediante resolución judicial generando ese silencio del legislador la incertidumbre (sobre la que ya hemos manifestado que es un hecho factible más que incierto) la de si se retoma la posibilidad existente con anterioridad a la Ley 3/2017, de 27 de junio, de declarar el carácter indefinido “no fijo” de la relación laboral por resolución administrativa o, incluso, por laudo arbitral o actuación de la Inspección de Trabajo. Extrapolando estos razonamientos al reconocimiento del personal indefinido objeto de subrogación como “personal fijo funcional” y ante la ausencia de previsión normativa, no resulta legítimo exigir el desgaste procesal que supone para estos trabajadores acudir a la justicia dado que, se quiera o no, ya poseen un estatus jurídico que viene impuesto por normas laborales de obligado

cumplimiento<sup>791</sup> en virtud de la subrogación ex art. 44 ET y a la luz de la STS de 28 de enero de 2022.

Un pronunciamiento del Alto Tribunal sin matizaciones podría haber facilitado esta solución; pero los «*aspectos complementarios*» puestos de relieve y el precedente del indefinido “no fijo” para el que, *a priori*, se continua requiriendo su verificación mediante sentencia, nos lleva a pensar que será necesario el análisis caso por caso y su debate en sede judicial sin que se admita una resolución administrativa como mecanismo *per se* adecuado sin una expresa previsión legal.

## 5. Cesión ilegal de trabajadores.

Conforme al art. 43.4 ET la cesión ilegal de trabajadores da derecho a la adquisición, por el trabajador sometido a tráfico prohibido, de la condición de fijo.

No obstante, cuando la Administración ocupa la posición de cesionaria, la aplicación de este precepto de Derecho privado conduce al resultado prohibido en el ordenamiento administrativo que venimos analizando por entender que se vulneran, de nuevo, las previsiones sobre el acceso al empleo público que deben atenerse al respeto de los principios legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad<sup>792</sup> recurriéndose, también en este caso, a la calificación vía sentencia judicial de indefinidos “no fijos”<sup>793</sup> de los trabajadores afectados por el tráfico ilegal cuando interviene una Administración o cualquiera de los entes públicos vinculados al cumplimiento de dichos principios.

---

<sup>791</sup> Gordo González, L., “¿Es posible el reconocimiento unilateral....” [en línea], op.cit.

<sup>792</sup> Monereo Pérez, J.L., “Aspectos laborales...” [en línea], op.cit., p. 17.

<sup>793</sup> Vid. Goerlich Peset, J.M., Esteve Segarra, A. y López Balaguer, M., “Contratación...” [en línea], op.cit.,, en donde se examina la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de diciembre de 2018, que concluye con la integración de la trabajadora demandante en la entidad pública y el reconocimiento de la condición de indefinida no fija.

En principio, en el caso del artículo 43.4 ET se aplican las mismas limitaciones y los mismos argumentos restrictivos utilizados para la no aplicación del artículo 15.4 ET, es decir, que cuando la relación que une al trabajador con la Administración nace por concurrir cesión ilegal o fraude en la contratación temporal, se niega al trabajador el carácter fijo del vínculo, se obvia el mandato del Derecho Laboral común reiterado en los citados artículos 43.4 y 15.4 del ET y se opta por la temporalidad del indefinido reconocido por sentencia.

Numerosas son las sentencias condenatorias que recogen la doctrina de la cesión ilegal cuando la entidad condenada es una Administración Pública<sup>794</sup>. Hemos visto como el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de junio de 2002, reproduciendo las sentencias de la Sala de lo Social del Alto Tribunal de fechas 8 de febrero y 29 de mayo de 2000, entre otras, señala que las normas sobre acceso al empleo público tienen carácter imperativo hasta tal punto que *«(a)nte la existencia de una concurrencia conflictiva debe prevalecer la norma especial en atención a la propia especialidad de la contratación de las Administraciones Públicas a los intereses que con aquélla se tutelan»*.

Ahora bien, por la doctrina se apunta que en la cesión ilegal se da la salvedad de que si la entidad cedente forma parte de lo que conocemos como sector público y, *«pese a no tener la condición de Administración Pública, ha seleccionado a su personal conforme a los mismos criterios que las Administraciones Públicas»*<sup>795</sup> en aplicación de lo establecido en la Disposición Adicional primera del EBEP<sup>796</sup>, es decir, con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y ha contratado a su personal como laboral fijo

---

<sup>794</sup> Vid., asimismo, STS de 20 de enero de 1998, STS de 19 de noviembre de 2002, STS de 11 de diciembre de 2002, STS de 27 de diciembre de 2002 y Sentencia núm. 643/2003, de 29 abril, del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección Única).

<sup>795</sup> Vid. Roqueta Buj, R., "El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público" [en línea], Editorial Aranzadi S.A.U., Primera edición, Cizur Menor, junio 2018. Disponible en: Thomson Reuters Proview.

<sup>796</sup> Esta Disposición establece que *"Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica"*.

«no hay ninguna razón para matizar lo dispuesto en el artículo 43.3 del ET» y, por tanto, mantendrían su condición de fijos en la Administración cesionaria.

Es obligado en este punto traer de nuevo a colación las consideraciones realizadas en párrafos anteriores respecto de los contratos temporales formalizados *ope legis* que incurren en la irregularidad de extender su duración más allá de los límites legales y que los Tribunales vienen calificando como relaciones jurídicas “no fijas”. Decíamos que toda contratación temporal realizada por la Administración debe cumplir *ex lege* con los ya mencionados principios de selección (arts. 11.3 y 55 del EBEP) que el contrato lleva asociados *per se*, por lo que negar la fijeza al trabajador temporal cedido ilegalmente alegando la vulneración de los mismos vacía de contenido legal en el ámbito de la Administración el mandato del artículo 43.4 ET por los mismos razonamientos que el 15.4 ET.

Cuestión distinta es cuando la entidad cedente es empleador privado y tiene contratado a su personal con carácter indefinido según las normas de derecho privado. Aplicar a este supuesto lo razonado para la subrogación y reversión de servicios públicos podría no resultar adecuado puesto que el trabajador subrogado fijo según el derecho privado se incorpora a la Administración como consecuencia del mandato legal del artículo 44 ET mientras que en el caso del artículo 43.4 ET se da el hecho fraudulento de la cesión ilegal del trabajador. Al respecto, la Disposición Adicional primera del Real Decreto-ley 20/2012, dispone que los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 LCSP dictarán las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral y si bien contempla la situación «*de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración*», silencia cualquier

calificativo y los efectos jurídicos de la misma aunque es obvio que alude a la cesión ilegal.

Esto nos hace entrar de nuevo en el debate de la dudosa validez del cambio de naturaleza jurídica del vínculo contractual por el hecho de que el nuevo empleador sea una Administración Pública que es, por otra parte, la que comete la irregularidad. Como afirma Cruz Villalón<sup>797</sup>, se pone de relieve la urgente necesidad de una intervención legislativa que para el caso de la cesión ilegal las modificaciones introducidas por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, no ha supuesto ningún cambio ya que, como señala Roqueta Buj<sup>798</sup>, la DA 17ª del EBEP se refiere a los incumplimientos en la contratación laboral temporal y, por consiguiente, no se aplican a la cesión ilegal.

---

<sup>797</sup> Cruz Villalón, J., “Claves laborales.....”, op.cit., pp. 24 y 25.

<sup>798</sup> Roqueta Buj, R., “La reforma de la contratación...” [en línea], op.cit., p. 24.



## CAPÍTULO QUINTO

### SOLUCIONES A LA CONFUSA CASUÍSTICA PROVOCADA POR LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: LA INTERVENCIÓN EUROPEA EN LA MATERIA.

I. Cuestiones preliminares. Situación estadística actual y progresión del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en España.

El análisis jurídico de la materia ha permitido constatar que el empleado público sujeto al Derecho del Trabajo es una realidad laboral y un recurso jurídico necesario para la organización y gestión del capital humano al servicio de las Administraciones Públicas que cuenta con un importante peso específico en el mercado laboral

En términos generales, en 2019 el 17,9% de los trabajadores de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) desempeñaban su trabajo en las Administraciones Públicas, siendo en España este porcentaje de un 15,6%<sup>799</sup>, es decir, una cifra sensiblemente inferior a la media<sup>800</sup> pero altamente significativa en términos de mercado de trabajo .

El sector público español dispone de una pluralidad de fuentes de información estadística sobre el empleo público<sup>801</sup> siendo las más relevantes el Boletín Estadístico del Personal al servicio de las Administraciones Públicas

---

<sup>799</sup> Fuente: Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, pp. 26 y 27. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/MAIN-LeyGeneralFuncionPublica-APL-LFPAGE-AUDIENCIA.pdf> [Consultado el 21/01/2023].

<sup>800</sup> Garrote, A., “¿Hay demasiados funcionarios en España?” [en línea]. Diario La Razón. Noticia 07.12.2022. Disponible en: <https://www.larazon.es/economia/20221207/6vjmdiolvfb3japlu35i2ragyy.html> [Consultado el 02.01.2023].

<sup>801</sup> Vid. De Luxán Meléndez, J.M., “Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio” [en línea], GAPP, número 23, mayo-octubre de 2020. DOI: 10.24965/gapp.i23.10686.

(en adelante BEPSAP<sup>802</sup>) y la Encuesta de Población Activa (en adelante EPA<sup>803</sup>).

En este sentido, según las cifras publicadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública con datos actualizados a enero de 2022<sup>804</sup>, España cuenta con 2.717.570 personas empleadas públicas, incluyendo todas las clases de personal que prestan servicios en las diferentes tipologías de entidades que integran las Administraciones Públicas y teniendo en cuenta que hay ámbitos y colectivos que no están recogidos<sup>805</sup> en el Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ya que se excluye al personal del sector público institucional de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local en cuyo ámbito hay una importante presencia de personal laboral<sup>806</sup>.

---

<sup>802</sup> El Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas (BEPSAP) es el instrumento encargado de elaborar la información que permite el conocimiento de los efectivos de personal al servicio de las distintas Administraciones Públicas, tiene carácter semestral y es elaborado por el Registro Central de Personal que considera únicamente los efectivos que están en situación administrativa de servicio activo.

<sup>803</sup> EPA es una investigación llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística de forma trimestral para obtener datos del mercado de trabajo.

<sup>804</sup> Información extraída del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Registro Central de Personal. Enero 2022. Ministerio de Hacienda y Función Pública, p. 6. Disponible en: [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101\\_Boletin\\_Enero\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf) [Consultado el 28.12.2022]

<sup>805</sup> Los ámbitos y colectivos no recogidos a efectos del BEPSAP son los siguientes:

- a) Altos cargos de las Administraciones Públicas.
- b) Cargos electos.
- c) Personal al servicio de los Órganos Constitucionales, así como órganos equivalentes en las Comunidades Autónomas.
- d) Personal de sociedades mercantiles, consorcios, fundaciones o de otros entes con dotación diferenciada del sector público del Estado.
- e) Personal del sector público institucional de las Comunidades Autónomas y de la Administración Local, con excepción de los organismos autónomos.
- f) Personal en formación y prácticas, reserva, segunda actividad, o cualquier otra situación que no sea la de servicio activo.
- g) Personal laboral con contratos de duración inferior a 6 meses del Estado o de las Comunidades Autónomas.
- h) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

Disponible en (p.52): [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101\\_Boletin\\_Enero\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf)

<sup>806</sup> Vid. Gráfico 5 en Martínez Matute, M. y Pérez J. J., “La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década” [en línea], Banco de España, Boletín económico 4/2017, de 7 de noviembre de 2017, p. 8. Disponible en:

<https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T4/fich/bene1704-nec12.pdf>

Sin embargo, si se toman en consideración los datos publicados por la Encuesta de Población Activa en el tercer trimestre de 2022, con un ámbito poblacional más amplio<sup>807</sup>, la cifra total de ocupados en las Administraciones Públicas representa un máximo de 3.506.200<sup>808</sup> de empleados públicos desagregados por sexo, edad, distribución territorial o tipo de contrato pero no por tipología de personal<sup>809</sup>.

En la EPA, el empleo público comprende todos los asalariados de Empresas Públicas y de las Administraciones Central y Territoriales, incluidos tanto los trabajadores que cotizan al régimen general de la Seguridad Social como los adscritos a Mutualidades<sup>810</sup>, es decir, se refiere a la totalidad de los asalariados del sector público; mientras que en el BEPSAP, las tipologías de personal que se consideran son personal funcionario de carrera, personal estatutario de los Servicios de Salud, personal laboral y otro personal que comprende el personal eventual, el personal funcionario interino y el personal funcionario de plazas no escalafonadas<sup>811</sup>, aludiendo solo a una parte de los empleados públicos; esto hace que los datos de la EPA sean sensiblemente superiores a los de Función Pública. En ningún caso, ni en el BEPSAP ni en la EPA, bajo el concepto de empleo público se tiene en cuenta a aquellos trabajadores contratados por empresas privadas que mediante fórmulas admitidas en derecho realicen su actividad exclusivamente en instalaciones de las Administraciones Públicas<sup>812</sup>.

---

<sup>807</sup> Población que reside en viviendas familiares en todo el territorio nacional y que comprende a los asalariados del sector público que viven en España.

<sup>808</sup> Máximo histórico de personas ocupadas en las Administraciones Públicas, vid. Acosta, I., “España rebasa por primera vez en su historia los 3,5 millones de empleos en el sector público” [en línea], The Objective, Noticia 28/10/2022. Disponible en: <https://theobjective.com/economia/2022-10-28/empleo-publico-privado/> [Consultado el 20/12/2022]. Por Comunidades Autónomas, Andalucía cuenta con 621.500 empleados públicos.

<sup>809</sup> Para un estudio detallado de la evolución del empleo público en el período 2007-2016, vid. Martínez Matute, M. y Pérez J. J., “La evolución del empleo de las Administraciones...” [en línea], op.cit., p. 12.

<sup>810</sup> Datos obtenidos en <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4262#!tabs-grafico> [Consultado el 02.01.2023]

<sup>811</sup> Personal funcionario público declarado a extinguir por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su Disposición Adicional Primera.

<sup>812</sup> De Luxán Meléndez, J.M., “Las fuentes de información...” [en línea], op.cit.

Si se quiere realizar un estudio de la totalidad del empleo público y cuantificar su número se debe emplear la Encuesta de Población Activa; por el contrario, para analizar la distribución por categorías del empleo público (funcionarios o laborales) o por la distribución interna de los recursos humanos sólo es útil el BEPSAP<sup>813</sup>. Por ello, por lo que a este estudio interesa, se analizarán los datos ofrecidos por este último si bien teniendo en cuenta la limitación de que no cuantifica la totalidad de los recursos humanos al servicio de las Administraciones Públicas.

De entrada, de la información extraída del Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas desagregada por tipo de Administración Pública se concluye que, la Administración del Estado, sin incluir los efectivos de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Administración de Justicia, cuenta con un total de 226.601 empleados públicos, que representan el 8,34%<sup>814</sup> del empleo público de España; de ese total, un 61,5% (139.340) es personal funcionario de carrera y un 35,1% (78.848) personal laboral<sup>815</sup>. Respecto al personal al servicio de la Administración General de las CCAA el régimen de Función Pública es la regla general y el personal funcionario está en torno al 54% del total de efectivos, representando el personal laboral el 13% de los empleados públicos si bien hay que tener en cuenta en este ámbito dos aspectos: que en este porcentaje no computa el personal laboral de consorcios, de fundaciones o del sector público institucional<sup>816</sup> entre otros y que se eleva significativamente el número de

---

<sup>813</sup> De Luxán Meléndez, J.M., “Las fuentes de información...” [en línea], op.cit.

<sup>814</sup> Vid. Tabla 1.1. Personal al Servicio de las Administraciones Públicas del BEPSA (Enero 2022), p. 6. Disponible en: [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101\\_Boletin\\_Enero\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf) [Consultado el 28.12.2022]. Vid., asimismo, Gráfica de la Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, p. 13. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/MAIN-LeyGeneralFuncionPublica-APL-LFPAGE-AUDIENCIA.pdf> [Consultado el 21/01/2023]

<sup>815</sup> Vid. Tabla 1.5. Personal al Servicio de las Administraciones Públicas por tipología de personal del BEPSA (Enero 2022), p. 6, op.cit.; en los mismos términos, vid. gráfica de la Memoria del Análisis de impacto normativo del Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado de 19 de diciembre de 2022, p. 14, op.cit.

<sup>816</sup> En Andalucía, ya solo en la entidad Agencia de régimen especial Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo no computan a efectos del BEPSAP las 1.949 personas trabajadoras empleadas públicas catalogadas en su Inventario de Puestos de Trabajo.

personas incluidas en “otro personal” que llega a alcanzar el 34,31%. El crecimiento exponencial se observa en la Administración Local donde la tipología dominante es la del personal laboral con un 54%<sup>817</sup>.

Atendiendo a su distribución por tipo de personal<sup>818</sup>, el 53,5% (1.453.815 personas) es personal funcionario de carrera, un 22,61% (614.313 personas) es personal laboral, mientras que el resto del personal, supone el 23,9% restante (649.442 personas).

Así, si se circunscribe el ámbito de análisis a la Administración General del Estado, la presencia de personal laboral asciende hasta un tercio del total de efectivos y si se atiende al cómputo global, una cuarta parte de los empleados públicos que prestan servicios en las Administraciones son personal laboral y todo ello sin tener en cuenta el sector institucional de la Administración Autonómica y, en concreto, de la Local en la que el porcentaje de personal laboral tiene presencia mayoritaria<sup>819</sup> dada la “fuerte laboralización” de la misma en la lógica de que se trata de una «*Administración de proximidad, responsable de la gestión de muchos servicios públicos, lo que ha inclinado a los políticos locales a preferir la selección de personal laboral, en principio más idóneo para una gestión más flexible y operativa que la que permite el estatuto funcional*»<sup>820</sup>.

---

Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/sae/estructura/transparencia/empleo-publico/informacion-personal/147203.html> [Consultado el 02.01.2023].

<sup>817</sup> Fuente BEPSAP, p. 9. Disponible en: [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101\\_Boletin\\_Enero\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf) [Consultado el 02.01.2023].

<sup>818</sup> Fuente BESAP, p. 9. Disponible en: [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101\\_Boletin\\_Enero\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220101_Boletin_Enero_2022.pdf.pdf) [Consultado el 02.01.2023]

<sup>819</sup> Vid. Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de la Administración...” [en línea], op.cit.

<sup>820</sup> Vid. Rodríguez Álvarez, J.M. “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos” [en línea], Presupuesto y Gasto Público, núm. 41, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, 2005, Instituto de Estudios Fiscales, p. 273, en cuyo Cuadro 3 se analiza la evolución ascendente del empleo laboral en la Administración Local en un histórico de 40 años. Disponible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-13\\_JoseManuelRodriguezAlvarez.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-13_JoseManuelRodriguezAlvarez.pdf)

Por otra parte, y aun teniendo en cuenta esta importante salvedad a la hora de computar efectivos, si se comparan datos con julio de 2018 en los que la Administración española disponía de 2.583.494 personas empleadas públicas, se observa que ha aumentado el número de empleados a fecha de enero de 2022 pero con distinta progresión según los colectivos. El personal funcionario de carrera representaba en el primer semestre de 2018 el 57,25% con lo que ha experimentado una disminución de 4 puntos en un período de 7 semestres; sin embargo, el personal laboral pasa de un 19,32% en julio de 2018 a incrementarse en más de 3 puntos en enero de 2022<sup>821</sup> (22,61%). Así, según estos registros objetivos se constata una tendencia hacia la disminución del peso del personal funcionario de carrera.

En este contexto de progresión, es dable afirmar, como hace Biurrun<sup>822</sup>, que la realidad muestra *«un panorama verdaderamente contrario a la opción constitucional por el régimen estatutario para los servidores públicos, pues, ciertamente, la opción real de muchas Administraciones Públicas lo está siendo por la vía laboral, a resultas de lo cual el volumen del personal laboral ha aumentado considerablemente en relación con el del personal funcionario»*.

El error se produce cuando se dota a este personal de un carácter residual, se le priva en aspectos esenciales de una regulación idónea y se intenta orillar una rama fundamental del derecho como es el Derecho del Trabajo.

La incertidumbre en aspectos legales genera desfases entre la teoría del derecho y la práctica jurídica y conlleva la indefensión del que la sufre que ve cómo se producen diferencias injustificadas y alteraciones de la equidad.

Extraer una foto fija de la situación del empleado público laboral hace que el estudio técnico jurídico de la materia pase por reflejar anomalías del

---

<sup>821</sup> Fuente: BEPSA [http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/Bol\\_Semestral\\_201807.pdf.pdf](http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/Bol_Semestral_201807.pdf.pdf) [Consultado el 02.01.2023].

<sup>822</sup> Vid. Biurrun Mancisidor, G. "La dinámica del empleo público temporal...." [en línea], op.cit.

pasado y por abordar soluciones unificadoras que permitan corregir de cara a futuro ciertas desviaciones legales.

El trabajador laboral que presta servicios en la Administración Pública ha venido para quedarse y quizá sea el momento de que su consolidación sirva para replantear la actual configuración de la Función Pública en España anclada en obsoletos parámetros en materia de recursos humanos que rechazan la viabilidad jurídica de una figura correcta en términos legales absolutos.

II. El caso particular del personal laboral de los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT) incorporados en ejecución de sentencia en el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) ¿Un exceso de judicialización ha perjudicado a este personal laboral indefinido *ab initio*?

