

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

Día 30 de abril de 2023

Susana Rodríguez Escanciano
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León

--Punto de partida: elevadas dosis de temporalidad en el sector público hasta el punto de que un 30 por 100 de efectivos tienen un vínculo temporal en España

--Múltiples pronunciamientos judiciales han considerado tal proceder contrario a la Directiva 1999/70, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada, que recoge un doble postulado. Así, la cláusula 4 establece el principio de no discriminación de los trabajadores con contrato a término respecto de los trabajadores indefinidos comparables como principio general del Derecho de la Unión que no puede ser interpretado de manera restrictiva. Y la cláusula 5 impone a los Estados miembros el propósito de evitar contratos temporales abusivos, debiendo incluir en sus ordenamientos disposiciones que prevengan y sancionen dicha lesividad, si bien contando con un margen de discrecionalidad en cuanto a las medidas preventivas y represivas a establecer dentro del límite del principio de efectividad.

--El art. 8 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) establece:

“2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Funcionarios de carrera.*
- b) Funcionarios interinos.*
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.*
- d) Personal eventual”.*

--El art. 9.2 EBEP dispone, con ciertas dosis de vaguedad, qué puestos deben cubrirse con funcionarios de carrera: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. A sensu contrario, todos aquellos puestos que no cumplan tales requisitos podrán ser cubiertos con personal laboral. Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de los quehaceres de las Administraciones Públicas, mayoritariamente destinados a la prestación de servicios en favor de los ciudadanos, un gran número de puestos pueden ser cubiertos con personal laboral.

--El art. 9 EBEP considera funcionarios de carrera a *“quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente”*. Por tanto, la pérdida de la condición de funcionario de carrera solo tendrá lugar de acuerdo con las causas previstas en el art. 63 EBEP: a) La renuncia a la condición de funcionario. b) La pérdida de la nacionalidad. c) La jubilación total del funcionario. d) La sanción disciplinaria de

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

separación del servicio que tuviere carácter firme. e) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

--Funcionarios interinos: art. 10 EBEP: no se distinguen de los funcionarios de carrera por las funciones desempeñadas sino por la duración de su vínculo (siempre temporal) y porque su nombramiento obedece a razones justificadas de urgencia y necesidad. En concreto, debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias: a) La existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, por un máximo de tres años; b) La sustitución transitoria de los titulares, durante el tiempo estrictamente necesario. c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de nueve meses, dentro de un periodo de dieciocho meses.

Transcurridos tres años desde el nombramiento del personal funcionario interino se producirá el fin de la relación de interinidad, y la vacante solo podrá ser ocupada por personal funcionario de carrera, salvo que el correspondiente proceso selectivo quede desierto, en cuyo caso se podrá efectuar otro nombramiento de personal funcionario interino (art. 10.4 EBEP). Según la disposición adicional 17ª EBEP, el incumplimiento del plazo máximo de permanencia dará lugar a una compensación económica para el personal funcionario interino afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades.

--Principios comunes que rigen el acceso a puestos de personal funcionario y de personal laboral:

Art. 55.2 EBEP: mérito y capacidad. Además: 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.

--Normativa reguladora del personal laboral: art. 7 EBEP: “El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”

--Art. 11 EBEP: Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

Ahora bien, la Administración no es libre para elegir la modalidad contractual que desee sino que tiene que observar el principio de causalidad en la contratación temporal recogido en el art. 15 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (ET): “El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido. El contrato de trabajo de duración determinada solo

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”.

--Cuando no se respeta este principio y se recurre a una vía de contratación temporal pero en realidad el acceso debería de haberse celebrado por tiempo indefinido, el contrato se entiende celebrado en fraude de ley. La consecuencia que prevé el art. 15.4 ET es las personas afectadas adquieren la condición de fijas.

Si se aplica esta consecuencia en el ámbito del sector público, se estarían, empero, violando los principios de mérito y capacidad.