#### 1. Antecedentes.

Con fecha de 21 de enero de 2004, se aprueba la Orden por la que se establecen las bases de concesión de ayudas públicas para las Corporaciones Locales, los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, y Empresas Calificadas como I + E dirigidas al fomento del desarrollo local.

La financiación de la actuación de estas entidades provenía de fondos finalistas que distribuía anualmente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a aquellas Comunidades Autónomas que tuviesen asumidas las competencias de ejecución en el marco de las políticas activas de empleo<sup>823</sup> por lo que, de

---

<sup>823</sup> Andalucía asume estas competencias en virtud del Real Decreto 467/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación. Posteriormente, el Consejo de Gobierno, mediante el Decreto 192/2003, de 1 de julio, asigna a la Consejería de Empleo las funciones y servicios de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, quedando el ejercicio de las funciones referidas adscritas al Servicio Andaluz de Empleo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre [Fuente: Presupuesto

acuerdo con el artículo 11.1 de esa Orden, la Junta de Andalucía a través del Servicio Andaluz de Empleo financiaría el 100% de los gastos de personal de la estructura básica y un porcentaje de los gastos de la estructura complementaria, correspondiendo el resto a los Ayuntamientos consorciados.

La red de Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico<sup>824</sup> contaba con una plantilla de casi 800 empleados que habían sido contratados mediante un proceso de selección entre personas inscritas como demandantes de empleo, previa presentación de oferta genérica a los servicios públicos de empleo y tras el establecimiento de una convocatoria pública con la presencia de representantes de las organizaciones sindicales miembros del Consejo Rector de cada Consorcio.

Estos trabajadores firmaron en el año 2004 contratos temporales de duración determinada para la realización de obra o servicio en función de una subvención finalista y en el año 2005 otro contrato de la misma modalidad temporal sin solución de continuidad; finalmente, en el año 2009 firman un anexo a los contratos de trabajo, por los que se convierten en indefinidos para ejecución de planes y programas públicos determinados y cuya extinción contractual viene prevista en el artículo 52 e) ET<sup>825</sup>.

---

de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021]. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/export/presupuestos2021/memoria/memoria2-c-1.pdf>.

<sup>824</sup> Vid. Bodas Martín, R., "Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de las empresas", en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 402 a 406; asimismo, Rojo Torrecilla, E. "FAFFE, Consorcios UTEDLT, ALPES, ASAE, ERES. Detrás de las siglas, el debate sobre el mantenimiento del empleo y las condiciones de acceso y promoción en el sector público. Una nota a la sentencia del Tribunal Supremo (C-A) de 2 de octubre" [en línea]. Blog de Eduardo Rojo. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/10/faffe-consorcios-utedlt-alpes-asae-eres.html> [Publicado el 13 de octubre de 2013] y "Y, finalmente, son indefinidos no fijos. La azarosa vida judicial de los ALPES (agentes locales de promoción de empleo) de Andalucía. A propósito de la sentencia de la Sala Social del TS de 17 de septiembre de 2020 (tesis reiterada en la de 30 de septiembre)" [en línea] <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/y-finalmente-son-indefinidos-no-fijos.html> [Publicado el 29 de octubre de 2020].

<sup>825</sup> Causa de despido objetivo introducida por la reforma de 2001 (Ley 12/2001 de 9 de julio) y dirigida fundamentalmente a la Administración Pública, aunque también de aplicación a las entidades sin ánimo de lucro.



Se ha de significar que en el año 2009 se encontraba ya vigente la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en cuyo artículo 2.1 se decía que las previsiones contenidas en el mismo resultan de aplicación a las «*entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas*» lo que incluye a los Consorcios que se integran en el concepto de Administración Pública e implica, sin lugar a debate, que los dictados previstos en esta norma vinculan a estos entes y a su personal.

Se trata, por tanto, de un colectivo de trabajadores que tiene reconocida su condición de indefinido *ab initio* según la legislación laboral, con lo que no se da en ellos ni la premisa de la conducta reprochable de contratación fraudulenta ni son objeto de cesión ilegal de trabajadores pero cuyo peregrinar judicial termina integrándolos en otra Administración Pública distinta a la de origen.

En el año 2012, la drástica reducción de estos fondos por parte del mencionado Ministerio tuvo una repercusión directa en el mantenimiento de este programa; en este sentido, los Consorcios UTEDLT argumentando que no podían mantener la actividad y, por tanto, sus recursos humanos, por falta de financiación, deciden extinguir las relaciones laborales de carácter indefinido de todos sus trabajadores, mediante la fórmula del despido objetivo del artículo 52 c) ET, individual o colectivo según los casos, por causas económicas y organizativas, con su correspondiente indemnización legal contemplada en el Estatuto de los Trabajadores, si bien lo propio hubiera sido acudir al artículo 52 e) que genera muchas menos dudas<sup>826</sup> a la hora de justificar la insuficiencia de la consignación económica.

---

<sup>826</sup> Vid. Boltaina Bosch, X., "La extinción de los contratos...", op.cit., pp. 77 y 78, en donde se realiza un estudio comparativo entre la causa extintiva del artículo 52 c) y la del artículo 52 e) que simplifica los requisitos exigidos para extinguir el contrato de trabajo en las Administraciones Públicas.

La conflictividad laboral originada y las demandas de despido planteadas por los trabajadores concluyen con el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo del carácter de despido nulo de las extinciones llevadas a cabo por los Consorcios no por la fórmula empleada sino por incurrir en fraude de ley<sup>827</sup> al tratar de evitar el cumplimiento por parte de la Administración andaluza de la obligación prevista en el artículo 8.5<sup>828</sup> de la Ley 1/ 2011, de 17 de febrero, del sector público de Andalucía, por el que se producía la integración de este personal en la Agencia de régimen especial SAE. Hay que tener en cuenta que cuando se produce la repentina e imprevista disminución de fondos y con carácter previo a su integración en la Administración era necesaria la disolución de los Consorcios para lo que se exigía la unanimidad de los entes consorciados, circunstancia que no se cumplía.

Una vez producida la declaración de nulidad, los Consorcios en los que estas personas trabajadoras debían ser readmitidas se encontraban ya en proceso de liquidación por lo que los demandantes solicitaron con carácter mayoritario (algunos optaron por su readmisión en los Ayuntamientos consorciados como entes codemandados en los procedimientos de despido) su reincorporación en la entidad codemandada, la Agencia Servicio Andaluz de Empleo de la Junta de Andalucía, en las mismas condiciones<sup>829</sup> que operaban con anterioridad al despido.

---

<sup>827</sup> Sobre los avatares del fraude de ley como causa de despido nulo tras la reforma de 2012 vid. Falguera Baró, M.A., “El discreto retorno del fraude de ley en la calificación del despido” [en línea], IUSLabor, Revista d’anàlisi de Dret del Treball, 2015, n.º 1. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/287088>, pp. 1 a 10, quien concluye que a pesar de que la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012) elimina el efecto de nulidad de los despidos en caso de fraude de ley, algunos Tribunales siguieron manteniendo dicha calificación de nulidad por entender que se trataba de un “olvido” del legislador hasta que por el TS, *en la larga retahíla de Sentencias relativas a los despidos colectivos en las Unidades Territoriales de Empleo andaluzas, a partir de la STS 14.02.2014*, dirime que el fraude de ley continua siendo *sancionable con nulidad acudiendo a la aplicación de las reglas civilistas*.

<sup>828</sup> Este precepto dispone que *El Servicio Andaluz de Empleo quedará subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que es titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, así como del personal de los Consorcios UTEDLT de Andalucía, desde la fecha en que se acuerde su disolución o extinción*.

<sup>829</sup> STS núm. 1009/2020, de 18 noviembre.

## 2. Readmisión en «*las mismas condiciones*».

La determinación de lo que se ha de entender, de conformidad con la normativa laboral de aplicación y, en concreto, de los artículos 110 y 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por «*las mismas condiciones*» que existían con carácter previo al despido ha tenido mucha relevancia práctica en el caso del personal al servicio de los Consorcios UTEDLT. Se plantean varias cuestiones problemáticas.

Por un lado, dado que este colectivo de trabajadores nunca prestó sus servicios en la Agencia SAE, sino en los Consorcios UTEDLT o en los Ayuntamientos consorciados, no existía ninguna plaza o puesto que previamente hubiesen ocupado en la Agencia y al que, de forma inmediata, se pudieran incorporar.

Por otro lado, se produce un conflicto competencial. Tras la Ley de 1/2011, de 17 de febrero, no le fueron atribuidos al SAE el objeto y los fines propios de los Consorcios, esto es, no se creó el marco jurídico adecuado que permitiese atribuir a la Agencia el desarrollo de las políticas de promoción del empleo local fundamentalmente porque, a partir del año 2012, el Estado puso fin a la financiación de estas políticas con lo que la integración en el SAE del personal de los Consorcios UTEDLT no podía producirse ni para las mismas funciones (promoción empleo local), ni en el mismo lugar geográfico (sedes de los Ayuntamientos). Había que plantear, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del *ius variandi* del empresario, la viabilidad de que, en ejecución de estas sentencias de despido nulo, este personal se integrase en el Servicio Andaluz de Empleo para desarrollar “una actividad diferente” a la que venían prestando, esto es, no de promoción del empleo local sino otras políticas activas de empleo competencia de la Agencia y en función de las necesidades autoorganizativas de la misma.

Por último, una vez integrados en la Agencia como consecuencia de la ejecución de sentencias de despido nulo por efecto de lo dispuesto en el citado artículo 8.5 de la Ley de reordenación del sector público andaluz, surge un nuevo objeto de debate que conduce al planteamiento de una nueva demanda de conflicto colectivo por parte de la representación de los trabajadores, con el fin de concretar «*esas mismas condiciones que existían con anterioridad*» pero, en esta ocasión, referidas al vínculo laboral indefinido que traían de origen y que les unía a su nuevo empleador la Agencia de régimen especial Servicio Andaluz de Empleo.

De partida, se solicita el reconocimiento de la condición de personal laboral fijo con el consiguiente análisis en sede judicial del procedimiento de acceso para la contratación del personal de la estructura básica de estas entidades que concluye con dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, confirmadas por el Tribunal Supremo.

Al respecto, por el TSJA<sup>830</sup> se señala que la forma de acceso de estos trabajadores que pretenden su fijeza se realizó conforme a lo dispuesto en la mencionada Orden de 21 de enero de 2004, entre demandantes de empleo, mediante oferta genérica y convocatoria pública de los municipios consorciados, consistiendo el proceso selectivo en una entrevista (seis puntos) y en una valoración del currículum (cuatro puntos). A tenor de lo anterior:

*«[l]a Sala considera que este procedimiento de selección no cumple los requisitos que deben cumplirse para el acceso con carácter de fijeza a un puesto en la Administración Pública, ni puede considerarse realmente una selección mediante oposición o concurso-oposición en el que puedan participar con carácter general todas las personas interesadas, limitándose el proceso a una entrevista y a una valoración del currículum sobre méritos muy concretos y específicos limitados a la experiencia profesional y formación en el ámbito local, sin que realmente hubiese*

---

<sup>830</sup> TSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 932/2018, de 24 mayo.

*prueba de conocimiento alguna y quedando supeditada la valoración de méritos a la entrevista personal con los candidatos»<sup>831</sup>.*

Entiende el Tribunal que este proceso es el adecuado para los fines que se perseguían, es decir, la suscripción de contratos temporales para obra y servicio determinados, pero en modo alguno es suficiente para el acceso a la fijeza pretendida, doctrina que, por otra parte, ha mantenido el TS en las mencionadas sentencias de 16 y 25 de noviembre de 2021 (no sin discrepancia a través de voto particular) y concluye que:

*«basta examinar las diferentes sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por las que se declaraba la nulidad de los despidos colectivos de dichos trabajadores para observar que en todas dichas sentencias se mantiene inalterado el relato fáctico de las sentencias de instancia, a tenor de las cuales el personal de dichos Consorcios ostentaba la condición de personal laboral indefinido»<sup>832</sup>.*

Pero cabe recordar que sus contratos se formalizaron al amparo del derecho laboral en el que no se da la dicotomía indefinido/fijo y en el que el término indefinido representa todo lo que no es temporal. No obstante, el TSJA afirma que *«no siendo fijos sino indefinidos los trabajadores antes de su despido y posterior readmisión por el Servicio Andaluz de Empleo, ni habiéndose seguido en su proceso de selección una auténtica y real oposición o concurso-oposición, (...) dichos trabajadores no pueden ostentar la condición de fijos, sino la de indefinidos no fijos»<sup>833</sup>.*

Del relato de los hechos se pueden extraer, *a priori*, varias conclusiones. Por un lado, que no eran trabajadores temporales, por otro, que no se da en ellos la premisa de la irregularidad en la contratación puesto que ostentan la condición de personal laboral por tiempo indefinido en virtud de contrato suscrito conforme a la legislación laboral y, finalmente, que se ha seguido el

---

<sup>831</sup> Sentencia núm. 932/2018, de 24 mayo (FºDº Segundo, pfo. 2º).

<sup>832</sup> Sentencia núm. 932/2018, de 24 mayo (FºDº Segundo, pfo. 1º).

<sup>833</sup> Sentencia núm. 932/2018, de 24 mayo (FºDº Segundo, pfo. 2º).

proceso de selección adecuado a los parámetros de la contratación temporal pública, a través de convocatoria y oferta genérica de los servicios públicos de empleo como garantía de publicidad que favorece la igualdad y tiene en cuenta los méritos y capacidades de los aspirantes.

Argumentos que no conducen al Tribunal a la declaración de fijeza porque son idóneos y respetuosos con los principios de acceso al empleo público si la contratación es temporal pero insuficientes para otro tipo de contrataciones, como es la contratación fija, que *«se ha de producir por los sistemas de selección de personal fijo expresamente establecidos»*<sup>834</sup>.

Si se analizan las últimas reformas llevadas a cabo por nuestro legislador se llega al resultado de que lo primordial no es garantizar la estabilidad de los trabajadores sino que continúa siendo el respeto de aquellos principios porque si bien abunda el Preámbulo de la citada Ley 20/2021, de 28 de diciembre, en que en España *«no cabe en nuestra Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente»*, añade a renglón seguido que esto es así porque *«la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad»*; unos principios respecto de los que no se presume, por la terminología empleada, que tengan distinta intensidad según el puesto a ocupar sea fijo o temporal.

En nuestra opinión, la interpretación judicial no se ajusta a esta literalidad legal, y hubiera sido deseable, dado el momento en que se producen, que las recientes normas que han visto la luz y que introducen modificaciones en la temporalidad hubieran sido más concisas aclarando cuestiones controvertidas y debatidas en la vía judicial de forma recurrente.

---

<sup>834</sup> STSJA núm. 69/2018, de 11 enero, Sala de lo Social con sede en Sevilla.

La readmisión de estos trabajadores en la Administración Pública se produce en ejecución de sentencia de despido nulo en «*las mismas condiciones*» y, sin embargo, a partir del momento del pronunciamiento judicial, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía convierte a estos últimos automáticamente en temporales.

### 3. La modificación vía jurisprudencial del vínculo laboral existente.

El Tribunal Supremo<sup>835</sup> va más allá e introduciendo en escena la subrogación empresarial, añade que «*los trabajadores eran indefinidos no fijos y siguen siéndolo, por lo que no se ha producido infracción alguna del artículo 44 ET, sin que la sucesión de empresa prevista en el precepto estatutario les pueda convertir, en sí misma y por sí sola, en trabajadores fijos*». (F.Dº. Quinto).

Si para obtener la calificación de relación laboral indefinida “no fija” es necesaria una sentencia judicial, con la duda ya planteada de si actualmente es posible también por Resolución de la Administración o por Laudo arbitral dado el silencio de las Leyes de Presupuestos desde 2018 y la desaparición de la mención expresa a esta circunstancia, no es posible que se afirme que antes de su integración ya eran indefinidos “no fijos”, a no ser que se vuelva a cuestionar si se está reconociendo esa categoría de indefinidos «*de facto*» de la que se ha hablado en párrafos anteriores.

Si, por otro lado, aceptamos que propiamente eran indefinidos conforme a la legislación laboral, el caso de estos trabajadores sería el claro ejemplo de ese *quartum genus* que añade una nueva categoría y que nos obligaría a hablar de personal fijo, indefinido, indefinido “no fijo” y temporal.

---

<sup>835</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 777/2020, de 17 septiembre, que confirma la Sentencia de 24 de mayo de 2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Málaga y STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 822/2020, de 30 septiembre, que confirma la Sentencia de 21 de marzo de 2018 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, con sede en Granada.

Corroborando esto último se producen sentencias del Alto Tribunal sobre reversión de servicios públicos que persisten en su afán diferenciador enfatizando que «*confirma en todos sus términos la sentencia de instancia salvo en el reconocimiento de la condición de trabajadora indefinida a la demandante, que debe sustituirse por trabajadora indefinida no fija, para asegurar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el empleo público, exigidos por el art. 103.2 CE*»<sup>836</sup>, trazando una línea divisoria entre el indefinido y el indefinido “no fijo”.

Si tan importante es para el Tribunal Supremo la separación y distinción entre indefinido e indefinido “no fijo” será porque tienen connotaciones y consecuencias jurídicas diferentes, aunque no legalmente definidas, lo que permitiría aceptar esa nueva categoría; pero si lo verdaderamente determinante es que aparezcan los términos *no fijo* entonces resulta obligado incluir los mismos en los artículos 8 y 11 del EBEP, centrando la categoría tripartita en fijo, indefinido no fijo y temporal, pero que supondría olvidar a esos trabajadores indefinidos *ab initio* de los que venimos hablando.

En cualquier caso, a las relaciones jurídicas de estos trabajadores contratados con carácter indefinido por los Consorcios UTEDLT, el Tribunal Supremo les introdujo, mediante sentencia, una condición resolutoria inexistente hasta ese momento resolviendo, además, la obligación de la Administración de convocar reglamentariamente el puesto ocupado<sup>837</sup>. Esta

---

<sup>836</sup> STS núm. 619/2021, de 10 junio, Sala de lo Social, Sección 1ª.

<sup>837</sup> En Andalucía, en cumplimiento de lo anterior, se publica el Decreto 90/2022, de 31 de mayo, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para la estabilización del empleo temporal en las entidades instrumentales y consorcios del sector público andaluz para el año 2022 que, al amparo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, prevé la oferta pública de las plazas ocupadas por personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial siempre que las mismas cumplan con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural que fija dicha ley; asimismo, la Resolución de 23 de diciembre de 2021, de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, M.P. por la que se aprueba una Oferta de Empleo Público adicional y extraordinaria, para la estabilización de empleo temporal en esta Agencia (BOJA Extraordinario núm. 95, de 30 de diciembre de 2021) en cuyo apartado III dispone que Dada la obligatoriedad de estabilización del personal indefinido no fijo declarado por sentencia, se adiciona en la oferta de empleo público extraordinaria de estabilización las plazas ocupadas por personal indefinido no fijo declarado por sentencia judicial, es decir, la relación de plazas incluidas en la OPE extraordinaria comprende las ocupadas de forma temporal (entre las que se incluyen



situación es hoy ya irreversible porque conforme a la sentencia núm. 121/2022, de 8 febrero, del Alto Tribunal «*se trata de una solución que posee eficacia de cosa juzgada tras la STS 777/2020 de 17 septiembre*» reforzando la doctrina contenida en esta última al reiterar que «*con posterioridad a la referida STS 777/2020 (RJ 2020, 4035) nuestra doctrina ha insistido en su línea argumental de manera reiterada. Además, la STS 1163/2021 de 25 noviembre (PROV 2021, 383257) (rcud. 2337/2020), dictada por el Pleno, concluye que la superación de un proceso de selección para la contratación temporal por una Administración pública no supone que, si el contrato temporal es fraudulento, el trabajador adquiera la condición de fijo*». (F.D. 4<sup>o</sup>-1)

#### 4. Conclusiones.

Dada la indeterminación y ausencia absoluta de claridad que hay en la materia respecto de la que ya hemos apuntado nuestra postura en líneas precedentes, queda la incertidumbre de si, de no haber planteado la demanda de conflicto colectivo solicitando la fijeza, hubiera sido preferible el limbo legal en el que se encontraban estos trabajadores tras su reincorporación como consecuencia de las sucesivas sentencias de despido nulo en las que se condenaba a la readmisión en su puestos de trabajo «*en las mismas condiciones laborales*» anteriores a la fecha de efectos de los despidos.

La introducción en su relación laboral de esta declaración judicial les ha colocado en una situación distinta, se diría menos favorable, en relación con otros trabajadores también subrogados en la misma entidad pública, pero respecto de los que no se ha producido pronunciamiento alguno, principalmente, porque no lo han pedido en sede judicial después de la suerte que corrieron los trabajadores procedentes de estos Consorcios.

Visto lo anterior, y para concluir, no cabe duda de que el pronunciamiento judicial va en detrimento de su situación jurídica original y ha

---

los indefinidos no fijos declarados por laudo arbitral) y las ocupadas por personal indefinido no fijo declarado por sentencia.

generado casuísticas dispares con soluciones desiguales principalmente por dos motivos: primero, porque aquellos indefinidos conforme a derecho laboral que han sido objeto de reversión en un ente público que no cuentan con el reconocimiento judicial de “no fijo” (o administrativo o arbitral<sup>838</sup>), no correrán el riesgo de perder su puesto de trabajo por amortización o cobertura reglamentaria obligatoria del mismo y no serán llamados a las convocatorias extraordinarias de estabilización del empleo público temporal puestas en marcha por la Ley 20/2021<sup>839</sup> y, segundo, porque desde el cambio doctrinal operado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de enero de 2022, los indefinidos subrogados que han callado pueden ver reconocida ahora su fijeza, aunque se trate de un tipo de contrato fijo funcional.