De ahí que los órganos judiciales hayan dado solución a este conflicto a través de la figura del indefinido no fijo, parecido a un contrato de interinidad, en el que la relación se mantiene hasta que la Administración amortice la plaza o la cubra mediante el procedimiento reglamentario, de manera que la extinción del vínculo del indefinido no fijo da lugar a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. Esta figura carece de un régimen jurídico normativo. Únicamente sucesivos pronunciamientos judiciales han ido reconociendo derechos laborales (antigüedad, promoción...).

En la actualidad, el art. 11.1 EBEP establece que: ”en función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”.

--Contrato indefinido fijo-discontinuos: Según el art. 16 ET, se puede recurrir a esta figura para los siguientes cuatro supuestos: 1) Para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada; 2) Para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados; 3) Para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa; 4)

Entre una empresa de trabajo temporal y una persona contratada para ser cedida.

La disposición adicional 4ª Decreto Ley 32/2021, modificada por el Decreto Ley 1/2022, aclara que: “los contratos fijos y fijos-discontinuos podrán celebrarse cuando resulten esenciales para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados, previa expresa acreditación. Sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública”.

--Contratos laborales temporales:

Contratos laboral de sustitución (interinidad): art. 15.3 ET: es posible recurrir a esta vía para 3 supuestos: a) Para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo; b) Para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

convenio colectivo; c) Para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.

La disposición adicional 4ª Real Decreto Ley 32/2021 prevé límites para la celebración del contrato de sustitución por vacante: “de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”.

Esta Ley trata de atajar el problema de las interinidades laborales de larga duración, que se había planteado en reiteradas ocasiones en vía judicial resuelto en casación de doctrina, entendiendo que si la interinidad se extiende más de tres años, la persona trabajadora pasa a ser indefinida no fija.

La disposición adicional 17ª EBEP establece una “compensación, que 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. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. No habrá derecho a la compensación descrita en caso de que la finalización de la relación de servicio sea por despido disciplinario declarado procedente o por renuncia voluntaria”.

Contratos laborales temporales (cont)

--Se ha derogado el contrato por obra o servicio, que era el contrato temporal más utilizado en la Administración, dados los difusos términos de su objeto y la flexibilidad en su aplicabilidad práctica.

No obstante, excepcionalmente, la disposición adicional 5ª Decreto Ley 32/2021 permite celebrar contratos temporales asociados a “la estricta ejecución de Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos” y también “para la suscripción de contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea”.

La disposición derogatoria única del Decreto Ley 32/2021 elimina la anterior disposición adicional 15ª ET en sus apartados 1 y 2 que determinaba la duración máxima del contrato por obra en las Administraciones Públicas y las especialidades a la luz de la Ley de Universidades y la Ley de la Ciencia. La derogación se entiende congruente, pues ya no se permite recurrir al contrato por obra y servicio, pero las especialidades de la actividad desarrollada en estos sectores ha aconsejado la publicación del Real Decreto Ley 8/2022, de 5 de abril de medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del sistema español de ciencia, tecnología e innovación, que introduce una previsión principal relativa a un nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, a celebrar con personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora, que no formará parte de la Oferta de Empleo Público, que se articulará a través de convocatorias públicas en las que se garanticen los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

Cabe dar noticia también de la Orden TES/1152/2021, de 24 de octubre, que regula, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, un contrato temporal específico para las Administraciones Públicas, denominado “Programa de primera experiencia profesional en las Administraciones Públicas”, que tiene por objetivo desarrollar un plan de primeras experiencias profesionales en el seno de los servicios prestados por las administraciones públicas. De este programa se beneficiarán personas jóvenes desempleadas mayores de 16 y menores de 30 años, cuya etapa formativa se haya completado y acreditado en lo que a conocimientos se refiere. El objetivo del programa es facilitar mediante un contrato de trabajo, la adquisición de competencias «soft», así como de habilidades sociales y profesionales –empatía, creatividad, dotes de liderazgo, capacidad de adaptación, entre otras–, relacionadas con la actitud de la persona trabajadora. A través del programa de primera experiencia, se cubrirán preferentemente puestos en tareas relacionadas con la transición ecológica y la economía verde, la digitalización de servicios, la cohesión social –la atención de la dependencia e intervención con colectivos vulnerables, la rehabilitación de entornos y vivienda–, así como el desarrollo local rural”.