III. Las sanciones al «abuso» en la contratación temporal pública de los Estados miembros y de España a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta los vaivenes jurisprudenciales acabados de exponer, dada la situación de inseguridad jurídica que los mismos llegan a provocar y visto el silencio de nuestro legislador nacional a la hora de configurar un auténtico régimen jurídico *ad hoc*, las soluciones a las prácticas irregulares en la contratación de empleados públicos sujetos a Derecho Laboral parecen abandonar la consecuencia legal e ir más en la línea de buscar una medida coercitiva, efectiva y disuasoria, a modo de sanción, de aplicación única y generalizada ante identidades jurídicas, de la mano de las altas instancias europeas y a los efectos de evitar la aplastante realidad de una casuística heterogénea insostenible por más tiempo.

---

<sup>838</sup> Ejemplos del reconocimiento del carácter indefinido no fijo por Laudo arbitral son: Laudo 3/05/JCV en el Procedimiento 41-2015-115 relativo a la Agencia de Servicios Sociales y de Dependencia de Andalucía o Laudo 1/05/JCV en el Procedimiento 21-2014-241 relativo a la Agencia Andaluza de Instituciones Culturales.

<sup>839</sup> La Resolución de 1 de abril de 2022, de la Secretaría de Estado de Función Pública, conforme a la orientación contenida en su apartado 1.5, dispone que los procesos de estabilización incluyen las plazas ocupadas por personas que hayan sido declaradas como personal indefinido no fijo por sentencia judicial, siempre que las plazas cumplan con la necesaria naturaleza temporal, de ocupación ininterrumpida y carácter estructural que fija la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

En aras de la consecución de este loable objetivo se acude por los Estados miembros al superior Derecho comunitario cuya primacía sobre el derecho nacional trata de garantizar la uniformidad legal fijando objetivos, confiriendo derechos e imponiendo obligaciones directas a dichos Estados miembros.

Entre las normas europeas que forman parte del Derecho comunitario derivado de obligado cumplimiento mediante su trasposición al derecho interno, la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, constituye la norma comunitaria de referencia en la materia cuyo cumplimiento está sometido a control jurisdiccional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. *Ámbito de aplicación y objeto de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada.*

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, la cláusula segunda del Acuerdo Marco dispone, en su apartado 1, que *«se aplica a los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro»* sin identificar un ámbito subjetivo u objetivo concreto.

La transposición a nuestro derecho interno tampoco contempló una mención expresa al ámbito de aplicación de la Directiva y el hecho de que se hiciera mediante una modificación del Estatuto de los Trabajadores en el año 2001 y de que no haya sido expresamente recepcionada por las normas del derecho de la Función Pública, podría hacer pensar que la misma estaba prevista para desplegar sus efectos en el marco del Derecho privado.

Sin embargo, es criterio unánimemente aceptado<sup>840</sup> y así lo tiene declarado el propio Tribunal Europeo, que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, resulta de aplicación no sólo en el ámbito del Derecho privado sino que también se hace extensiva al sector público y a su régimen de empleo público ya que las disposiciones contenidas en la misma «se aplican a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público (sentencias de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 54 y 57, así como de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04, Rec. p. I-7213, apartados 40 a 43, y *Vassallo*, C-180/04, Rec. p. I-7251, apartados 32 a 35)»<sup>841</sup>, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que se trabaja y con independencia de la calificación de su contrato en derecho interno<sup>842</sup>.

En este sentido, la vocación del Acuerdo Marco recogido en la Directiva es consolidar que «los contratos de duración indefinida son, y seguirán siendo,

---

<sup>840</sup> Vid. Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos temporales en la Jurisprudencia de la Unión Europea”, Documentación Laboral, núm. 113, Año 2018, Vol. I, p. 76; asimismo, Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” [en línea], Revista Española de Derecho Europeo, núm. 61/2017, Editorial Civitas. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>; y Aldomá Buixadé, J. “Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública” [en línea], Estudios de Relaciones Laborales, febrero 2015, p. 10. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL\\_aplicacion\\_principio\\_no\\_discriminacion\\_personal\\_temporal.pdf?noredirect=1](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf?noredirect=1).

<sup>841</sup> STJUE de 13 de septiembre de 2007, C-307/05, asunto Cerro Alonso, apartado 25. Vid. sentencias de 7 de septiembre de 2006, asunto Marrosu C-53/06 y asunto Vasallo C-180/06, en las que se recuerda que según reiterada jurisprudencia, “una directiva puede invocarse no sólo frente a las autoridades del Estado, sino también frente a organismos o entidades que estén sometidos a la autoridad o al control del Estado o que dispongan de poderes exorbitantes en relación con los que se derivan de las normas aplicables en las relaciones entre particulares, tales como las entidades territoriales o aquellos organismos a los que, con independencia de su forma jurídica, se les haya encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última (sentencias de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88; de 12 de julio de 1990, *Foster y otros*, C-188/89; y de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02)”; en el mismo sentido, STJUE de 9 de julio de 2015, asunto Regojo Dans vs Consejo de Estado, C-177/14; STJUE de 9 de febrero de 2012, asunto Lorenzo Martínez, C-556/2011 y STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto Rosado Santana, C-177/10.

<sup>842</sup> STJUE de 3 de junio de 2021, Servicio Aragonés de Salud, C-942/19, apartado 31 y jurisprudencia citada; asimismo, vid. Ordoñez Solís, D., “Incidencia de la normativa...” [en línea], op.cit., p. 10; y Aldomá Buixadé, J., “Aplicación del principio...” [en línea], op.cit., pp. 10 y 15 a 20.

la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores»<sup>843</sup> y, por tanto, la naturaleza jurídica del vínculo que une al trabajador con su empleador tampoco desvirtúa esta preferencia por la estabilidad<sup>844</sup>.

Así pues, la Directiva relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada se hace extensivo al sector público y, si bien no identifica ninguna esfera de actividad que pueda ser excluida del ámbito de aplicación del mismo, sí establece en su Preámbulo, párrafo 4, que no se aplicará a los trabajadores puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal lo que, por otra parte, se deduce implícitamente de su cláusula tercera, apartado 1, cuando afirma que despliega sus efectos en los contratos concertados “directamente” entre un empresario o un trabajador<sup>845</sup>, y permite en su cláusula segunda, apartado 2, que los Estados Miembros prevean inaplicar el Acuerdo 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*»<sup>846</sup>.

Por otra parte, en cuanto al objeto de la Directiva, ésta recoge como finalidad última hacer efectivo en los Estados miembros el Acuerdo Marco celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES).

---

<sup>843</sup> Preámbulo del Acuerdo Marco.

<sup>844</sup> Marín Alonso, I., “El personal estatutario temporal de la Administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa” [en línea], Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, p. 1085. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7602602>

<sup>845</sup> Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos.....”, op. cit., p. 78, concluye que *En sentido contrario, ello supone que el mismo no es de aplicación en aquellos supuestos en los que la relación entre el empresario y el trabajador se produce de manera “indirecta”, situación que precisamente concurre en los casos de la puesta a disposición de trabajadores por parte de las empresas de trabajo temporal; asimismo, vid. Orellana Cano, A.M., “Análisis del alcance....”, en La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad, op.cit., p. 76.*

<sup>846</sup> Orellana Cano, A.M., “Análisis del alcance....”, en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, op.cit., p. 76, afirma que el legislador español se ha acogido a esta posibilidad respecto a los contratos de formación según se extrae del tenor literal del art. 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Para ello, la cláusula primera del mismo, dispone en su apartado b) que el objeto del Acuerdo es «*establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*».

Se plantean dudas sobre lo que se ha de entender por «*sucesivas relaciones laborales de duración determinada*», pero el TJUE tiene declarado que una interpretación restrictiva del concepto permitiría emplear a trabajadores de forma precaria durante años y «*podría tener por efecto no solo excluir, en la práctica, un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva 1999/70 y el Acuerdo Marco, sino también permitir la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal*»<sup>847</sup>; una renovación automática puede enmascarar una utilización abusiva de este tipo de contratación de duración limitada en el tiempo, de ahí que el TJUE entienda que la utilización “sucesiva” de contratos temporales también incluye a las prórrogas de un único contrato inicial sin solución de continuidad.

Así, no se trata, en sentido estricto, de una sucesión de dos o más contratos de trabajo que suponga la existencia y la celebración formal de dos o más contratos distintos, uno de los cuales suceda a otro, sino que la celebración de un primer contrato de duración determinada prorrogado automáticamente, sin celebración formal de uno o varios nuevos contratos de trabajo, cuando además el mantenimiento del trabajador de forma permanente se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente esa plaza vacante, ha de considerarse como una relación de

---

<sup>847</sup> STJUE de 11 de febrero de 2021, C-760/2018, Asunto Agios Nikolaos, en Boletín Laboral, núm. 3 - marzo 2021, en Sentencias destacadas [en línea]. Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca; en el mismo sentido, STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/2019, caso IMIDRA, apartado 37.

servicio renovada implícitamente durante varios años<sup>848</sup>; no entenderlo así comprometería el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo Marco.

En consecuencia, dadas las delimitaciones acabadas de exponer en relación con el objeto y ámbito de aplicación, la prórroga automática de los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores del sector público debe considerarse incluida dentro del aludido Acuerdo Marco<sup>849</sup>.

2. Medidas destinadas a evitar la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada por el Estado Español. Efectividad en la esfera de lo público.

El Acuerdo Marco obliga a los Estados miembros a introducir medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de la contratación temporal privada o pública.

Para ello, la cláusula quinta del Acuerdo, a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, insta a los Estados miembros, cuando no existan mecanismos legales equivalentes para prevenir los abusos, a introducir medidas alternativas consistentes en la elección de una o varias de las previstas en el mismo, que no tienen carácter excluyente entre sí y respecto de las que la Directiva no muestra ninguna preferencia, con lo que el Estado cumple con la elección de, al menos, una de ellas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;

---

<sup>848</sup> STJUE de 11 de febrero de 2021, Asunto C-760/2018, caso Agios Nikolaos y STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/2019, caso IMIDRA, apartado 35.

<sup>849</sup> La STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/2019, caso IMIDRA, apartado 40, añade que la prórroga automática se entenderá incluida en la expresión «utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada» *pese a no haberse respetado la forma escrita, prevista, en principio, para la celebración de contratos sucesivos.*

- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

Con esto lo que se pretende es que el contrato temporal quede circunscrito a situaciones específicas en las que se justifica el recurso a este tipo de contrataciones porque responden a una necesidad auténtica, hacen alcanzable el objetivo perseguido y resultan indispensables para su consecución<sup>850</sup>.

Y si bien este Acuerdo Marco atribuye a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos de trabajo o las relaciones laborales serán de duración determinada dentro del abanico de medidas que ofrece el mismo, la jurisprudencia comunitaria nos recuerda que *«el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo Marco»*<sup>851</sup> desvirtuando la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico europeo en la materia que no es otra que conseguir que los contratos de trabajo de duración indefinida sean la forma más común de relación laboral<sup>852</sup>.

La cláusula quinta tiene un propósito claro y terminante, que resume el TJUE<sup>853</sup> diciendo que la misma *«tiene por objeto evitar la precarización de la situación de los asalariados»* y garantizar *«el derecho a la estabilidad en el empleo, que se concibe como un componente primordial de la protección de los trabajadores»*. Se ha de prevenir perpetuar una situación de temporalidad y, en definitiva, de precariedad.

---

<sup>850</sup> Vid. Suárez Corujo, B., "El fraude en el trabajo..." [en línea], op.cit.

<sup>851</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, apartados 57 y 58.

<sup>852</sup> Consideración general 6 del Acuerdo marco.

<sup>853</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-16/15, apartados 26 y 27, STJUE de 19 de marzo de 2020, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 53, 54, 58, 71, 75, 76,77, y STJUE de 3 de junio de 2021, apartado 64.



Así pues, este Acuerdo urge a los Estados a la adopción de medidas disuasorias y a la imposición de sanciones en caso de incumplimientos que lleven aparejados el abuso en la utilización de contratos sucesivos sujetos a término pero no enumera cuáles puedan ser esos posibles incumplimientos ni los efectos jurídicos concretos orientados a evitar los abusos dejando un amplio margen al modo de llevar a cabo la transposición<sup>854</sup>.

En España el plazo de adaptación de nuestro derecho interno a la citada Directiva terminó el 10 de julio de 2001<sup>855</sup>. A estos efectos, se publica *in extremis* la Ley 12/2001, de 9 de julio<sup>856</sup>, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, con la intención, por un lado, de introducir diversas modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (artículo 15) fundamentadas en razones objetivas dirigidas a reforzar el principio de estabilidad en el empleo implementando limitaciones y garantías adicionales en los contratos temporales y de duración determinada y, por otro, de trasponer a nuestro derecho interno el contenido de la referida Directiva.

*A posteriori*, otras medidas adoptadas por el legislador español para impedir el encadenamiento de contratos temporales se introducen con la publicación del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, que modificó el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores para establecer límites temporales al encadenamiento de contratos, en concreto la prohibición de contratación de un trabajador por una empresa durante más de 24 meses, con o sin solución de continuidad, dentro de un periodo de 30 meses<sup>857</sup>, con las mismas o diferentes

---

<sup>854</sup> Planteamiento puesto de manifiesto por Cruz Villalón, J., "El encadenamiento de contratos...", op. cit., pp. 89 y 90.

<sup>855</sup> Al respecto cabe señalar que el TC, en nota informativa 6/2017, afirma que las Directivas de la UE son vinculantes antes de su transposición cuando el Estado incumple el plazo para ello, explicando que es de aplicación la jurisprudencia del TJUE, según la cual el Estado miembro que no haya adoptado dentro de plazo las medidas impuestas por una Directiva, no puede oponer a los particulares su propio incumplimiento de las obligaciones que la Directiva implica; y ello porque el efecto útil de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por medio de Directivas quedaría debilitado si se impide a los ciudadanos invocarlo ante los Tribunales.

<sup>856</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001.

<sup>857</sup> TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia núm. 145/2021, de 17 febrero (Fº Dº Primero).

modalidades contractuales de duración determinada; o con la publicación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, que recuerda en su Preámbulo que *«[a] pesar de las sucesivas modificaciones que ha experimentado la legislación laboral española, el marco institucional no ha sido capaz de abordar de manera eficaz el problema de la excesiva tasa de temporalidad, que se sitúa de manera sistemática muy por encima de la media europea»* y vuelve a modificar el artículo 15 del ET con el objeto de precisar las causas que justifican el recurso a la contratación de duración determinada y concretar nuevas reglas sobre concatenación de contratos en consonancia con las medidas alternativas ofrecidas por la Directiva.

Los efectos del incumplimiento de estas medidas contempladas por nuestro Derecho Laboral aparecen, sin embargo, limitadas en la esfera del Derecho Público por dos cuestiones. Primero, por la ya evidente poco resolutiva doctrina jurisprudencial que coarta la respuesta de estabilidad del artículo 15 ET y establece que en las Administraciones Públicas *«la consecuencia del incumplimiento no sería la fijeza, sino que la pervivencia del vínculo laboral del trabajador afectado estará temporalmente limitada por la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios»<sup>858</sup>*, consagrando el indefinido “no fijo” y consolidando que la consecuencia natural de las irregularidades en la contratación temporal cometidas por las Administraciones Públicas es la aplicación automática de esta doctrina creada el siglo pasado que no acarrea sino más temporalidad, como nos recuerda el TJUE en su Auto de fecha 26 de abril de 2022, apartado 25, en el que pone de manifiesto *«que la conversión de la relación laboral entre las partes en el litigio principal en “indefinida no fija” (...) no modifica la propia naturaleza de estos contratos»<sup>859</sup>*.

Y, en segundo término, por la ausencia de previsión específica en la normativa propia de Derecho Administrativo Laboral que produce un importante

---

<sup>858</sup> TSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 2ª) Sentencia núm. 145/2021, de 17 febrero (Fº Dº Primero).

<sup>859</sup> En el mismo sentido, el Auto del TJUE de 11 de diciembre de 2014, León Medialdea, C 86/14, no publicado, apartado 41.

déficit de transposición. Hasta la publicación de la Ley 20/2021 no ha habido una norma *ad hoc* que se haya preocupado de adoptar medidas destinadas a evitar la utilización desmesurada de la contratación temporal y si bien esta Ley pretende en el ámbito público «*a la vista de la jurisprudencia europea, clarificar las bases en esta materia en todo el territorio nacional y planificar y equiparar una respuesta común y equitativa a los posibles abusos de temporalidad, abordando el diseño y la determinación de consecuencias efectivas y disuasorias también de cara a su prevención en el futuro*<sup>860</sup>» y para ello ha introducido una nueva Disposición adicional decimoséptima en el EBEP que prevé el abono de una poco o nada novedosa compensación económica, finalmente se trata de una medida similar a la ya prevista por nuestro Derecho privado para los despidos y por nuestros Tribunales para indemnizar la ocupación reglamentaria de la plaza del indefinido “no fijo” y que, como ahora se verá, se ha revelado insuficiente como medida coercitiva que disuada de la contratación temporal irregular en el sector público.

Así pues, a pesar de estos intentos, es de lamentar que todavía en España, bien adentrados en el primer cuarto del siglo XXI, se esté a la espera de una recepción adecuada y una regulación acorde con los resultados pretendidos en la Directiva, por ello no es de extrañar que, con toda lógica, se afirme que «*con más de veinte años de retraso, todavía colea el desatino, ya con dimensiones bochornosas*»<sup>861</sup>.

3. El concepto europeo de «abuso» y las sanciones a los excesos: ¿es una sanción suficiente y disuasoria la figura del indefinido no fijo? ¿Y la compensación económica?

El «abuso» incompatible con la Directiva 1999/70/CE es un concepto estrictamente comunitario, que opera en el ámbito del Derecho de la UE, para

---

<sup>860</sup> Preámbulo, apartado II.

<sup>861</sup> En opinión de Toledano Lanza, M., “Trabajadores públicos interinos en el derecho europeo: Una visión de conjunto” [en línea], ConfiLegal, Noticias jurídicas y Jurisprudencia. Disponible en: [https://confilegal.com/20220205-trabajadores-publicos-interinos-en-el-derecho-europeo-una-vision-de-conjunto/#\\_ftn6](https://confilegal.com/20220205-trabajadores-publicos-interinos-en-el-derecho-europeo-una-vision-de-conjunto/#_ftn6). [Consultado: 20/12/2022]

referirse a *situaciones indeseables*<sup>862</sup> derivadas de relaciones laborales sucesivas de duración determinada. Sin embargo, no se debe olvidar que este término goza de carácter vinculante para todos los Estados miembros de tal forma que, como señala el TJUE<sup>863</sup>, ese «abuso» se produce cuando se utiliza personal temporal para cubrir necesidades permanentes, pues el legislador comunitario pretende que los contratos de duración indefinida constituyan la forma más común de relación laboral o funcionarial. Así, «*si el empleado público temporal no atiende necesidades extraordinarias, esporádicas o coyunturales, sino a tareas y cometidos duraderos, estables y permanentes, cubriendo el déficit estructural de personal estatutario fijo comparable, es que se encuentra en situación de abuso contrario a la Directiva 1999/70/CE*»<sup>864</sup>.

Por tanto, y por lo que a la Administración Pública española se refiere, hay que poner el acento en la circunstancia de que el «abuso» perseguido y prohibido por el Derecho Comunitario es aquel que procura al contrato de trabajo la apariencia de temporalidad y excepcionalidad cuando lo que se atribuyen al empleado público son tareas permanentes y estructurales, de modo que el «abuso» en la contratación no depende del incumplimiento o no de los principios de igualdad, mérito y capacidad del derecho nacional, sino del hecho de que la Administración acuda a la convocatoria de un puesto temporal para atender necesidades ordinarias y estables.

Lo que se examina es que bajo la apariencia de las “razones objetivas”<sup>865</sup> a las que se refiere el apartado 1, letra a), de la citada cláusula quinta del Acuerdo Marco, se aplique una normativa y jurisprudencia nacionales que «*no impiden que el empleador de que se trate dé respuesta, en*

---

<sup>862</sup> Toledano Lanza, M., “Trabajadores públicos interinos...” [en línea], op.cit.

<sup>863</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15, apartado 44, 45, 47 y 48; STJUE de 26 de noviembre de 2014, asunto C-22/13, caso Mascolo, apartados 91, 92 y 93 y STJUE de 19 de marzo de 2020, caso Sánchez Ruiz y otros, asuntos C-103/18 y C-429/18, apartados 75 y 76.

<sup>864</sup> Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, apartado 79. Más recientemente, la sentencia de 3 de junio de 2021 del TJUE, en su apartado 58, señala que (...) *el Tribunal de Justicia ha declarado en repetidas ocasiones que la renovación de contratos o relaciones laborales de duración determinada para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino, al contrario, permanente y duradero, no está justificada a efectos de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo Marco.*

<sup>865</sup> Es decir, razones de necesidad, de urgencia o para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario.

*la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal»<sup>866</sup>.*

Nuestro ordenamiento jurídico, desde luego, no parece haber conseguido dar estas respuestas para el trabajador que presta servicios en la Administración Pública, a diferencia de lo previsto para el trabajador empleado por un empresario privado con un artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores que no ofrece dudas.

### 3.1. Las sanciones del derecho español ante el empleo público irregular.

Entiende nuestro legislador<sup>867</sup>, que no cabe en la Administración española *«la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente»<sup>868</sup>*, amparando dicha negativa en el enfrentamiento con los reiterados principios constitucionales ya que, en caso contrario, se destruirían los parámetros básicos que inspiran el acceso al empleo público fijo<sup>869</sup>; y, si bien es cierto que, en la misma línea, se puede afirmar que *«la Directiva no impone a los Estados Miembros la transformación de la relación temporal abusiva en una relación fija»<sup>870</sup>* y, en consecuencia, no están obligados a prever la transformación de los contratos de duración

---

<sup>866</sup> Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020, apartado 80.

<sup>867</sup> Así se afirma en el Preámbulo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

<sup>868</sup> Sempere Navarro, A., “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre” [en línea], Noticias jurídicas y actualidad. Disponible en: [https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre#\\_ftnref16](https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre#_ftnref16) [Consultado: 23.11.2022].

<sup>869</sup> Rodrigo Saiz, M.C., “Indefinido fijo en la Administración Pública” [en línea], Diario La Ley, Nº 9821, Sección Dossier, 16 de marzo de 2021. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/03/30/indefinido-fijo-en-la-administracion-publica>; esta autora opina que *la consideración de fijeza es inasumible desde el contexto de nuestro sistema legal y constitucional*.

<sup>870</sup> Fundamento de Derecho Tercero *in fine* de la sentencia núm. 460/2021 del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, de 3 de noviembre de 2021. Asimismo, la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, asunto IMIDRA, afirma en su apartado 49, que *el Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco deja en principio a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido*, aunque sí recuerda que deberá contar con otra medida efectiva para evitar y sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo temporales; asimismo, ATJUE de 11 de diciembre de 2014, caso C-86/14, asunto Huétor-Vega, STJUE de 14 de septiembre de 2016, caso C-184/15, asunto Martínez Andrés y Castrejana López; Auto del TJUE de 30 de septiembre de 2020, caso C-135/20, asunto Gondomar.

determinada en contratos por tiempo indefinido<sup>871</sup>, tampoco nada impide que en caso de ausencia de medidas disuasorias efectivas se aplique la sanción de la transformación del temporal en fijo cuando, además, repetidamente nos recuerda el TJUE para el caso de España que «*la normativa nacional controvertida en el litigio principal, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, no parece comportar, (...), medidas de prevención de la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco*»<sup>872</sup>.

La figura del indefinido “no fijo” se sustenta en la ilegalidad derivada del «*fraude de ley*» acaecido por las razones que se vienen analizando, a saber, incumplir los principios legales de acceso al empleo público o no finalizar el contrato temporal para el plazo legal previsto; sin embargo, no se debe perder de vista que, como acabamos de ver, esta ilegalidad también se produce por el «*abuso*» del empleador público, es decir, por la utilización desproporcionada<sup>873</sup> de la contratación temporal para cubrir necesidades estructurales y permanentes, y que, en definitiva, resulta contraria a la cláusula quinta de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio.

La aparición de sentencias con pronunciamientos en esta materia por parte del Tribunal Europeo parece estar poniendo en duda la eficacia y validez de la construcción del indefinido “no fijo” que, desde su creación tiene importantes lagunas y, a nuestro entender, empieza a mostrar signos de debilidad por un doble motivo: por un lado, porque es un término que se utiliza en derecho español como alternativa al reconocimiento del carácter fijo y a la estabilidad de la relación laboral que propugna el Derecho del Trabajo y que, a la postre, solo consigue mantener al trabajador en situación de temporalidad *sine die* y, por otro, porque es un concepto de la jurisprudencia española que se revela como sanción insuficiente ante los incumplimientos de la

---

<sup>871</sup> STJUE de 7 de marzo de 2018, C-494/16, asunto Santoro.

<sup>872</sup> Apartado 69 de la STJUE de 3 de junio de 2021, C-726/19, asunto IMIDRA.

<sup>873</sup> Como es el caso de la sentencia núm. 145/2021, de 17 febrero, del TSJ de Madrid, en la que el trabajador llega a firmar 274 contratos temporales con una sociedad pública estatal (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A).

Administración Pública empleadora y que no alcanza el objetivo de disuadirla en su hacer irregular por lo que podría resultar incompatible con la mencionada Directiva.

Como se afirma por el Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona<sup>874</sup>, *«la figura del personal laboral indefinido no fijo no es vista por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea como una sanción estrictamente adecuada -con cierto vaivén jurisprudencial, todo hay que reconocerlo-»*.

Esto se deduce del Auto del TJUE de 11 de diciembre 2014<sup>875</sup> que considerando, en su apartado 1), que el trabajador indefinido “no fijo” *«está incluido en el ámbito de aplicación de este Acuerdo Marco»*, entiende que este Acuerdo *«debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no incluye ninguna medida efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, de dicho Acuerdo marco, resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público, dado que en el ordenamiento jurídico interno no existe ninguna medida efectiva para sancionar tales abusos»* (apartado 2).

En el mismo sentido, el Auto del TJUE de 2 de junio de 2021 vuelve a recordar que *«una normativa nacional que permite la renovación sucesiva de relaciones de servicio de duración determinada para garantizar la prestación de servicios determinados de naturaleza temporal, coyuntural o extraordinaria no se justifica por “razones objetivas”, con arreglo al apartado 1, letra a), de la cláusula 5, del Acuerdo Marco, cuando no impide que el empleador de que se trate dé respuesta, en la práctica, mediante esas renovaciones, a necesidades permanentes y estables en materia de personal»* (apartado 40). Por ello, de dicho Auto cabe deducir<sup>876</sup> que la transformación de una relación temporal en

---

<sup>874</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona (Comunidad Foral de Navarra) de 22 de noviembre de 2021 (Procedimiento 294/2021).

<sup>875</sup> ATJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-86/14, caso Huétor-Vega (petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Granada).

<sup>876</sup> En opinión de Toledano Lanza, M., “Trabajadores públicos interinos...” [en línea], op.cit.

otra diferente, pero de naturaleza igualmente temporal, no parece una solución aceptable para cubrir puestos que ya se han revelado de naturaleza estructural, toda vez que «no sólo se mantiene la situación de precariedad de los trabajadores, sino que ésta se convierte en permanente» (apartado 38).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es claro en sus valoraciones y pide a los Estados miembros sanciones efectivas y disuasorias, acordes con los principios de equivalencia y efectividad<sup>877</sup> en la aplicación del Derecho de la Unión Europea<sup>878</sup>, que eviten el uso abusivo de la temporalidad, sobradamente instalada en la Administración Pública española, y que no parece que encuentre en nuestro derecho nacional una respuesta adecuada con la figura del indefinido “no fijo”.

Esto hace que se siga poniendo en tela de juicio la mencionada figura, si cumple realmente una función de sanción a la Administración que lleva a cabo contrataciones temporales irregulares -ya sea por fraude o por abuso-<sup>879</sup> y si la disuade hasta el punto de desistir en su mal hacer.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la compensación económica, la sentencia 289/2021, de 21 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de Madrid, en la que se enjuicia el abuso de derecho en la concatenación de nombramientos interinos en las corporaciones locales afirma que «una supuesta solución indemnizatoria (...) carece de efecto

---

<sup>877</sup> Auto del Tribunal de Justicia del 30 de septiembre de 2020, asunto Gondomar, C-135/20, apartado 22, define que *a falta de legislación de la Unión en la materia, las modalidades de aplicación de tales normas se inscriben en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de la autonomía procesal de estos últimos, no deben, sin embargo, ser menos favorables que las que rigen situaciones análogas de carácter interno (principio de equivalencia) ni hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de eficacia).*

<sup>878</sup> Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo...” [en línea], op.cit.; asimismo, vid. sentencias de 7 de septiembre de 2006, en los asuntos C-53/04 y C-180/04, Marrosu y Sardino y Vassallo, de 4 de julio de 2006 en el asunto C-212/04, Konstantinos Adeneler, de 14 de septiembre de 2016 en los asuntos C-184/15 y C-197/15, Martínez Andrés.

<sup>879</sup> Sepúlveda Gómez, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE” [en línea], Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 129, 2015, p. 233. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5174949>



*disuasorio en relación con la alegada utilización abusiva de la contratación temporal» (Fº Dº Décimo).*

Soler Arrebola<sup>880</sup> señala que si la calificación de indefinido “no fijo”, como tal, no conlleva una sanción efectiva para la Administración, tampoco se obtendría la misma con la extinción de la relación laboral ya que supondría para el trabajador la pérdida del puesto de trabajo y para la Administración el pago de una indemnización que tiene una función reparadora que compensa la pérdida del empleo pero que no representa una respuesta sancionadora para el empleador público puesto que este último también tiene que hacer frente a dicho pago si la extinción se produce respecto de una contratación lícita.

Así las cosas, lo verdaderamente relevante es que durante décadas no se han aplicado actuaciones jurídicas reales y efectivas contra el «abuso» de la temporalidad en la Administración española, no se ha encarado el problema con todas las armas jurídicas disponibles ya que, por mucho que busquemos en nuestro ordenamiento, no encontramos «razones objetivas» que justifiquen la temporalidad prolongada que aqueja al empleo público laboral y, mucho menos, medidas disuasorias por las que los gestores de lo público deban “inquietarse” o “preocuparse” si acuden de forma irregular y recurrente a la contratación temporal.

En realidad, no hay consecuencias sino todo lo contrario, una total indulgencia hacia la Administración que tiene contratado fuera de los márgenes de la ley a un trabajador 4, 5, 6 o 15 años y, tras su declaración judicial como indefinido “no fijo”, permanece en su puesto otros tantos; no hay recursos legales que desmotiven esta forma de proceder ni normativa nacional que produzca un «efecto negativo para el empleador»<sup>881</sup>. Por ello, si esa situación de interinidad y, por ende, de precariedad se prolonga en el tiempo, como

---

<sup>880</sup> Soler Arrebola, J.A., “Reversión de servicios...”, op.cit., p. 140.

<sup>881</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, asunto Domingo Sánchez Ruiz y Berta Fernández Álvarez y otras acumulados C-103/18 y C-429/18, apartado 97.

ocurre con la figura jurídica del indefinido “no fijo”, acaba no atendiendo al efecto útil del Acuerdo marco europeo<sup>882</sup>.

3.2. Nuevos criterios judiciales nacionales como sanción al «abuso» en la contratación temporal pública española a la luz de la jurisprudencia comunitaria.

Actualmente, se están produciendo dictámenes judiciales<sup>883</sup> que, sobre la base de lo dispuesto en la jurisprudencia europea en cumplimiento de la Directiva mencionada, abandonan la aplicación del indefinido “no fijo” o la compensación económica como consecuencia jurídica a los incumplimientos de la Administración y abordan soluciones más próximas a la sanción efectiva del «abuso» cometido por aquélla, afirmando que:

*«en aquéllos casos en los que la legislación interna no haya previsto una sanción para garantizar el cumplimiento de los objetivos de dicha Directiva, que son dar fin a la precarización de los trabajadores públicos (y). Dado que en el Ordenamiento español no existe ninguna medida sancionadora que garantice el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 1999/70/CE en el sector público, no cabe sino transformar la relación temporal abusiva en un relación fija idéntica o equivalente a la de los trabajadores fijos comparables, sujetando a los empleados públicos temporales/interinos que han sufrido el abuso en las mismas causas, requisitos y procedimientos para el cese en sus puestos de trabajo que la Ley establece para los empleados fijos comparables, pues en otro caso el abuso quedaría sin sanción, vulnerándose así el objetivo y el efecto útil de la referida cláusula 5 del Acuerdo marco mencionado, y así se confirma con la última sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de junio de 2021, anteriormente citada»<sup>884</sup>.*

---

<sup>882</sup> Cruz Villalón, J., “El encadenamiento de contratos...”, op. cit., p. 91.

<sup>883</sup> A saber, sentencia núm. 460/2021 del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, de 3 de noviembre; en sentido similar, Sentencia núm. 504/2021 del Juzgado de lo Social nº 3 Pamplona (Comunidad Foral de Navarra), de 22 de noviembre o sentencia núm. 389/2022 del TSJ de Cataluña, de 24 de enero.

<sup>884</sup> Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 4 de Alicante, sentencia núm. 163/2021, de 31 de marzo.

Esta argumentación es empleada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Alicante<sup>885</sup> en relación con funcionarios interinos que, si bien escapan al ámbito de lo social objeto de nuestro estudio, en esencia se refiere a empleados públicos temporales de una Administración Pública que reclaman la fijeza por aplicación de lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CE que obliga a los Estados miembros a establecer medidas efectivas para prevenir los abusos reiterados.

En su sentencia, para reforzar y justificar la posible inobservancia de aquellos principios de acceso al empleo, el juzgador se apoya en la forma en que debe ser aplicada la normativa comunitaria y los posibles conflictos que pudieran derivarse de la confrontación de la misma con el derecho interno de cada uno de los Estados miembros, encontrando cumplida respuesta en los principios de eficacia directa y supremacía del Derecho Comunitario acuñados por la consolidada jurisprudencia del TJUE y por nuestro Tribunal Constitucional.

En este sentido, numerosas sentencias del TJUE<sup>886</sup> y del TC<sup>887</sup> reconocen expresamente que *«(...) los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados Miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tiene la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea anterior o posterior a la norma de Derecho de la Unión. (...) Esta obligación cuya existencia es inherente al principio de primacía recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados Miembros, con independencia de la norma nacional»*.

---

<sup>885</sup> Sentencia núm. 163/2021, de 31 de marzo.

<sup>886</sup> STJUE de 15 de junio de 1964, dictada en el Asunto 6/64, caso Flaminio Costa, y ratificada por ulteriores sentencias como la de 9 de marzo de 1978, Asunto C-106/77, caso Simmenthalo o la de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11, caso Melloni; más recientemente, la sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 en el asunto C- 760/18, caso Dimos Agiou Nikolaou.

<sup>887</sup> STC núm. 145/2012, de 2 de julio.

Argumentación que comparte el Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid<sup>888</sup>, para declarar la fijeza de la relación laboral que vincula al demandante con su Administración ya que considera que ello no contraviene el artículo 103 de la Constitución Española, en primer lugar, por la primacía del Derecho de la Unión frente al derecho interno<sup>889</sup>, en segundo término, porque el propio Tribunal Constitucional<sup>890</sup> ha señalado que el principio de mérito y capacidad se reservan para las plazas de funcionarios y no para las que se cubren mediante contrataciones laborales y, por último, porque «*no buscar una interpretación conforme de la Constitución Española, [ello] nos conduce a un conflicto institucional evidente que debería ser evitado*»<sup>891</sup>.

La incesante jurisprudencia comunitaria da como fruto una nueva sentencia del TJUE, la sentencia de 3 de junio de 2021<sup>892</sup>. En ella se dispone que si la normativa nacional prevé la organización de procesos selectivos para cubrir de manera definitiva las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicio de duración determinada pero no garantiza que esos procesos se organicen efectivamente (como ocurre con el indefinido “no fijo”), no resulta adecuada para prevenir la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada; se establece como requisito para evitar el abuso en la contratación temporal que se fije un plazo para que la Administración competente convoque las plazas fijas (apartados 61, 64 y 67). Esta circunstancia dio como resultado el cambio de la

---

<sup>888</sup> Sentencia núm. 460/2021 del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, de 3 de noviembre de 2021 (Autos 751/2020).

<sup>889</sup> STC 145/2012, de 2 de julio, en su FJ 5º, afirma que se ha aceptado “la primacía del Derecho de la Unión Europea (...) por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93”.

<sup>890</sup> STC 132/2005, de 23 de mayo, entre otras ya aludidas.

<sup>891</sup> Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia núm. 460/2021 del Juzgado de lo Social nº 42 de Madrid, de 3 de noviembre de 2021.

<sup>892</sup> Para el análisis de la sentencia vid. Toledano Lanza, M., “Trabajadores públicos interinos...” [en línea], op.cit.; asimismo, Beltran de Heredia Ruiz, I., “Las medidas para reducir el empleo temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RDLEY 14/2021” [en línea], Temas Laborales núm. 159/2021, pp. 61 a 69. Disponible en:

<file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-LasMedidasParaReducirElEmpleoPublicoTemporalALaLuz-8250089.pdf>; también, Pastor, G., “¿Se puede combatir la temporalidad con más temporalidad?” [en línea], en Economist&Jurist. Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-temporalidad-en-el-sector-publico-a-proposito-del-rd-ley-32-2021-y-ley20-2021/> [Consultado el 22.09.2022]

doctrina del TS mediante la mencionada sentencia de 28 de junio de 2021, después de la crítica velada a los órganos jurisdiccionales nacionales que debían modificar su jurisprudencia (apartado 86) porque, pese a que el artículo 70 EBEP prevé un plazo de 3 años para la organización de los procesos selectivos en los contratos de interinidad por vacante, no constituye un plazo fijo conforme a la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, y no puede considerarse una «*medida legal equivalente*», en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco (apartado 68).

Por otra parte, para dicha sentencia la sola indemnización por extinción de contrato no se estima medida suficientemente efectiva y disuasoria; así, «*procede recordar que el Tribunal de Justicia ha considerado que el abono de una indemnización por extinción de contrato no permite alcanzar el objetivo perseguido por la cláusula 5 del Acuerdo Marco, (...)*» mientras sea «*independiente de cualquier consideración relativa al carácter lícito o abusivo de la utilización de contratos de duración determinada*» (apartado 74), y «*se abone únicamente al término de los contratos de duración determinada*» (apartado 76), ya que contraviene el objetivo y el efecto útil del Acuerdo Marco si no existe, en el Derecho nacional, ninguna otra medida efectiva para evitar y sancionar los abusos.

Esta falta de acomodo entre el ordenamiento jurídico europeo y el derecho español, es la que ha llevado a nuestro legislador a intentar armonizar las directrices jurisprudenciales con la normativa aplicable a través de la publicación, por un lado, del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, que, «*respondiendo de manera plena y efectiva a las exigencias de la Directiva 1999/70/CE del Consejo*»<sup>893</sup>, introduce modificaciones en el artículo 11 del ET sobre el contrato formativo y en el artículo 15 del mismo texto normativo «*en el que se precisan las causas que justifican el recurso a la contratación de duración determinada y nuevas reglas sobre concatenación de contratos*»<sup>894</sup> y, por otro, de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la

---

<sup>893</sup> Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>894</sup> Preámbulo del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

reducción de la temporalidad en el empleo público, aprobada por la importante incidencia que la Directiva «*ha tenido y tiene en el ordenamiento jurídico español y, por tanto, en la evolución de la jurisprudencia*»<sup>895</sup> y en el deseo de establecer medidas encaminadas a evitar el abuso en la contratación temporal y sancionar las actuaciones incumplidoras de las Administraciones Públicas en esta materia.

Pero ni las directrices del legislador nacional pensadas *ad futurum*, ni las soluciones aportadas por el TJUE son claras y quedan abiertas a interpretaciones dispares. Y estos vaivenes son los que provocan que se vuelvan a plantear cuestiones prejudiciales por Juzgados y Tribunales españoles<sup>896</sup> ante el Tribunal Europeo en las que se pregunta si la figura del indefinido “no fijo” del Tribunal Supremo creada para los laborales puede valer como sanción al abuso de temporalidad y si la indemnización prevista igual a la que se corresponde con una extinción del contrato de trabajo por causas objetivas es eficaz y adecuada.

La sentencia de 27 de junio de 2022 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, a propósito de la cuestión prejudicial planteada por el mismo (asunto C-464/21)<sup>897</sup> resuelta mediante Auto del TJUE de 26 de abril de 2022, da respuesta a estas cuestiones:

- Por un lado, a la cuestión de si puede sancionarse el abuso de la contratación de duración determinada con la conversión de este contrato en otro también de duración determinada (el indefinido “no fijo”) resuelve que «*[l]a respuesta evidentemente es que no, puesto que entonces no se estaría garantizando uno de los criterios básicos de interpretación de las normas de la Unión Europea, tanto del derecho primario como del*

---

<sup>895</sup> Preámbulo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

<sup>896</sup> Auto de 3 de febrero de 2022 por el que se plantea cuestión prejudicial por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 2ª).

<sup>897</sup> Auto de 27 de julio de 2021 por el que se plantea cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona; un análisis del contenido de esta cuestión prejudicial en Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Las medidas para reducir el empleo...” [en línea], op.cit., pp. 70 a 75.