--Contrato eventual por razones de producción (art 15.2 ET) tiene un doble objeto en la nueva regulación:

1) incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, incluidas las que derivan de las vacaciones anuales. En este caso, su duración no podrá ser superior a seis meses, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año.

2) para atender situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada. Este contrato durará un máximo de noventa días (no consecutivos) en el año natural.

En ambos casos a su finalización el trabajador tiene derecho a una indemnización de 12 días de salario por año de servicio [art. 49.1 c) ET]

--Se mantiene el apartado 3 de la disposición adicional 15ª ET, que se refiere al encadenamiento contractual en sus nuevos términos, previsto en el art. 15.5 ET, de aplicación también en las Administraciones Públicas: “las personas trabajadoras que en un periodo de veinticuatro meses hubieran estado contratadas durante un plazo superior a dieciocho meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos por circunstancias de la producción, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, adquirirán la condición de personas trabajadoras fijas. Esta previsión también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. Asimismo, adquirirá la condición de fija la persona que ocupe un puesto de trabajo que haya estado ocupado con o sin solución de continuidad, durante más de dieciocho meses en un periodo de veinticuatro meses mediante contratos por circunstancias de la producción, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

--La disposición adicional 15ª ET aclara que 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

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

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

PROCESOS DE ESTABILIZACIÓN

La Ley 20/2021 pretende garantizar varios extremos:

a) En primer lugar, que el acceso al empleo público en régimen laboral cumpla sin fisuras las exigencias legales. A tal efecto, de un lado, el nuevo art. 11.3 EBEP, reiterando los términos de los arts. 55 y ss., deja claro, intentando terminar con una realidad harto conocida, que “los procedimientos de selección del personal laboral serán públicos, rigiéndose en todo caso por los principios de igualdad, mérito y capacidad. 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”. De otro, la nueva disposición adicional 17ª EBEP añade que “las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de las responsabilidades (personales y patrimoniales) que procedan de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas” (apartado 2º). Además, todo acto, pacto, acuerdo o disposición reglamentaria, así como las medidas que se adopten en su cumplimiento o desarrollo, cuyo contenido directa o indirectamente suponga el incumplimiento por parte de la Administración de los plazos máximos de permanencia como personal temporal será nulo de pleno derecho (apartado 3º).

b) En segundo término, con el fin de alcanzar una tasa de temporalidad que no sobrepase el 8 por 100, el art. 2 Ley 20/2021 establece la ampliación de los procesos de estabilización de empleo temporal a una tercera fase. Así, adicionalmente a los procesos que regularon los artículos 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, se autoriza una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural que, estén o no dentro de las relaciones de puestos de trabajo, plantillas u otra forma de organización de recursos humanos que estén contempladas en las distintas Administraciones Públicas, y estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2020.

Los procesos garantizarán el cumplimiento de los principios de libre concurrencia (sin posibilidad de convocatorias restringidas), igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos. Sin perjuicio de lo establecido en su caso en la normativa propia de función pública de cada Administración o la normativa específica, el sistema de selección será el de concurso-oposición, con una valoración en la fase de concurso de un cuarenta por ciento de la puntuación total, en la que se tendrá en cuenta mayoritariamente la experiencia en el cuerpo, escala, categoría o equivalente de que se trate, pudiendo no ser eliminatorios los ejercicios en fase de oposición, en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1 c) EBEP.

Se respetan, por tanto, en términos generales, las exigencias del art. 61.3 EBEP, que es muy claro al respecto al establecer que los procesos selectivos que, incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo. En palabras del propio Tribunal Constitucional, “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima... (en el bien entendido sentido

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

de que) no plantea problemas de igualdad la consideración como mérito de los servicios prestados, sino la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a ese mérito concreto y, en particular, el que sea el único tenido en cuenta en la fase de concurso”¹. Las pautas a respetar son, pues, las dos siguientes: diseñar un baremo de méritos relacionado con la función a desempeñar y no establecer tales los servicios previos como condición excluyente sino de modo proporcional.