*derivado, como es el del efecto útil; si se permite que la sanción de la contratación temporal sea una relación contractual también temporal, este efecto útil se diluye y se perpetúa el abuso»<sup>898</sup>.*

- Por otro lado, y dado que el reconocimiento de la contratación temporal fraudulenta, aunque se considere una sanción, no puede quedarse en la conversión de una relación contractual de naturaleza temporal en otra de la misma naturaleza jurídica, se plantea *«si la consiguiente medida de fijación de una indemnización igual a la que se corresponde con una extinción del contrato de trabajo por causas objetivas es eficaz y adecuada»<sup>899</sup>*. El ya mencionado Auto del TJUE de 11 de diciembre 2014<sup>900</sup> consideraba que una medida efectiva para prevenir y sancionar los contratos temporales fraudulentos en el sector público era la fijación de la indemnización; no obstante, la ausencia de un régimen jurídico propio del contrato indefinido “no fijo” hace que se le haga extensiva la indemnización del artículo 53.1-b) del ET en relación a los apartados c) y e) del artículo 52 del mismo texto legal para los supuestos de extinciones contractuales por causas objetivas. En este sentido, el Juzgado concluye que si *«la figura del 'indefinido no fijo' participa de la misma naturaleza temporal (...) que el contrato de duración determinada, es evidente que el tratamiento no puede ser el mismo de los casos en que se produce una extinción por causas objetivas, puesto que entonces se estaría vulnerando el efecto útil de la normativa comunitaria»<sup>901</sup>*; en consecuencia, no existe ninguna medida adecuada, ni a nivel legal ni jurisprudencial: *«no lo es “convertir” el contrato de duración determinada fraudulento en un contrato de duración determinada indefinido no fijo, y tampoco lo es reconocer una indemnización destinada a compensar la pérdida de un trabajo por causas objetivas procedentes»<sup>902</sup>*.

---

<sup>898</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº cuarto, apartados 19 y 20).

<sup>899</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº cuarto, apartado 24).

<sup>900</sup> Asunto LM v. Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/149.

<sup>901</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº cuarto, apartado 32).

<sup>902</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº cuarto, apartado 33).

Así pues, concluye que «la calidad de vida de las personas afectadas, así como el rendimiento profesional, son una de las principales justificaciones para regular en el ámbito comunitario la contratación temporal y poner freno a los abusos, y éste debe ser el objetivo último de la respuesta que nos requiere el TJUE<sup>903</sup>, por tanto, teniendo en cuenta lo expuesto (...), la única respuesta que se puede dar es la de reconocer que la relación laboral del demandante con la Universidad de Barcelona es indefinida, sin otra especificación, lo que significa estimar íntegramente la demanda»<sup>904</sup>.

El TS no se ha pronunciado por ahora con respecto a esta cuestión pero no parece que la compensación económica prevista por la Ley 20/2021, equiparable a la indemnización ya existente y reconocida por la jurisprudencia para la finalización por causas objetivas de los contratos, lícitos o fraudulentos (como los indefinidos “no fijos”) sea considerada medida disuasoria suficiente en los términos de la Directiva Comunitaria.

En definitiva, un sinfín de idas y venidas que producen vértigo jurídico, ya que ni haciendo uso de la hermenéutica judicial nacional, ni acudiendo a la transversalidad del Derecho europeo es posible contestar con legítima certeza a las preguntas formuladas al inicio de este epígrafe ¿es una sanción suficiente y disuasoria la figura del indefinido “no fijo”? ¿Y la compensación económica?

En nuestra opinión, considerar sanción a la conversión de la relación laboral temporal fraudulenta en indefinido “no fijo” cuando, además, no se modifica la propia naturaleza del contrato que continua siendo temporal es dejar las cosas como estaban porque este empleado público continuará estando incluido en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que figura en el Acuerdo Marco y seguirá siendo objeto de protección por el mismo. Por otra parte, la medida indemnizatoria no está pensada en nuestro derecho interno ni para prevenir abusos ni con eficacia

---

<sup>903</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº quinto, apartado 37).

<sup>904</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº quinto, apartado 38).



disuasoria de la contratación fraudulenta lo que permite reforzar la idea de que solo la declaración de fijeza constituiría una medida contundente y una respuesta consecuente con el objetivo de sancionar los abusos perseguidos por la Directiva comunitaria.

Por tanto, como afirma autorizada doctrina<sup>905</sup>, es misión del legislador avanzar en la búsqueda de soluciones reales que vayan más allá de una mera función resarcitoria frente a los enquistados incumplimientos de la Administración y actuar con medidas de prevención que atajen desde el punto de vista jurídico y de forma definitiva la utilización recurrente de la contratación temporal en cualquiera de sus manifestaciones, laboral o estatutaria.

Conviene no olvidar que más allá de la búsqueda de una respuesta jurídica al exceso de temporalidad, la Directiva europea reclama una sanción real y efectiva que, como tal, conlleve modificar la conducta del infractor; y, por ahora, la única opción viable pasa por garantizar la estabilidad del trabajador y declarar su fijeza como sanción al «abuso» cometido por el empleador público y ello en cumplimiento de una normativa comunitaria que prima sobre el derecho interno. Y esta y no otra es la razón de que se sigan sucediendo cuestiones prejudiciales<sup>906</sup> planteadas por nuestros tribunales ante el TJUE en las que se pone de manifiesto la insuficiencia de una compensación económica y la inconsistencia, ya por demasiado tiempo, de una figura que debería sustituirse por la fijeza.

---

<sup>905</sup> Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., “La expansión desbocada...” [en línea], op.cit., pp. 2061 a 2.071.

<sup>906</sup> Autos del TSJ Madrid 21 y 22 de diciembre 2021.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. Los datos comparados del BEPSAP de los últimos cuatro años, desde julio de 2018 hasta julio de 2022, confirman el incremento de la presencia del Personal Laboral en el seno de la Administración Pública.

El personal funcionario de carrera representaba en el primer semestre de 2018 el 57,25% de los empleados públicos que, si se compara con julio de 2022<sup>907</sup>, sitúa el porcentaje en un 53,35%, con lo que se constata una disminución de 4 puntos. Sin embargo, el personal laboral pasa de un 19,32% en julio de 2018 a incrementarse en 3 puntos en julio de 2022 (22,30%). Así, según estos registros objetivos se confirma una tendencia hacia la disminución de la entidad del personal funcionario de carrera que se corresponde con el alza correlativo de la contratación laboral y la mayor presencia de personal laboral en las Administraciones Públicas.

SEGUNDA. La creciente presencia de esta figura jurídica de Personal Laboral al servicio de la Administración es consecuencia de la necesidad, por un lado, de flexibilizar un sistema de la Función Pública excesivamente rígido y deficiente en materia de gestión de los recursos humanos y, por otro, de optimizar la prestación de los servicios públicos.

La progresiva incorporación de personal en régimen laboral a las Administraciones Públicas en España ha sido el resultado de un largo proceso jurídico caracterizado por un primigenio Derecho Administrativo plagado de reticencias fundamentadas en un corporativismo antilaboralista y un Derecho del Trabajo excesivamente dubitativo en el abordaje de la esfera de lo público.

En el origen de esta figura se sitúa el requerimiento por parte de la Administración de clases subalternas, integradas por obreros, para la

---

<sup>907</sup> Datos extraídos de la Tabla 1.5 (p. 8), disponibles en: [https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220701\\_Boletin\\_julio\\_2022.pdf.pdf](https://funcionpublica.hacienda.gob.es/dam/es/portalsefp/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/220701_Boletin_julio_2022.pdf.pdf) [Consultado 5 de febrero de 2023].

realización de trabajos materiales, ya que los intelectuales se asociaban al cuerpo funcionarial. Sin embargo, posteriormente, ha terminado siendo el producto, utilizando palabras de Alarcón Caracuel<sup>908</sup>, de la lógica evolución del Estado contemporáneo: desde el Estado abstencionista, esencialmente limitado a funciones de hacienda, orden público, defensa del territorio y administración de justicia, aparte de la construcción de ciertas infraestructuras básicas, hasta el Estado interventor en la economía que dispensa servicios públicos esenciales para el bienestar de los ciudadanos como sanidad, educación y seguridad social.

Como consecuencia de esta transición y de la urgente necesidad de reclutar personal para atender estos servicios públicos, de imposible cobertura a través de los sistemas de acceso previstos para la función pública, se produce el «fenómeno de contractualización masiva de los empleados públicos»<sup>909</sup> y nace la contratación laboral en la Administración Pública, «si bien con grandes resistencias por la mayor parte de los administrativistas académicos»<sup>910</sup>, fruto de la poca fortuna que el legislador siempre ha mostrado para clarificar su regulación jurídica, determinando un marco normativo «transitorio» en el que no se opta explícitamente ni por el régimen funcionarial ni por el régimen laboral.

TERCERA. La denominación genérica de «Estatuto Básico del Empleado Público» abandona la nomenclatura Función Pública presente en el artículo 103.3 de la CE, avanza en la unificación de regímenes jurídicos pero no acaba con la dualidad.

El Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado sentó las bases para la nueva construcción conceptual del empleo público y generó el efecto de transicionar

---

<sup>908</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 112.

<sup>909</sup> Monereo Pérez, J.L., “Introducción al nuevo Derecho...”, op.cit., p. 138.

<sup>910</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 112..

del modelo cerrado o de carrera propio de la función pública española, a otro más abierto que se consolida con la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública hasta la publicación del Estatuto Básico del Empleado Público. La idea de «empleado público» que subyace en este último texto normativo es determinante para el acercamiento del régimen jurídico de los dos grandes colectivos en que se estructura. Podría ser cuestionable si esa unidad conceptual se quiebra dada la variedad de funciones de las Administraciones Públicas, sin embargo, la circunstancia de que sólo determinados tipos de empleados públicos puedan ejercer potestades administrativas y en determinados campos concretos de actuación, no merma fuerza a este criterio unívoco: todos los empleados públicos estarán encargados de la prestación de servicios públicos además de los que contarán, entre sus funciones, con el ejercicio de potestades públicas.

CUARTA. Por los mismos razonamientos que se impide el ejercicio de potestades públicas al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, se debe negar su ejecución al funcionario interino, reservándose en exclusiva su desempeño para el funcionario de carrera.

La reserva de estas prerrogativas exorbitantes a los funcionarios responde al carácter inamovible, garantía de imparcialidad y objetividad, del que disfrutaban los mismos desde su toma de posesión, razón que no concurre en los interinos que ostentan, incluso, menor estabilidad en el empleo que el personal laboral fijo.

El ordenamiento jurídico dispone de los mecanismos legales oportunos para cubrir temporalmente el puesto de funcionario de carrera en los casos a los que se refiere el artículo 10.1 EBEP de interinidad por vacante de funcionario de carrera, de sustitución temporal del funcionario con derecho a reserva de su plaza, de ejecución de programas de carácter temporal o de interinidad de refuerzo.

La Administración no tiene libertad para decidir cómo cubre esas plazas; así, su obligación será la de acudir a un proceso selectivo de nuevo ingreso y, en caso de urgencia, a la promoción interna o libre designación (arts. 78.2, 79 y 80 EBEP), a la comisión de servicios, redistribución de efectivos o cobertura forzosa con carácter provisional (art. 81 EBEP), o a las alternativas que ofrece el Capítulo III del EBEP, todas ellas fórmulas más adecuadas que el recurso al funcionario interino del que planteamos la dudosa capacidad para ejercer potestades administrativas. Teniendo en cuenta lo anterior, al no poder realizar ya funciones propias de un funcionario de carrera la figura del interino pierde su razón de ser.

QUINTA. Las diferencias entre personal laboral y personal funcionario se reconducen exclusivamente al ámbito de las funciones. Solo un reducidísimo número de personas debe quedar sujeto al Derecho Administrativo y ostentar la condición de funcionario de carrera con potestad para el ejercicio de funciones de *imperium* y *auctoritas*.

Si bien se parte de la base, en interpretación jurisprudencial, de que la opción general de nuestra Constitución es por el régimen funcional que sigue atribuyendo al personal vinculado con la Administración en régimen de Derecho privado el carácter de excepcional, no faltan opiniones doctrinales en sentido contrario que, como Sala Franco<sup>911</sup>, reconocen con todo acierto que la Constitución es “*neutra*” ya que ni excluye ni excepciona el régimen laboral solo establece una reserva de ley para regular el Estatuto de los funcionarios, o que como Ramió<sup>912</sup> recuerdan que resulta “*incomprensible*” que se siga manteniendo «*un modelo organizativo y de gestión de recursos humanos totalmente obsoleto a nivel de vínculos*», o que, como Gorelli Hernández<sup>913</sup>, manifiestan que «*en el hábitat de las AAPP contamos con un personal de procedencia laboral, que lejos de ser una anomalía en dicho ámbito, se ha*

---

<sup>911</sup> Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral.....”, op.cit., p. 16.

<sup>912</sup> Ramió, C., “Una Administración pública obsoleta” [en línea]. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337\\_276630.html](https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337_276630.html) [Consultado el 02.11.2022].

<sup>913</sup> Gorelli Hernández, J., “El despido disciplinario...”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, op.cit., p. 202.

*incorporado con absoluta normalidad como recurso ordinario en la gestión administrativa*», optando el legislador por aplicar la regulación laboral a dicho personal si bien con las especialidades que se plasman en el EBEP.

La creciente laboralización del sector público aboca a un cambio de concepción del régimen de empleo público: desde el carácter excepcional del personal laboral a su progresiva consolidación como regla general<sup>914</sup>. La realidad objetiva no ha seguido la tesis interpretativa del TC coexistiendo con los funcionarios públicos un nutrido número de personas trabajadoras con vínculo contractual<sup>915</sup>, lo que lleva a considerar que es el momento de replantear la hermenéutica desarrollada en torno a un modelo constitucional auspiciado en un contexto que no se corresponde con el actual y que evidencia la necesidad de reflexión por parte del legislador<sup>916</sup> y los agentes encargados de su interpretación.

Actualmente, la figura del funcionario de carrera encuentra su mejor acomodo en cuerpos como los de Abogados del Estado y homólogos, Notarios, Administradores de la Propiedad o Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (listado sin ánimo exhaustivo) en la lógica jurídica de que ejercen *potestas*, se hayan investidos de *auctoritas* o desempeñan funciones reservadas en atención al cuerpo y escala al que pertenecen.

Aunque existen opiniones<sup>917</sup> que rechazan de plano esta propuesta al afirmar que no es posible constreñir el concepto de funcionario a las funciones explícitamente reservadas por el EBEP a los funcionarios de carrera, a renglón seguido reconocen que el Estatuto “*da una de arena*” en su Disposición Transitoria Segunda «*posibilitando esa dinámica hermenéutica perversa de*

---

<sup>914</sup> En este sentido vid. Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo público...”, op.cit., pp. 23 y 30, considera que sobre todo en las Administraciones Locales hay una tendencia *favorable al régimen laboral de prestación de servicios y ello pese a que conforme a la STC 99/1987 el régimen general de empleo público sea el de carácter administrativo o estatutario*.

<sup>915</sup> Sala Franco, T., “El personal laboral...”, op.cit., p. 15.

<sup>916</sup> Boltaina Bosch, X., “Personal temporal...” [en línea], op.cit.; Boltaina Bosch, X., “El personal laboral de la Administración...” [en línea], op.cit.

<sup>917</sup> Fuentetaja Pastor, J.A. “El Estatuto Básico del Empleado...”, op.cit., pp. 484 y 485.

*reducir lo funcional a las funciones públicas*». Ciertamente, el EBEP solo manifiesta la preferencia constitucional por el régimen funcional frente al laboral en los preceptos por los que se reservan a los funcionarios de carrera las funciones que supongan participación en el ejercicio de potestades públicas y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado (art. 9.2 EBEP)<sup>918</sup>. Con ello, se atribuye al estatuto funcional un carácter excepcional y se refuerza la figura del personal laboral al servicio de la Administración Pública española, permitiendo su implementación y aceptación en el seno de la misma como generalidad y no como excepción, no solo por su importancia cuantitativa que sigue creciendo en número desde que a través de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, en su redacción original, se «*liberalizó*»<sup>919</sup> la contratación en régimen de laboralidad, sino también cualitativa ya que flexibiliza el encorsetado régimen jurídico de la ordenación de los recursos humanos en la función pública y favorece su especialización y la atracción del talento permitiendo la contratación de personal más acorde con las necesidades de una Administración del siglo XXI.

Detectadas las potestades administrativas -en un hipotético listado que no debe hacerse esperar-, ejercidas por funcionarios investidos de *imperium* u *auctoritas* y definidas -sería lo deseable- aquellas funciones atribuidas a un cuerpo o escala específico de funcionarios para la defensa de los intereses generales, el sistema de gestión de los recursos humanos en cada Administración Pública debe estar en condiciones de optar por acudir sin reparos a la contratación laboral y sin que suponga un incumplimiento constitucional, sino más bien el abandono de una interpretación jurisprudencial de la misma de hace más de 30 años.

SEXTA. Los principios generales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral no son los principios constitucionales previstos en nuestra Carta Magna para el acceso a la función pública.

---

<sup>918</sup> Fuentetaja Pastor, J.A. "El Estatuto Básico del Empleado...", op.cit., pp. 487 y 488.

<sup>919</sup> Expresión utilizada por Boltaina Bosch, X., "Personal temporal en la Administración..." [en línea], op.cit.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho fundamental a la igualdad a que se refiere el art. 23.2 de la CE y que los principios de mérito y capacidad del artículo 103.3 del citado texto, no son exigibles constitucionalmente para la contratación laboral pues los mismos se refieren exclusivamente a los funcionarios públicos. La Administración, cuando actúa como empleador privado, queda vinculada por el principio genérico de igualdad en la ley del artículo 14 CE que prohíbe aplicar criterios discriminatorios, además de por los principios legales de los artículos 11.3 y 55 EBEP que adquieren carácter transversal y se erigen como garantía de imparcialidad de la Administración en su actuación, por contraposición al principio de libertad de contratación que rige en el Derecho Laboral.

Estos principios quedan garantizados cuando por el sujeto contratante público se utilizan los sistemas de selección previstos en su artículo 61.7 que darán como resultado la contratación de personal laboral fijo y, en los casos legalmente previstos, de personal laboral temporal, ya que el legislador ha obviado hacer alusión al proceso de selección para el trabajador por tiempo indefinido al que menciona en los artículos 8 y 11 del EBEP pero del que nunca más se acuerda.

Las más recientes normas autonómicas del empleo público aprobadas en desarrollo del EBEP consolidan, también, como sistemas de selección de personal laboral temporal acordes con dichos principios, las bolsas de personal creadas normalmente a partir de procesos selectivos, los Servicios Públicos de Empleo, así como los procedimientos recogidos en convenios colectivos o acuerdos sectoriales de las mesas de negociación colectiva, cuando concurren causas de urgencia justificada.

SÉPTIMA. Impera la necesidad de una gestión dinámica de las políticas de reclutamiento de personal laboral abandonando los ineficaces sistemas tradicionales de la Función Pública (oposición, concurso-oposición y concurso) y facilitando la agilidad de los procesos selectivos en el Empleo Público.



La gestión de los recursos humanos en el Empleo Público debe abandonar los sistemas de selección memorísticos y apostar por adecuaciones a contenidos específicos, evaluaciones del desempeño, análisis competenciales y detección de habilidades. Incluso para los defensores del sistema de oposición ha llegado el momento de corregir disfuncionalidades y defender la transformación en los contenidos y conocimientos de los programas, *«que deben enfocarse más de cara al futuro trabajo que a la repetición de los conocimientos de su formación»*<sup>920</sup>. De poco sirve que una Administración necesitada de titulados especializados (juristas, economistas, informáticos...) y de acuerdo con su finalidad organizativa reciba, por nuevo nombramiento o promoción interna, un empleado público cuya formación nada tiene que ver con lo demandado por su empleador pero, eso sí, con muchos años de antigüedad. Vemos como, aun existiendo cuerpos específicos, determinadas vacantes no son atractivas, se encuentran en localidades lejanas para el candidato o producen un desgaste físico y emocional para los que la persona que aprobó la oposición no está capacitada con lo que, a la primera oportunidad, son plazas que vuelven a quedar vacantes.

En materia de Recursos Humanos en la Administración Pública, hay que hacer adaptaciones técnicas y adaptaciones al territorio y ello se consigue a través de la flexibilidad del Derecho del Trabajo y de la generalización de la contratación en régimen laboral que permite la atracción del talento capaz de adaptarse a los nuevos desafíos sociales que plantea para la Administración Pública la evolución de la tecnología, la inteligencia artificial, la automatización o el trabajo a distancia.

---

<sup>920</sup> Palomar Olmeda, A., "Derecho de la Función.....", op.cit., p. 249; asimismo, Jiménez Asensio, R., "De nuevo sobre la selección en la Función Pública" [en línea], afirma que los cambios en los sistemas selectivos nunca son fáciles pero reconoce que en nuestro caso son necesarios y recuerda que, en ocasiones, las resistencias de las élites a transformar los procesos selectivos se deben a la concepción corporativa y conservadora de la función pública aparte de otros atropellos como el clientelismo político. Disponible en: <https://rafaeljimenezasensio.com/2022/09/18/de-nuevo-sobre-la-seleccion-en-la-funcion-publica/> [Consultado el 14.10.2022].

Desatender la problemática derivada de la ineficacia de los tradicionales procesos de selección que restan inmediatez a la contratación laboral fija, unida al silencio del legislador básico respecto a los procesos de selección de los contratados laborales temporales, desvirtúan el concepto de flexibilidad del Derecho Laboral y provocan que se acuda de forma temeraria por el empleador público a la masiva contratación temporal que ha terminado convirtiéndose en un grave problema estructural resultado de la nula operatividad derivada de cubrir vacantes a través de Ofertas de Empleo Público cuya convocatoria se extienden como mínimo a lo largo de tres años.

OCTAVA: Si se supera un proceso selectivo en la Administración Pública cuya legalidad no se cuestiona para un contrato laboral temporal y en el que se garantizan los principios de igualdad, mérito y capacidad, el resultado de atender necesidades permanentes o de extender el mismo más allá de los límites temporales legalmente previstos en Derecho del Trabajo no debe diferir de lo dispuesto en la norma laboral para cualquier empleador privado si se quiere ser respetuoso con los artículos 9.1 y 14 CE y con el Derecho Laboral vigente.

Juristas y analistas del Derecho Laboral<sup>921</sup> ven, en la nueva redacción dada al artículo 15 del ET por la Ley 32/2021, la posibilidad de que los Tribunales de Justicia comiencen a optar por considerar fijos a los trabajadores temporales públicos en situación irregular y ello por varios motivos:

- porque «*el artículo 11.3 TREBEP operará en la medida en que se respeten las causas que motivaron la temporalidad, de lo contrario sería de aplicación el artículo 15.4 del ET, y la respuesta debería ser la fijeza*»<sup>922</sup>,
- porque el TJUE busca sanciones al «abuso» en la contratación laboral temporal pública que hasta la fecha no ha encontrado ni en el indefinido “no fijo” ni en la compensación económica,

---

<sup>921</sup> Guzmán M.A. y Rodríguez-Piñero M., “La reforma Laboral (III):...” [en línea], op.cit.

<sup>922</sup> Vid. Pastor, G., “¿Se puede combatir la temporalidad...” [en línea], op.cit., [Consultado el 22.09.2022]

- porque los principios de igualdad, mérito y capacidad de los artículos 11.3 y 55 EBEP, de obligada observancia, no son los principios constitucionales de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE y no resultan exigibles constitucionalmente para el personal laboral por lo que no deben hacer decaer la estabilidad proclamada en el artículo 15 ET,
- y porque la confrontación entre los dos principios constitucionales generales en juego (artículo 14 CE y artículo 35 CE), y en aras de la seguridad jurídica, reconducen la pugna al terreno legal buscando la solución al enfrentamiento entre los principios laborales y los principios administrativos, entre el ET y el EBEP.

El criterio de ponderación a tener en cuenta para solventar la antinomia legal que se produce cuando a unas mismas condiciones fácticas se le atribuyen consecuencias jurídicas contradictorias será el principio de especialidad normativa "*lex specialis derogat legi generali*" tras descartar, en nuestro caso, el de jerarquía "*lex superior derogat legi inferiori*" y el de temporalidad o cronología de las normas "*lex posterior derogat legi priori*"<sup>923</sup> ya que EBEP y ET son textos con el mismo rango de ley y las modificaciones introducidas en los preceptos en contradicción son coetáneas.

Cabe señalar que el Estatuto de los Trabajadores actúa como ley especial para el personal laboral al servicio de la Administración Pública en el que se protege el principio iuslaboralista *in dubio pro operario*<sup>924</sup>, principio inspirador del Derecho del Trabajo por el que se impone la elección de aquella norma más favorable para el trabajador laboral, aplicable en caso de enfrentamiento de disposiciones que regulan una misma situación.

---

<sup>923</sup> Para un análisis exhaustivo vid. Tardío Pato, J.A. "El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales" [en línea], Revista de Administración Pública, Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, pp. 189 a 225. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>

<sup>924</sup> En opinión de Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., "La expansión desbocada..." [en línea], op.cit., es una máxima consolidada jurisprudencialmente y plasmada en otros principios tuitivos: norma mínima, interpretación más favorable al trabajador o condición más beneficiosa.

De hecho, algunos de nuestros Juzgados y Tribunales están comenzando a abandonar la nomenclatura del indefinido “no fijo” y, ante las reticencias existentes todavía a recurrir a la calificación de “fijo” sin más, emplean apelativos nuevos de “*indefinido ordinario*”<sup>925</sup> o “*indefinido, sin otra especificación*”<sup>926</sup>, “*indefinido fijo*”<sup>927</sup> o “*indefinición equivalente a fijeza*”<sup>928</sup> para atribuir estabilidad sin condiciones a los trabajadores víctimas del fraude de ley perseguido por el Estatuto de los Trabajadores; eso sí, bajo el riesgo de volver a crear una nueva figura jurídica, sin un contenido legal específico, a expensas otra vez de la hermenéutica judicial y doctrinal.

En esencia, con esto lo que se viene a poner de manifiesto es que el problema se reconduce a que la Administración Pública es el único empresario que no puede utilizar, en los términos propios del Derecho del Trabajo, el empleo laboral indefinido<sup>929</sup>, y que solo puede acudir al laboral temporal con carácter excepcional, cuando en la práctica jurídica ya se ha demostrado sobradamente que el empleo laboral ha venido para quedarse con lo que sería deseable que las Administraciones fueran capaces de hacer un uso legal de la contratación por tiempo indefinido sin necesidad de acudir a la contratación temporal para lo que luego termina siendo el desempeño de puestos permanentes.

Como afirma Alarcón Caracuel<sup>930</sup>, hay un detalle importante que se extrae del propio EBEP [arts. 8.2 c) y 11.1] y es que la figura del indefinido aparece, junto a los fijos y a los temporales, «*como una categoría contractual*

---

<sup>925</sup> TSJ (Sala de lo Social) del País Vasco, de 5 de junio de 2018.

<sup>926</sup> Sentencia de 27 de junio de 2022 del JS núm. 3 de Barcelona (Fdo. Dº quinto, apartado 38)

<sup>927</sup> TSJ (Sala de lo Social) de Baleares de 3 de mayo 2021.

<sup>928</sup> TSJ (Sala de lo Social) de Galicia, de 9 de diciembre de 2020, en relación con el posterior Auto del TSJ de Galicia de 19 de enero de 2021.

<sup>929</sup> Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito y la capacidad” [en línea], op.cit.; asimismo, vid. Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 138, que afirma que la figura del indefinido puede ser utilizada por la Administración para contratar a cualquier tipo de trabajadores, *si bien sería conveniente que se desarrollaran legalmente las características definitorias de la misma y justificadoras de su creación y de su utilización*.

<sup>930</sup> Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos...”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, op.cit., p. 178.

“ordinaria”, no simplemente como una respuesta judicial a una demanda por contratación temporal fraudulenta», es decir, es un término que en el texto legal no se presenta como irremediablemente unido a la necesidad de ocupación reglamentaria o a la amortización.

NOVENA: Se ha agotado la doctrina jurisprudencial en torno a la figura del personal laboral indefinido “no fijo” y a la compensación económica como sanción a la Administración que contrata temporalmente de forma irregular. Las cuestiones prejudiciales resueltas por el TJUE no se muestran contrarias a la declaración de estabilidad del empleado público laboral temporal en fraude de ley.

Una importante dificultad, fuertemente arraigada en el empleo público español, es la excesiva temporalidad ya sea en su vertiente pública -funcionarios interinos-, como privada -personal laboral temporal e indefinido “no fijo”- que alcanza al 30,7%<sup>931</sup> del personal.

Con respecto a esta última figura, no fue fácil resolver, e hicieron falta los consabidos vaivenes jurisprudenciales, que el indefinido “no fijo” declarado por sentencia se debía entender incluido en el término *indefinido* que empleaba el EBEP en sus artículos 8 y 11 (término que solo aparece en el texto en dos ocasiones). Pero después del análisis llevado a cabo, también hemos podido concluir que en esta locución legal de *indefinido* se incluyen otras tipologías de indefinidos propias de las Administraciones Públicas y surgidas del carácter jurídico público del empleador, por lo que se propone una primera aproximación a la definición de *personal laboral por tiempo indefinido* como:

1º-. Indefinido *no fijo*, por sentencia firme.

2º-. Indefinido *ab initio*, a cuya categoría pertenecerían:

- a) Los contratados con carácter indefinido según las normas de Derecho del Trabajo por el empleador de origen en los casos de

---

<sup>931</sup> Garrote, A., “¿Hay demasiados funcionarios....?” [en línea], op.cit.

reversión o reasunción de servicios públicos (subrogación ex artículo 44 ET), entre los que se incluirían los indefinidos “a extinguir”.

- b) El contrato indefinido concertado por la Administración a la luz de la Disposición Adicional cuarta del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.
- c) El contrato por tiempo indefinido para la ejecución de planes y programas públicos determinados, financiados mediante consignaciones presupuestarias de carácter finalista [ex art. 52 e) del ET]<sup>932</sup>.

De aceptar esta subclasificación dentro de la categoría legal de personal laboral *indefinido*, automáticamente surge la duda de si la regulación y el estatuto jurídico son iguales para todos. Nuestra respuesta es que no.

En el primer caso, el *indefinido no fijo* es el producto de una situación fraudulenta y no deja de ser un temporal, un trabajador en situación de interinidad cuya plaza queda sujeta a cobertura reglamentaria o amortización. En el segundo supuesto, la condición de ese personal laboral surge al amparo de la legalidad y no es equiparable a un contrato temporal ya que aquellos mantendrán la vigencia contractual hasta que exista una causa legal de extinción (que podrá no llegar) de las previstas en el artículo 49 ET<sup>933</sup> y no deberá ser objeto de cobertura por procedimiento reglado.

---

<sup>932</sup> Sorprende la redacción de la DA quinta del RDL 32/2021, por la que es posible celebrar contratos de duración determinada por entidades públicas para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia o programas financiados con Fondos Europeos: por un lado, la jurisprudencia ha reconocido que la existencia de una subvención no conlleva la necesidad de una contratación temporal (STS 21/03/2002), por otro, desaparecido el contrato por obras y servicios, no existe en el ET un tipo de contrato temporal que se ajuste y, finalmente, la extensión en el tiempo de estos programas (a saber, el PRTR se prolonga desde 2021 a 2026) no enlaza bien con el concepto de temporalidad, con lo que lo propio hubiera sido reconducir estas contrataciones al tipo contractual indefinido sujeto a programa.

<sup>933</sup> Vid. Sentencia núm. 297/2022, de 19 abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana.

La figura judicial del indefinido “no fijo” nace de la desconfianza general hacia la Administración Pública y del recelo sobre su capacidad para contratar de forma legal por los conocidos riesgos de que en su actuación estén presentes la sombra del amiguismo, el nepotismo y el trato de favor. Bajo el escudo del necesario y obligado respeto por parte de la Administración de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, se están dejando atrás aspectos tan importantes como el principio de legalidad (art. 9 CE), el derecho al trabajo que reconoce nuestra Constitución (art. 35) o el derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 del mismo texto normativo, que garantiza el derecho a recibir el mismo trato y la misma protección tanto si el trabajo se desarrolla en el ámbito privado como en el público.

El ente público, con su hacer irregular, es el que provoca que se vulneren los derechos de los trabajadores, con el agravante de que la consecuencia de indefinición, pero sin fijeza, por el abuso cometido, no lleva a una solución real de tutela efectiva y equiparada con el trabajador fijo comparable, sino que crea una creciente nueva categoría de trabajadores sin una delimitación mínimamente precisa. Esta figura judicial se agota por su propia falta de claridad, contenido y definición, permitiendo que impere la discrecionalidad empresarial, por lo que el Derecho del Trabajo debe erigirse como paradigma garantista para el trabajador frente a las prerrogativas de la Administración que pueden llegar a ser desorbitadas: los reiterados incumplimientos de la Administración frente al trabajador se sancionan sometiendo a este último a más temporalidad y dejándolo a merced de que unilateralmente el empleador público decida o no cubrir su puesto de trabajo.

Ni la reciente DA 17ª incorporada al EBEP por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, sobre medidas dirigidas al control de la temporalidad en el empleo público, aporta soluciones con la introducción del derecho a percibir una compensación económica en el caso de que se incumplan los plazos máximos de permanencia (apartado 5º)<sup>934</sup>. Al fin y al cabo, la compensación económica

---

<sup>934</sup> En palabras de Boltaina Bosch, «la ley 20/2021 es una norma que mira “al pasado”. No establece previsiones hacia el futuro. Pretende, con mayor o menor fortuna, estabilizar el empleo público temporal

prevista viene a cumplir una función reparadora que compensa de un daño experimentado por el trabajador consistente en la pérdida del empleo<sup>935</sup>, y que coincide con la indemnización ya prevista por la jurisprudencia para el cese de indefinidos “no fijos”, por lo que no tiene una función sancionadora para el empleador máxime si tenemos en cuenta que la propia norma prevé que «[la] no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso»<sup>936</sup>.

En el debate del *indefinido* producto de actuaciones abusivas del empleador público, también ha entrado el TJUE cuyos pronunciamientos han generado una corriente nueva en diferentes estamentos judiciales españoles (Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia del ámbito de lo Social) que apoyan la declaración de estabilidad y la fijeza como sanción al abuso en la contratación temporal.

El silencio del legislador condena a seguir navegando en la incertidumbre jurídica a golpe de la cambiante jurisprudencia del Tribunal Supremo que, a buen seguro, no ha dicho todavía su última palabra. En consonancia con ello, se concluye la necesidad de abandonar esta construcción jurisprudencial que ha fracasado<sup>937</sup> y se propone<sup>938</sup> la supresión de la modalidad del contrato de trabajo indefinido “no fijo” que ha creado más problemas de los que realmente ha sido capaz resolver.

---

*existente en la actualidad, pero no incorpora ninguna medida hacia el futuro. Es una Ley 20/2021 de mirada corta, cuando no incluso ciega. Pretende resolver el presente e ignora el futuro»*

<sup>935</sup> Sepúlveda Gómez, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido...” [en línea] op. cit., p. 233.

<sup>936</sup> Artículo 2.6 *in fine* de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

<sup>937</sup> Desdentado Daroca (Elena y Eva), “Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público” [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021, pp. 104 y 105. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218); igualmente, vid. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Medidas para evitar el abuso...”, op.cit., que califica de *muy discutible* que la conversión en INF pueda ser considerada como medida adecuada para evitar el abuso en la temporalidad ya que el indefinido no fijo no deja de ser otro temporal.

<sup>938</sup> Martínez Abascal, V. A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo:.....”, op.cit., p. 84,



La aceptación de estos razonamientos lleva a excluir de la subclasificación anterior en torno al personal laboral *por tiempo indefinido* del EBEP la figura del *indefinido “no fijo”*, dejando aquella locución legal solo para lo que hemos llamado *indefinido ab initio* o también denominado por la doctrina<sup>939</sup> como «indefinido ordinario» o indefinido *tout court*, «*sin calificación adicional alguna que excluya su fijeza*»<sup>940</sup>.

DÉCIMA: *De lege ferenda* debe encaminarse a un auténtico régimen jurídico orientado desde la perspectiva laboral para el Empleado Público que, hoy por hoy, navega entre diferentes textos legales, en ocasiones, difíciles de conjugar, y dejar estrictamente la regulación de la Función Pública para el núcleo de personas que ostenta la condición de funcionario de carrera, caracterizado por la inamovilidad en su puesto de trabajo y la independencia en el ejercicio de las funciones de *imperium* y *auctoritas*.

Admitida la cada vez más relevante presencia de personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas que, sin duda, continuará creciendo, la solución a las diferentes problemáticas planteadas en torno a este trabajador pasa por una verdadera reforma normativa.

Las relaciones de empleo público tienden hacia un Estatuto Unitario y General del Empleado Público en atención a la consideración conjunta del trabajo subordinado y por cuenta ajena, cuyos criterios inspiradores modulan hacia el Derecho del Trabajo si bien serán acordes con el respeto de la previsión constitucional de un núcleo jurídico para los funcionarios de carrera.

---

<sup>939</sup> Biurrun Mancisidor, G. “La dinámica del empleo público...” [en línea], op.cit.

<sup>940</sup> Martínez Abascal, V.A., “El contrato de trabajo indefinido.....”, op.cit., p. 85.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agustí Juliá, J., “La evolución -procelosa e inacabada- de la jurisprudencia en la extinción contractual del trabajador indefinido no fijo” [en línea], *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 37, septiembre 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5334293>

Alarcón Caracuel, M.R., “Los despidos objetivos en el sector público. El caso particular de los trabajadores indefinidos no fijos”, en *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Rojo Torrecilla, E. (Coord.), Editorial Huygens, Barcelona, 2015.

Aldomá Buixadé, J. “Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración Pública” [en línea], *Estudios de Relaciones Laborales*, febrero 2015. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL\\_aplicacion\\_principio\\_no\\_discriminacion\\_personal\\_temporal.pdf?noredirect=1](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf?noredirect=1)

Alfonso Mellado, C. L. y Fabregat Monfort, G. “La competencia del orden jurisdiccional social en materia de empleo público” en *Problemas Actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M<sup>a</sup> Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Tomás Sala Franco (dir.) y Luis Enrique Nores Torres (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

Alonso Olea, M., “Los límites de la aplicación del derecho del trabajo al personal de las administraciones públicas”, en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Rafael Gómez-Ferrer Morant (coord.), Madrid, Editorial Civitas, 1989.

Álvarez de la Rosa, M., “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público”, *Documentación Administrativa*, número 210-211, mayo-septiembre 1987.

Arenillas Sáez, M., “Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España” [en línea], *metheados.revista de ciencias sociales*, 2017, 5 (2). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v5i2.190>

Baena del Alcázar, M., “La función Pública en la Constitución y en las leyes orgánicas” en *Administración y Constitución: estudios en homenaje al Profesor Mesa Moles*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1982.

Ballina Díaz, D., “La sucesión de empresas en las Administraciones locales” [en línea], *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 30, octubre de 2012, Fundación Democracia y Gobierno Local. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4247070>

Barcelón Cobedo, S., “Uso abusivo de las interinidades en el sector público: un importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020. Asuntos Servicio Madrileño de Salud, C 103/18 y C 429/18” [en línea], *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, julio 2020. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Indefinidos no fijos: naturaleza jurídica, reconocimiento y extinción” [en línea], IUSLabor 3/2017. Disponible en: [https://www.academia.edu/35566389/BELTRAN I. 2017 . Indefinidos no fijos naturaleza jur%C3%ADdica reconocimiento y extinci%C3%B3n. Iuslabor n%C3%BAm.3](https://www.academia.edu/35566389/BELTRAN_I._2017_.Indefinidos_no_fijos_naturaleza_jur%C3%ADdica_reconocimiento_y_extinci%C3%B3n._Iuslabor_n%C3%BAm.3)

- “Medidas para evitar el abuso en el empleo temporal laboral del sector público: ¿se ajustan a la Cláusula 5ª de la Directiva 1999/70?” [en línea], Actum Social nº 155, Monográfico 2020. Disponible en: <https://elderecho.com/social>
- “Las medidas para reducir el empleo temporal a la luz del asunto IMIDRA y del RDLEY 14/2021” [en línea], Temas Laborales núm. 159/2021. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-LasMedidasParaReducirElEmpleoPublicoTemporalALaLuz-8250089.pdf>
- “Indefinidos no fijos: el último episodio de su configuración fundacional (recientemente revitalizado)”, [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218)
- “Una mirada crítica a las relaciones laborales” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/los-contratos-temporales-laborales/>
- “Reversión en el sector público y doctrina ‘Correia Moreira’: no cabe declarar fijeza porque los principios constitucionales están por encima de la Directiva 2001/23 (STSJ Navarra 1/10/20)” [en línea], Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2021/02/17/reversion-en-el-sector-publico-y-doctrina-correia-moreira-no-cabe-declarar-fijeza-porque-los-principios-constitucionales-estan-por-encima-de-la-directiva-2001-23-stsj-navarra-1-10-20/>

Berling Prieto, A.D., “Delimitación entre potestades administrativas y actividades técnicas o auxiliares” [en línea] en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

Bermejo Vera, J., “Derecho Administrativo Básico” [en línea], Volumen I, Parte General, 13ª ed., Editorial Civitas, julio 2019. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>

Biurrún Mancisidor, G. “La dinámica del empleo público temporal y del indefinido no fijo: excedencia, ascensos, permisos, traslados y consolidación de empleo” [en línea], Actum Social, Actualidad Mementos, Monográfico 2020, vol. 155. Disponible en: <https://elderecho.com/social>

Blasco Pellicer, C. y Alfonso Mellado, C., “Especialidades procesales en los juicios laborales entre la Administración y sus trabajadores” [en línea], Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1990, tomo 1, Editorial La Ley. Disponible en: Laleydigital.es.

Bodas Martín, R., “Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral de las Administraciones Públicas”, en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.

- “Aspectos conflictivos del despido colectivo y otras actuaciones colectivas de la empresa”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

Boix Palop, A. y Soriano Aranz, A., “Sobre las posibilidades de reforma del modelo de empleo público español: límites constitucionales y jurídicos al modelo actual y sus sistemas de acceso” [en línea], *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 20/2021. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvqp.20.2021.03>

Boltaina Bosch, X., “La extinción de los contratos de trabajo en la Administración Pública por insuficiencia de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias”, *Temas Laborales*, núm. 65/2002.

- “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la administración pública”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- “La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas. Consecuencias sobre el nuevo vínculo jurídico: ¿un *tertium genus* transitorio funcional?” [en línea], *Revista de Administración Pública*, núm. 168, Madrid, septiembre-diciembre 2005. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-LaFuncionarizacionDelPersonalLaboralDeLasAdministr-1393872.pdf>
- “Los puestos de trabajo del personal laboral en las administraciones públicas”, *REDA*, nº 74, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
- “El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público” [en línea], *Estudios de Relaciones Laborales*, Octubre 2010. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_personal\\_laboral\\_cast.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_personal_laboral_cast.pdf)
- “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: Algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público” [en línea], *Revista CEMCI*, núm. 14 enero-marzo 2012. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-14/pdf/articulo1.pdf>
- “Empleo público temporal en España: precariedad del modelo y recuperación del sistema (2010-2016)” [en línea], *Documentación Laboral*, *Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Nº 106 - Año 2016 - Vol. I, Primera parte, *Flexibilidad externa: modalidades de contratación y regulación de empleo del personal al servicio de las AA.PP.* Disponible en: <https://www.aedtss.com/documentacion-laboral/>

- “Los procesos selectivos «blandos» y sus efectos sobre la profesionalización del empleo público” [en línea], Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, IVAP, Núm. especial 2/2018. Disponible en: <https://www.ivap.euskadi.eus/numero-especial-2-procesos-selectivos/z16-a3rvop/es/>
- “Función pública. La inconstitucionalidad de un oxímoron: el empleado «no público» de la administración pública. Empleos «no públicos»” [en línea], La Administración Práctica, núm. 1/2019 Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- “El personal laboral de la Administración y del Sector Público Local. Algunos puntos críticos de la gestión técnico-jurídica” [en línea], en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº V, Sección Crónica, Noviembre 2019, Wolters Kluwer. Disponible en: Laleydigital.es.
- “Función Pública. La estabilización de personal temporal e interino para el 2020 con Presupuestos Generales del Estado prorrogados. Prórroga Presupuestos.- Empleados Públicos.- Personal Temporal”, La Administración Práctica, núm. 3/2020, Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- “EL Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local” [en línea], Revista digital CEMCI, núm. 51, julio a septiembre 2021. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna.pdf>
- “Personal temporal en la Administración Pública: soluciones de presente y opciones de futuro” [en línea], Documentación Administrativa, número 8, diciembre de 2021, Sección: Artículos, publicado el 23-12-2021. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/da.i8.11025>
- “Función Pública. El Real Decreto-Ley 32/2021 y la reforma laboral. Elementos claves para las administraciones locales (Primera parte): La contratación laboral. Empleados públicos. Reforma laboral” [en línea], La Administración Práctica núm. 2/2022, parte Análisis Doctrinal, Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- “La clasificación de los empleados públicos tras la Ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-Ley de reforma del mercado de trabajo” [en línea], Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, Vol. 8, 2022. Disponible en: <https://revistes.uab.cat/anuarioiet/article/view/v8-boltaina/107-pdf-es>

Calonge Velázquez, A., “El concepto de Administración Pública en la Unión Europea: Administración Pública Nacional y Administración Pública Comunitaria”, Revista de Derecho de la Unión Europea, núm. 19, 2º semestre de 2010.

Canals Ametller, D., “El ejercicio de potestades administrativas por operadores privados en régimen de mercado” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

Cantero Martínez, J., “Los derechos individuales del personal laboral de las entidades locales. Especial referencia a las expectativas que abre la «Publicación» de los derechos relacionados con su carrera profesional y su progresión” [en línea], Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (309), enero-abril 2009. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576461198005>

- “Funcionarios y laborales (a propósito del ejercicio de potestades públicas en la Administración y de la reserva funcionarial)” [en línea], VI Congreso Internacional sobre Gestión de Recursos Humanos en la Administración Pública, celebrado en Vitoria los días 9, 10 y 11 de junio de 2010. Disponible en: <https://www.vitoria-gasteiz.org/http/wb021/contenidosEstaticos/adjuntos/es/29/78/32978.pdf>
- “A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares. Nuevos retos para el Derecho Administrativo” [en línea], Revista española de Derecho Administrativo núm. 151/2011 parte Estudios. Editorial Civitas, Pamplona. 2011. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>
- “Criterios para la clasificación del empleado público ¿funcionario o laboral?”, Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas, núm. 5, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4568013>
- “El ejercicio de funciones de autoridad por funcionarios interinos (a propósito de la Jurisprudencia sobre la Policía Local)” [en línea], Revista De Estudios de La Administración Local y Autonómica, núm. 14, octubre 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.24965/reala.i14.10846>

Casado García-Hirschfeld, M., “Función Pública de la Unión Europea: (auto) regulación institucional. Las DGA de las instituciones europeas”, Colección: Monografías, Instituto Nacional de Administración Pública INAP, Madrid, 2014.

Castillo Blanco, F.A., “El Estatuto Básico del Empleado Público: ¿un paso adelante en la reforma de nuestro sector público?”, en VV.AA., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Editorial Comares, Granada 2008.

- “¿Un nuevo episodio de desajuste entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral? Una reflexión a propósito de las medidas adoptadas en la reforma laboral”, Revista de Administración Pública, número 190, Madrid, enero-abril 2013.
- “La nueva regulación de los Consorcios Públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal” [en línea], R.V.A.P. núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.99.100.2014.038>
- “La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales” [en línea], en Colección Estudios de Relaciones Laborales, noviembre 2017. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_reinternalizacion\\_servicios\\_publicos.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_reinternalizacion_servicios_publicos.pdf)

Castro Pascual, J.M., “El Derecho Administrativo como derecho de la Administración Pública” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. (coord.), Universidad Internacional de Andalucía, 2004.

Cavas Martínez, F., “La contratación administrativa de servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo” [en línea], *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 185/2016 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2016. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

- “El empleo temporal irregular en el sector público”, *Anales de derecho*, núm. 35.2, Murcia 2017.
- “Transformación del contrato de interinidad por vacante en indefinido no fijo por dilación injustificada en la provisión de la plaza” [en línea], *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 7/2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001346](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001346)

Chamorro González, J.M., “El ejercicio de potestades administrativas por funcionarios interinos” [en línea], *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2020. Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca

Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., “La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración” [en línea], en *El Consultor de los Ayuntamientos*, Nº 17, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 15 al 29 septiembre 2017, Editorial Wolters Kluwer. Disponible en: [https://elconsultor.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTQ1MzA7WY1KLizPw8WyMDQ3MDc0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmJScX5OaUlqaFGmbUhRaSoADuQe0UYAAAA=WKE#tDT0000251560\\_NOTA1](https://elconsultor.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNTQ1MzA7WY1KLizPw8WyMDQ3MDc0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnGqWmJScX5OaUlqaFGmbUhRaSoADuQe0UYAAAA=WKE#tDT0000251560_NOTA1)

Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Informe, INAP, Madrid, 2005.

Cordero Saavedra, L., “Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas ¿Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo?” [en línea], *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm.3/2000. Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>

Cruz Villalón, J., “Claves Laborales de la participación privada en la actuación pública”, *Temas Laborales*, núm. 135/2016.

- “El encadenamiento de contratos temporales en la Jurisprudencia de la Unión Europea” [en línea], *Documentación Laboral*, núm. 113, Año 2018, Vol. I. Disponible en: [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N113/06%20EI%20encadenamiento%20de%20contratos%20temporales%20en%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20UE%20\(Cruz%20Villal%C3%B3n\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N113/06%20EI%20encadenamiento%20de%20contratos%20temporales%20en%20la%20jurisprudencia%20de%20la%20UE%20(Cruz%20Villal%C3%B3n).pdf)

Desdentado Bonete, A., “Los indefinidos no fijos: ¿una historia interminable o una historia terminada?” [en línea], *Revista de Información Laboral* núm. 10/2018, parte Artículos de fondo, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>

Desdentado Daroca, E., “El empleo público en España: panorama general y reflexiones críticas” [en línea], *Revista de Administración Pública*, volumen 47, 2016. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/manager,+a3.pdf>

Desdentado Daroca (Elena y Eva), “Los problemas del abuso de la temporalidad en el empleo público”, [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218)

De Luxán Meléndez, J.M., “Las fuentes de información sobre el empleo público en España: revisión, diagnóstico y propuestas de cambio” [en línea], *GAPP*, número 23, mayo-octubre de 2020. DOI: 10.24965/gapp.i23.10686.

De Nieves Nieto, N., “El acceso al empleo público laboral” [en línea], *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 93, Junio 2011. Disponible en: <https://vlex.es>

De Sande Pérez-Bedmar, M., “La prestación de servicios públicos por las Administraciones. Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas”, *Documentación Laboral*, núm. 106, Vol. I, año 2016.

De Soto Rioja, S., “Los despidos colectivos en el ámbito del sector público. Balance de aplicación tras ‘casi’ tres años desde su reforma” en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (coord.), 2015.

Díaz de Rábago Villar, M., “Reversión de contrata en el sector público, a la luz del art. 44 ET y de la Directiva 2001/23/CE: a propósito de la sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (C-509/14, asunto ADIF)” en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, Alonso García y Ugartemendia J.I. (Direct.), IVAP, Oñati 2018.

Domínguez-Berrueta de Juan, M. y Nevado Moreno, P. T., “La libre circulación de servidores públicos. Un estudio sobre el acceso de ciudadanos comunitarios a la Función Pública de los Estados miembros” en *La Constitución Europea en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III) Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

Elías Méndez, C., “La Administración de la Comisión Europea como ejemplo de la reforma de la Administración Pública Europea: Análisis en clave constitucional en el contexto de la crisis económica” [en línea], *ReDCE*. Año 10. Núm. 20. Julio-diciembre/2013. Disponible en: [https://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/01\\_ELIAS.pdf](https://www.ugr.es/~redce/REDCE20pdf/01_ELIAS.pdf).

Entrena Cuesta, R., “El concepto de Administración Pública en la Doctrina y el Derecho españoles” [en línea], *Revista de Administración Pública*, (32). CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1960, Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeAdministracionPublicaEnLaDoctrinaYEIDe-2112459.pdf>.

- “El régimen estatutario de las funciones públicas como postulado constitucional” en *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al*



*profesor Eduardo García de Enterría*, Sebastián Martín-Retortillo Baquer (coord.), Tomo III, Editorial Civitas, Madrid 1991.

Fabregat Monfort, G., "Introducción al derecho laboral en el empleo público", Editorial Bomarzo, Primera edición, Albacete 2014.

Falguera Baró, M.A., "El discreto retorno del fraude de ley en la calificación del despido" [en línea], IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball, 2015, n.º 1. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/287088>

Fernández-Caballero Lamana, L., "La sucesión de empresas en las Administraciones Públicas y su impacto en el empleo público", Editorial Aranzadi, 2021.

Fernández Delpuech. L., "Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público" [en línea], Cizur Menor Navarra, Aranzadi 2015, 1ª Edición. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Fernández López, M. F., "Libertad de circulación de trabajadores" en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

- "El personal laboral de las Administraciones Pública: facultades organizativas y disciplinarias" [en línea], Temas Laborales, núm. 135/2016. Disponible en: [file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-EIPersonalLaboralDeLasAdministracionesPublicas-5793434%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-EIPersonalLaboralDeLasAdministracionesPublicas-5793434%20(1).pdf)

Fernández Lozano, E., "El acceso a las funciones públicas nacionales por parte de los ciudadanos de la Unión Europea" [en línea], Revista Catalana de Derecho Público, núm. 25, diciembre 1999. Disponible en: <https://vlex.es/vid/acceso-funciones-nacionales-ciudadanos-63087231>

Fernández Márquez, O., "Fuentes de derecho del trabajo" [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 241/2021 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2021. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

Fernández-Miranda Fernández-Miranda, J., "El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público" [en línea], Revista española de Derecho Administrativo, núm. 139/2008, parte Estudios. Editorial Civitas, Pamplona, 2008. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

Ferradans Caramés, C., "La reordenación del sector público tras la crisis: algunos efectos jurídico laborales" [en línea], Revista española de Derecho del Trabajo, número 155/2012, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Fondevila Antolín, J., "Problemas y soluciones al Empleo Público actual. Una valoración a los 10 años de la aprobación del EBEP", CEMCI, Granada 2018.

Fuentes Rodríguez, F., "Negociación colectiva y autonomía colectiva en la Administración Pública", en *XXXIII Jornadas universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz J.M. (coord.), 2015.

Fuentetaja Pastor, J.A., “El Estatuto Básico del Empleado Público”, Revista de Administración Pública, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

- “La Administración europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión”, Fundación Alfonso Martín Escudero, Editorial Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- “La función pública local ante el Estatuto Básico del Empleado Público” [en línea], Anuario de Derecho municipal, 2007. Disponible en: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664215/ADDM1\\_2.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/664215/ADDM1_2.pdf?sequence=1)

Gamero Casado, E., “El ejercicio de potestades administrativas en el empleo público” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

- “Delimitación conceptual de la potestad administrativa” [en línea], en *La Potestad Administrativa. Concepto y alcance práctico de un criterio clave para la aplicación del Derecho Administrativo*, Gamero Casado E. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2021. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

García Pérez, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: de la Directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, asunto C-317/18, Cátia Correia Moreira-Municipio de Portimao” [en línea], Revista española de Derecho Administrativo núm. 203/2020 parte Estudios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2020. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

García Rubio, M.A., “La contratación laboral en el Sector Público (I)”, en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019

Garrote, A., “¿Hay demasiados funcionarios en España?” [en línea]. Diario La Razón. Noticia 07.12.2022. Disponible en: <https://www.larazon.es/economia/20221207/6vjmdiolvfb3japlu35i2raggy.html>

Gil Plana, J., “La aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público” [en línea], Revista española de Derecho del Trabajo núm. 155/2012 parte Legislación, Editorial Civitas, SA, Pamplona 2012. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Goerlich Peset, J.M., Esteve Segarra, A. y López Balaguer, M., “Contratación Laboral” [en línea], Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 226/2019 parte Crónicas. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2019. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.

Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J. y Puebla Pinilla, A., “La reforma laboral de 2021 un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021” [en línea], Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

Gómez Muñoz, J.M., “Consideraciones jurídicas acerca del concepto comunitario de trabajador migrante”, en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

- “Libre circulación de trabajadores en el empleo público. Adecuación comunitaria del ordenamiento jurídico español”, CES, Colección Estudios núm. 22, Primera edición, 1996.
- “A propósito del requisito de nacionalidad para el ejercicio y libre establecimiento de los notarios en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 45/2013.
- “Criterios de delimitación de las actividades profesionales privatizables y no privatizables” [en línea], *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 135/2016. Disponible en: <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/90031/criterios%20de%20delimitaci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gómez Muñoz J.M. y Rodríguez Ramos, P., “La libertad de circulación de los Trabajadores en la Unión Europea” en *Una aproximación al derecho social comunitario*, Cruz Villalón y Pérez del Río (coord.), Tecnos, Madrid 2000.

Gordo González, L., “¿Es posible el reconocimiento unilateral de la condición de indefinido no fijo por parte de la Administración?” [en línea], Instituto de derecho local UAM, 2019. Disponible en: <https://www.idluam.org/blog/es-posible-el-reconocimiento-unilateral-de-la-condicion-de-indefinido-no-fijo-por-parte-de-la-administracion/>

Gorelli Hernández, J., “El despido disciplinario del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempo de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

- “La reversión por la Administración de las contrataciones: perspectiva desde el Derecho del Trabajo” [en línea], *Revista online Instituto Nacional de Administración Pública*, 2018. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553/11502>
- “El contrato de trabajo en el empleo público (función, contenido, forma): la autonomía limitada”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021.

Guerrero Padrón, T., “Sobre la frágil estabilidad del personal laboral en el sector público”, en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz, J.M. (coord.), 2015.

Guillén Caramés, J. y Fuentetaja Pastor, J.A., “El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 146, 1998.

Guzmán M.A. y Rodríguez-Piñero M., “La reforma Laboral (III): el empleo público” [en línea]. Disponible en: <https://periscopiofiscalylegal.pwc.es/la-reforma-laboral-iii-el-empleo-publico/>

Hierro Hierro, F.J., “El cuento de nunca acabar: la contratación temporal irregular en las Administraciones Públicas” [en línea], en *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218).

Iglesias Cabero, M., “La Constitución Española y el Ordenamiento comunitario europeo”, en *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo I), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

Jiménez Asensio, R., “«Repensar» la selección de empleados públicos: momento actual y retos de futuro” [en línea], *Rev. Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, IVAP, núm. especial 2/2018. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6560618>

- “Doce tesis y seis hipótesis sobre la selección de empleados públicos y su futuro” [en línea], 2019. Disponible en: <https://rafaelijimenezasensio.files.wordpress.com/2019/04/doce-tesis-y-seis-hipoccc81tesis-sobre-la-selecciocc81n-de-empleados-pucc81blicos-y-su-futuro-3.pdf>
- “De nuevo sobre la selección en la Función Pública” [en línea], Blog La Mirada Institucional. Disponible en: <https://rafaelijimenezasensio.com/2022/09/18/de-nuevo-sobre-la-seleccion-en-la-funcion-publica/>

Jover Ramírez, C., “La centralidad de la figura del interino laboral en el empleo público” [en línea], XXXIX Jornada universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Análisis actual de la contratación laboral, Cádiz, 25 y 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/quest/formacion/39-jornadas-universitarias>

Jurado Segovia, A. y Ramos Moragues, F., “Singularidades de la contratación laboral y sus modalidades en el sector público: panorama general”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021.

Landa Zapirain, J. P., “La noción de empleo público en el derecho comunitarios europeo: las excepciones a la libre circulación de personas contenidas en los artículos 48.4 y 55.1 TCE”, en *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo* (Tomo III), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

Lavilla Alsina, L., “Las relaciones entre los ordenamientos nacional y comunitario” en *La Constitución Española en el Ordenamiento comunitario europeo* (Tomo I), Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

León Cavero, R. A. y Bal Francés, E., “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones públicas” [en línea], Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 296 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 1997. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

Linde Paniagua, E., “Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público” en *El Estatuto Básico del empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*, Madrid 2008.

Lins de Lessa Carvalho, F., “Siete Modelos Comparados de Función Pública: Análisis jurídico, tendencias y retos del empleo público en el mundo”, Revista Internacional Consinter de Direito, nº IX, 2º semestre de 2019.

Longo Martínez, F., “Precariedad laboral en la Administración Pública” [en línea], Expansión&Empleo, 6 de noviembre de 2003. Disponible en: [http://cemical.diba.cat/afixers/precariedadEE06\\_11\\_03.pdf](http://cemical.diba.cat/afixers/precariedadEE06_11_03.pdf)

López Aniorte, M.C., “La ampliación del marco competencial del orden social: ¿hacia la unidad de jurisdicción?”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 103, 2013.

López Balaguer, M., “La extinción del contrato por mutuo acuerdo y por las causas válidamente consignadas en el mismo” [en línea], en *La extinción del contrato de trabajo*, Sala Franco, T. (dir.) y Blasco Pellicer, Á. (coaut.), Tirant lo Blanch, Valencia 2020. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

López Balaguer, M. y Ramos Moragues, F., “El personal «indefinido no fijo». Génesis, jurisprudencia y una propuesta de regulación legal” [en línea], Tirant lo Blanch, Valencia 2020. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant

López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público” [en línea], Revista Galega de Dereito Social, núm. 3, 2017. Disponible en: <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/28/70>

López Gómez, J.M., “El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”, Tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales-Editorial Civitas (coeditor), 1995.

- “La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, 2009.

Mairal Jiménez, M., “El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público: (un estudio de los problemas jurídicos derivados de la dualidad de regímenes normativas aplicables al personal al servicio de las administraciones públicas)”, Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI, 1990.

Marín Alonso, I., “La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los Acuerdos mixtos”, Estudios de Derecho del Trabajo, Antonio Ojeda Avilés (dir.), Editorial Comares, Granada 1999.

- “Problemática de la negociación colectiva funcionarial” en *Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos: Análisis y Perspectivas*, Ojeda Avilés, A. coord.) y Rodríguez Ramos, M.J. (coord.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2001.
- “El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público” *Revista Relaciones Laborales* Nº 8/2009, de 23 de abril de 2009, Editorial Wolters Kluwer.
- “Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010”, *Relaciones Laborales* Nº 22/2011, de 15 de noviembre de 2011, Editorial Wolters Kluwer.
- “La causa ‘económica’ en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económico-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público” en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.
- “El personal estatutario temporal de la Administración sanitaria en España: la postura del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a la contratación sucesiva sin causa justificativa” [en línea], *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7602602>
- “La conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos en las administraciones públicas. Viejos y nuevos supuestos”, en *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Sánchez-Rodas Navarro y Garrido Pérez (directoras), Ediciones Laborum, 1ª edición, 2015.

Márquez Prieto, A., “Contratación y acceso al Empleo Público” en *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público*, Monografías de temas laborales, XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Gómez Muñoz J.M. (Coord.), 2015.

Martín Rebollo, L., “El Estatuto básico del empleado público: un Godot que no ha llegado” [en línea], *Revista de Administración Pública*, núm. 174, Madrid, septiembre-diciembre (2007). Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26534rap174009.pdf>

Martín Valverde, A., “Reestructuración laboral de las Administraciones y Entidades Públicas” [en línea], *Documentación Laboral*, *Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo* Nº 97, año 2013, Vol. I, Segunda parte. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4223929>

Martínez Abascal, V. A., “El contrato de trabajo indefinido no fijo: la erosión del principio de estabilidad en el empleo del personal laboral de la Administración Pública” [en línea], *Documentación Laboral*, núm. 106, año 2016, Vol. I. Disponible en: <https://www.aedtss.com/wp->

[content/uploads/dl/N106/04%20E%20contrato%20indefinido%20no%20fijo%20\(Mart%C3%ADnez%20Abascal\).pdf](content/uploads/dl/N106/04%20E%20contrato%20indefinido%20no%20fijo%20(Mart%C3%ADnez%20Abascal).pdf)

Martínez Barroso, M.R., "Precariedad laboral en las Administraciones Públicas: principales manifestaciones de temporalidad y contratación irregular" [en línea], Trabajo y Derecho, Nº 5, 1 de mayo de 2015, Editorial Wolters Kluwer. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>

Martínez de Pisón Aparicio, I., "El ocaso de la Función Pública española: La reforma del régimen funcional de la ley 22/93 de 29 de diciembre", Editorial Civitas, Madrid 1995.

Martínez López-Muñiz, J.L., "El concepto de Administración pública de la Ley de lo contencioso tras la Constitución de 1978" [en línea], Revista de Administración Pública, (96). CEPC - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981. Disponible en: <file:///C:/Users/E203NA/Downloads/Dialnet-ElConceptoDeAdministracionPublicaDeLaLeyDeLoConten-1050137.pdf>.

Martínez Matute, M. y Pérez J. J., "La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década" [en línea], Banco de España, Boletín económico 4/2017. Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T4/fich/bene1704-nec12.pdf>

Maurí Majos, J., "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal" [en línea], Cuadernos de derecho local, febrero de 2017. Disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/162061/1/681038.pdf>

Mella Méndez, L., "La reversión de servicios a la Administración Pública", en *Contrato de trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021.

Menéndez Sebastián, P., "La fijación de condiciones laborales en el ámbito público" en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019.

Miñarro Yanini, M., "Empleo público y contratos de "indeterinos": De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal" [en línea], Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 384, marzo 2015. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/2576/2194>

Molina Navarrete, C., "Reforma Laboral y amortización de la plaza del indefinido no fijo: ¿<cesantía> o <despido objetivo>?" [en línea], Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 9/2014. Disponible en: <https://insignis.aranzadigital.es/>

- "Las medidas de 'flexibilidad interna' en el empleo público como alternativa a los despidos: ¿un régimen especial o excepcional?" en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.

Moliner Tamborero, G., “La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos”, en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.

Monereo Pérez, J.L., “Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

- “Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: irregularidades en la contratación y legislación de emergencia” [en línea], Revista Derecho Social, núm. 67, julio 2014. Disponible en: <https://vlex.es/vid/aspectos-laborales-interconexion-administraciones-577783006>

Monero Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A., «La indemnización del indefinido no fijo y el nuevo quantum indemnizatorio» [en línea], Trabajo y Derecho, nº 37 /2018. Disponible en: Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca.

Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete, C., “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Monereo Pérez, J.L. (dir.), Comares, Granada 2008.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G., “Reflexiones sobre la doctrina jurisprudencial respecto a los efectos subrogatorios o sucesorios jurídico-laborales en supuestos de reversión y reasunción de los servicios: personal indefinido no fijo vs personal laboral fijo” [en línea], LA LEY Unión Europea nº 107, octubre 2022. Disponible en: Wolters Kluwer-Smarteca.

Montilla Pérez, S., “La reserva funcional establecida en el artículo 9.2 del Estatuto Básico del empleado público” [en línea], Revista General de Derecho Administrativo, lustel, octubre 2021, núm. 58. Disponible en: <https://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1512283>

Montoya Melgar, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 93, Junio 2011.

Moreno Molina, J.A., “La Administración Pública Comunitaria y el proceso hacia la formación de un Derecho Administrativo Europeo Común”, Revista de Administración Pública, nº 148, enero-abril 1999.

Muñoz Llinás, J.I., “La Función Pública en España: 1827 – 2007” [en línea], Derecho histórico Boletín Oficial del Estado, Madrid 2019. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DH-2019-114](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DH-2019-114)

Nevado-Batalla Moreno, P.T., “La temporalidad en el empleo público como fallo activo en la administración” [en línea], Documentación Administrativa, número 8, diciembre de 2021, Sección: Artículos. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/11027/12117>

Muñoz Molina, J., “Derecho a participar en los procesos de promoción y reclasificación profesional del personal indefinido” [en línea], Revista Española de Derecho del



Trabajo, núm. 198/2017 parte Estudios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2017. Disponible en: [Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.](#)

Ojeda Avilés, A., “Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas”, Biblioteca Básica de Derecho del Trabajo, Editorial Comares, Granada 1998.

Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M. (coautor), “Buenas prácticas de empleo en Europa” [en línea], Editorial Aranzadi S.A.U., Primera edición, noviembre 2016. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

Ordoñez Solís, D., “Incidencia de la normativa i jurisprudencia comunitaria i de la protecció de dades en les relacions laborals de les Administracions Publiques” [en línea], Seminari d’actualització de la Funció Pública Local. FMC, julio 2013. Disponible en:

[https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/Ordonez\\_Solis\\_normativa\\_europea\\_empleados\\_publicos.pdf?noredirect=1](https://cemical.diba.cat/sites/cemical.diba.cat/files/public/migracio/publicacions/ficheros/Ordonez_Solis_normativa_europea_empleados_publicos.pdf?noredirect=1)

Orellana Cano, A.M., “Análisis del alcance de la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso De Diego Porras). Problemática de la implantación del contrato único en España”, en *La jurisprudencia social europea: De Diego Porras y otras cuestiones de actualidad*, Alonso García, R. (dir.) y Ugartemendia J.I. (dir.), IVAP, Primera edición, Oñati 2018.

Ortiz Mallol, J., “La relación entre la entidad matriz y la instrumental: algunas notas” en *Materiales para el estudio de la Administración Pública*, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. (coord.), Universidad Internacional de Andalucía, 2004.

Padilla Ruiz, P., “E l ejercicio por los funcionarios interinos de funciones reservadas tras la Ley 7/2013, de Reforma Local” [en línea], Revista Andaluza de Administración Pública, núm. 89, Sevilla, mayo-agosto 2014. Disponible en: <https://pedropadillaruiz.es/docs/Ejercicio-por-los-funcionarios-interinos-de-funciones-reservadas.pdf>

Palomar Olmeda, A., “De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público A propósito de la STC de 11 de marzo de 2004” [en línea], Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 624 parte Comentario, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2004. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

- “El despido colectivo en las Administraciones y Entes Públicos. Marco general, causas y procedimiento” [en línea], en *Estudios de Relaciones Laborales*, octubre 2013. Disponible en: [https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL\\_despido\\_colectivo.pdf](https://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_despido_colectivo.pdf).
- “La problemática actual de la Administración Pública y su incidencia en el empleo público” [en línea], en *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*, Monografía LEX NOVA, 1ª edición, marzo 2015. Disponible en: Thomson Reuters (Legal) Limited.
- “La relación de duración determinada en el ámbito del empleo público”, en *La jurisprudencia Social Europea: De Diego Porras y otras cuestiones de*

*actualidad*, Alonso García, R. (dir.) y Ugartemendia J.I. (dir.), IVAP, Primera edición, Oñati 2018.

- “Derecho de la Función Pública: Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos”, Dykinson, S.L. Madrid, 13ª Edición, 2021.

Parada Vázquez, J.R., “Derecho Administrativo: Organización y Empleo Público”, Marcial Pons, Madrid, 1998.

- “Derecho del empleo público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, Marcial Pons, Madrid, 2007.

Parada Vázquez, J.R. y Fuentetaja Pastor, J., “Derecho de la Función Pública”, 2ª Edición, Editorial Aranzadi S.A.U., Cizur Menor, 2019.

Pastor, G., “¿Se puede combatir la temporalidad con más temporalidad?” [en línea], en *Economist&Jurist*. Disponible en: <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-temporalidad-en-el-sector-publico-a-proposito-del-rd-ley-32-2021-y-ley20-2021/>

Pérez Guerrero, M.L., “La relación laboral indefinida no fija en la Administración: hacia la “estabilización” de una figura de creación jurisprudencial” [en línea], XXXIX Jornada universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Análisis actual de la contratación laboral, Cádiz, 25 y 26 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/quest/formacion/39-jornadas-universitarias>

Pinazo Hernandis, J., “El futuro del Empleo Público Español: la dialéctica entre lo institucional y lo organizativo” [en línea], Tesis de doctorado, Universidad de Valencia, Valencia, mayo de 2004. Disponible en: [https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/5144/1/Pinazo\\_Hernandis%2CJavier\\_Tesis.pdf](https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/5144/1/Pinazo_Hernandis%2CJavier_Tesis.pdf)

- “Empleo Público para una nueva Administración Pública”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Pinuaga Duce, A., “El agujero de la temporalidad y de los sistemas de selección en la Administración Pública” [en línea], *Diario La Ley*, Nº 10074, Sección Tribuna, Mayo de 2022, Wolters Kluwer. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2022/05/23/el-agujero-de-la-temporalidad-y-de-los-sistemas-de-seleccion-en-la-administracion-publica>

Purcalla Bonilla, M.A., “El despido objetivo en la Administración Pública y en el sector público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 37, septiembre de 2015.

Quesada Lumbreras J.E., “La delimitación de funciones entre el personal funcionario y laboral: Especial referencia a la reordenación del sector público de Andalucía” *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 317, septiembre-diciembre 2011.

Quintans García, J., “La contratación laboral en las Administraciones Públicas” [en línea], *Fundación Democracia y Gobierno Local*, QDL 24, Octubre de 2010, Disponible en:

<https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/674/04%20qdl%2024%20quintana.pdf?sequence=1>

Ramió, C., “Una Administración pública obsoleta” [en línea]. Disponible en: [https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337\\_276630.html](https://elpais.com/elpais/2017/07/08/opinion/1499529337_276630.html)

Ramos Moragues, F., “Delimitación del sector público y ámbito aplicativo del EBEP” en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019.

- “Tipología de empleados públicos” en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019.
- “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público” [en línea], LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social, Enero 2022, Volumen 3- Número extraordinario, ‘La reforma laboral de 2021’. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/665/105>

Rivero Lamas, J., “Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: maco general” [en línea], Fundación, Democracia y Gobierno Local, Serie Claves del Gobierno Local, 2. 2004. Disponible en: [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/808/claves02\\_04\\_rivero.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/808/claves02_04_rivero.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Rodrigo Saiz, M.C., “Indefinido fijo en la Administración Pública” [en línea], Diario La Ley, Nº 9821, Sección Dossier, 16 de marzo de 2021. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/03/30/indefinido-fijo-en-la-administracion-publica>

Rodríguez Álvarez, J.M. “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos” [en línea], Presupuesto y Gasto Público, núm. 41, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, 2005, Instituto de Estudios Fiscales. Disponible en: [https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-13\\_JoseManuelRodriguezAlvarez.pdf](https://www.ief.es/docs/destacados/publicaciones/revistas/pgp/41-13_JoseManuelRodriguezAlvarez.pdf)

Rodríguez Escanciano, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de marzo de 2010 (núm. 1933/2010)” [en línea], Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 42/2010. Editorial Aranzadi, S.A.U. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

- “Temporalidad en el Empleo Público: abusos más frecuentes y reacciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Estudios financieros – Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 407, febrero 2017. Disponible en: [www.ceflegal.com](http://www.ceflegal.com).
- “Reflexions al voltant de la reforma del mercat laboral: Acomiadaments, suspensions i reduccions de jornada a partir de la reforma laboral” [en línea], Seminario de actualización de la Función Pública Local. Disponible en: [http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Rodriguez\\_Escanciano\\_ref\\_merc\\_laboral.pdf](http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Rodriguez_Escanciano_ref_merc_laboral.pdf)

Rodríguez-Piñero Royo, M., “La contratación temporal en el sector público” [en línea], Documentación Laboral, Revista de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Nº 110, Año 2017, Vol. II. Disponible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N110/01%20Presentaci%C3%B3n.pdf>

Rodríguez Ramos, M.J., “El Estatuto de los funcionarios públicos, su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores”, Antonio Ojeda Avilés (dir.). Estudios de Derecho del Trabajo. Granada, 1997.

- “La funcionarización del personal laboral al Servicio de las Administraciones Públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos”, Comunicación a la ponencia general sobre Las relaciones laborales en la Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000.
- “Teoría General sobre la relación de empleo público y el estatuto de los funcionarios públicos: contenido” en Materiales para el estudio de la Administración Pública, Rodríguez Ramos, M.J. y Pérez Borrego, G. (coord.), Universidad Internacional de Andalucía, 2004.

Rodríguez-Ramos Velasco, P., “Medidas de flexibilidad interna en el empleo público: suspensión del contrato y reducciones de jornada” [en línea], Documentación Laboral, Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo Nº 97 - Año 2013 - Vol. I, Segunda parte. Disponible en: <https://www.aedtss.com/documentacion-laboral/>

Rojo Torrecilla, E. “FAFFE, Consorcios UTEDLT, ALPES, ASAE, ERES. Detrás de las siglas, el debate sobre el mantenimiento del empleo y las condiciones de acceso y promoción en el sector público. Una nota a la sentencia del Tribunal Supremo (C-A) de 2 de octubre” [en línea]. Blog de Eduardo Rojo. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/10/faffe-consorcios-utedlt-alpes-asae-eres.html>

- “Y, finalmente, son indefinidos no fijos. La azarosa vida judicial de los ALPES (agentes locales de promoción de empleo) de Andalucía. A propósito de la sentencia de la Sala Social del TS de 17 de septiembre de 2020 tesis reiterada en la de 30 de septiembre” [en línea]. Blog de Eduardo Rojo. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/y-finalmente-son-indefinidos-no-fijos.html>

Roqueta Buj, R., “La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcional, la Estatutaria, la Laboral y la Contratación Administrativa”, en *La Administración Pública como empresario, aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Moliner Tamborero, G. (dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2000.

- “El Empresario Público. La gestión del personal laboral tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público” [en línea], Editorial Aranzadi S.A.U., Primera edición, Cizur Menor, junio 2018. Disponible en: Thomson Reuters Proview.

- “El acceso al empleo público: principios rectores, requisitos de acceso y sistemas selectivos”, en *Las relaciones laborales en el sector público*, Blasco Pellicer, A. (dir) y López Balaguer, M. (dir), Tirant lo Blanch, 2019.
- “El acceso del personal laboral en las Administraciones Públicas” [en línea], Tirant lo Blanch, Valencia 2019. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.
- “La contratación temporal en las Administraciones Públicas” [en línea], Instituto Nacional de Administración Pública INAP; 2019. Disponible en: <https://cpage.mpr.gob.es/producto/la-contratacion-temporal-en-las-administraciones-publicas-2/>
- “Los trabajadores indefinidos no fijos: estabilidad versus igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público” [en línea], Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 442, enero 2020. Disponible en: [file:///C:/Users/E203NA/Downloads/articulo\\_2163\\_442\\_enero\\_2020.pdf](file:///C:/Users/E203NA/Downloads/articulo_2163_442_enero_2020.pdf)
- “Procesos de colocación, reclutamiento y selección de personal” en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021.
- “La reforma de la contratación temporal en las Administraciones Públicas: Incluye las novedades del RD-I 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, y de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público” [en línea], Colección Laboral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. Disponible en: Biblioteca Virtual Tirant.

Sala Franco, T., “Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública”, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1989.

- “El acceso al empleo público laboral”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A., (coord.), y Rodríguez Muñoz, J. M., (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, 2015.
- “El personal laboral del sector público”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

Sánchez Morón, M., “Régimen Jurídico de los funcionarios interinos”, Editorial Aranzadi, Primera edición, 2020.

- “Derecho de la Función Pública”, Editorial Tecnos, 14ª edición, 2021.
- “Sobre la determinación de los puestos y funciones públicas que corresponden al personal funcionario y al personal laboral”, en *Contrato de Trabajo y relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas*, García Murcia, J., (dir.), Colección informes y estudios, Serie Relaciones Laborales, núm. 112, 2021.

Sanmartín Casillas, F.J., “Régimen Jurídico del personal laboral en la Administración Pública. La reestructuración del Servicio Andaluz de Empleo”, [en línea], Tesis de doctorado, Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, 2017. Disponible en:

<https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/5385/sanmartin-casillas-tesis-16-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Segoviano Astaburuaga, M.L., “Interinidad e irregularidades en la Administración Pública”, en *La obra jurídica de Aurelio desdentado Bonete*, (dir.) Antonio V. Sempere Navarro, (coord.) Yolanda Cano Galán, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Primera edición, noviembre 2021. Disponible en: [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DT-2021-218)

Segura Grau, J.M., “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial centro de estudios Ramón Areces, Madrid 2019.

Selma Penalva, A., “El cese en la prestación de servicios para la Administración Pública. Diferencias y similitudes entre la Jurisdicción Social y la Contencioso-Administrativa” [en línea], *Revista Derecho Social y Empresa*, Editorial Dykinson, nº 9, septiembre 2018. Disponible en: eLibro.net.

Sempere Navarro, A.V., “La creación jurisprudencial del ‘personal indefinido no fijo’: situación actual”, en *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Arias Domínguez, A. (coord.) y Rodríguez Muñoz, J. M. (coord.), Navarra, Aranzadi Thomson Reuters 2015.

- “Texto y contexto de la STJUE sobre consecuencias de la temporalidad injustificada en el empleo público” [en línea], *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2017. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- “Indefinidos no fijos: balance y aplicación en sociedades mercantiles al hilo de la STSS-SOC de junio de 2020” [en línea], *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, núm. 233, julio 2020. Disponible en: Aranzadi Proview Revistas.
- “La temporalidad en el sector público tras la Ley 20/2021 de 28 diciembre” [en línea], *Noticias jurídicas y actualidad*. Disponible en: [https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre#\\_ftnref16](https://elderecho.com/la-temporalidad-en-el-sector-publico-tras-la-ley-20-2021-de-8-diciembre#_ftnref16)

Sepúlveda Gómez, M., “Ineficacia de la conversión en indefinido no fijo en el sector público conforme a la Directiva 1999/70/CE” [en línea], *Temas Laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 129, 2015. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5174949>

Soler Arrebola, J.A., “Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

Suárez Corujo, B., “El fraude en el trabajo de duración determinada en las administraciones públicas españolas, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea” [en línea], *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 61/2017, Editorial Civitas. Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>

Tardío Pato, J.A. “El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales” [en línea], *Revista de Administración Pública*, Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=784932>

Todolí Signes, A. “El orden jurisdiccional competente en materia de personal laboral al servicio las AAPP y otros entes del Sector Público, en especial, los conflictos en materia de acceso al empleo público” en *Problemas actuales del Proceso Laboral. Homenaje al profesor José M.<sup>a</sup> Goerlich Peset con ocasión de sus 25 años como Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomás Sala Franco (dir.) y Luis Enrique Nores Torres (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2020.

- “Fijeza (y no indefinido no fijo) en caso de reversión de servicios públicos (STS 28/01/22)” [en línea], Argumentos de Derecho Laboral (Blog), febrero 2022. Disponible en: <https://adriantodoli.com/2022/02/15/fijeza-y-no-indefinido-no-fijo-en-caso-de-reversion-de-servicios-publicos-sts-28-01-22/>

Toledano Lanza, M., “Trabajadores públicos interinos en el derecho europeo: Una visión de conjunto” [en línea], ConfiLegal, Noticias jurídicas y Jurisprudencia. Disponible en: [https://confilegal.com/20220205-trabajadores-publicos-interinos-en-el-derecho-europeo-una-vision-de-conjunto/#\\_ftn6](https://confilegal.com/20220205-trabajadores-publicos-interinos-en-el-derecho-europeo-una-vision-de-conjunto/#_ftn6)

Treviño Pascual, M., “La figura del indefinido no fijo y su extensión a los funcionarios interinos”, RTSS, CEF, núm. 409, abril 2017.

- “El trabajador indefinido no fijo y el principio de estabilidad en el empleo” [en línea], Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Iustel, núm. 52, marzo 2019. Disponible en: [https://zaquan.unizar.es/record/88199/files/texto\\_completo.pdf?version=1](https://zaquan.unizar.es/record/88199/files/texto_completo.pdf?version=1)

Vallecillo Gámez, M.R., “El personal «Indefinido no fijo» y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación” [en línea], RTSS. CEF, núm. 404, noviembre 2016. Disponible en: <https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/2214/1842>

Valverde Asencio, A.J., “La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública” [en línea], Temas Laborales 86/2006. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2159659>

Vivero Serrano J.B., “El acceso al empleo público en régimen laboral”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

VV.AA., “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”, Sánchez Morón, M. (dir.), Ed. Lex Nova, 2ª edición, marzo 2008.

VV.AA., “Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico”, Monereo Pérez, J.L. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.), Editorial Comares, Granada 2010.

VV.AA., “Manual de Derecho Administrativo Laboral”, Monereo Pérez, J.L. (coord.), Editorial Tecnos, Madrid 2012.

VV.AA., “Manual Básico de derecho del empleo público”, Gosálbez Pequeño, H., Mellado Ruiz, L. y Roca Fernández-Castanys, M.L., Editorial Tecnos, 2013.

## BIBLIOGRAFIA COMUNITARIA

Conclusiones del Abogado General Sr. G. Federico Mancini presentadas el 15 de abril de 1986. Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=93622&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=55001>

Comisión Europea “La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la administración pública de los Estados miembros — La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE”, Diario Oficial de la Comunidad Europea, C72, 18 de marzo de 1988. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1988:072:FULL&from=EN>

Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de septiembre de 2010 «Recurso de incumplimiento – Libertad de establecimiento – Directiva 2005/36/CE – Profesión de notario – Artículo 45 CE, párrafo primero – Actividades relacionadas con el ejercicio del poder público». Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62008CC0052>

Fichas Temáticas del Semestre Europeo: “CALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”, Noviembre 2011. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_quality-public-administration\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_quality-public-administration_es.pdf)