No obstante, excepcionalmente, y por una sola vez, se admite recurrir al sistema de concurso para aquellas plazas que hubieran estado ocupadas con carácter temporal de forma ininterrumpida con anterioridad a 1 de enero de 2016, es decir, más de cinco años.

En fin, se prevé igualmente una compensación económica para el personal laboral temporal (o personal funcionario interino) que, estando en activo como tal, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo de estabilización, que será 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. La no participación del candidato o candidata en el proceso selectivo de estabilización no dará derecho a compensación económica en ningún caso, debiendo entender, no obstante, que se mantiene el derecho a la indemnización si se trata de la extinción del contrato de un trabajador indefinido no fijo aunque no participe en el proceso de selección. Ello sin olvidar, a la postre, que según el art. 20.Uno.6 de la Ley de Presupuestos Generales para 2022, no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las “plazas correspondientes al personal declarado no fijo por sentencia judicial”.

c) En tercer lugar, la disposición adicional 4ª Decreto Ley 32/2021, recientemente modificada, establece dos previsiones en cuanto a la posibilidad de celebrar en el sector público contratos laborales fijos y fijos-discontinuos, dando sobradas muestras de la pervivencia de la preocupación por el control del déficit público:

1.- Solo se podrán celebrar “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”.

2.- “Sin perjuicio de la tasa de reposición establecida en la Ley de presupuestos generales del Estado vigente para cada ejercicio, si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica, será necesaria la autorización del Ministerio de Hacienda y Función Pública”.

Todo ello sin olvidar que el art. 1.4 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, de manera que no pueden beneficiarse de las bonificaciones asociadas a los programas de fomento del empleo.

DEROGACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES

La anterior disposición adicional 16ª ET, derogada por el Real Decreto Ley 32/2021, regulaba el despido colectivo (y objetivo) en el sector público, territorial e institucional, reconociendo su aplicación por los cauces de los artículos 51 y 52 c) ET y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas. Al tiempo, establecía un régimen jurídico asentado una particular definición de las causas

¹ STC 707/2003, de 2 de junio.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

justificativas solo para determinados entes del sector público regulados en el art. 3.2 Ley 9/2017, de contratos del Sector Público (LCSP)².

Mientras una empresa privada tendrá que acreditar unos resultados de los que se desprenda una situación negativa, en casos tales como la existencia de “pérdidas actuales” o “previstas”, o la “disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas”, si se trataba de una Administración había que atender a otros síntomas, localizados por la derogada disposición adicional 16ª ET en el estado de las fuentes financieras: una situación de “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”, esto es, un desequilibrio entre ingresos previstos y gastos conformados en el presupuesto, distinguiendo, por tanto, “entre presupuestación y caja porque una cosa es tener crédito y otra tener dinero para pagarlo”. Y ello porque los ingresos de la Administración no dependen de las fluctuaciones de la demanda en el seno de un mercado competitivo, sino de la planificación presupuestaria que prevé una financiación, de posible incremento o reducción por la vía impositiva, y unos gastos, que también dependen de la voluntad de la Administración. En todo caso, se entendió que la insuficiencia presupuestaria era persistente si se producía durante tres trimestres consecutivos³.

Por otra parte, se entendió que concurrían causas técnicas, cuando se produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produjeran cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.

Cierto es que, en un primer momento y a la vista del tenor legal, fueron muchas las entidades del sector público que se lanzaron a hacer uso de los recursos extintivos que la Ley 3/2012 trataba de facilitar, pero también muchos han sido los pronunciamientos que han declarado los despidos no ajustados a derecho o simplemente los han anulado, con los consiguientes efectos económicos que ello ha hecho derivar para los empresarios públicos afectados⁴. Esto ha provocado un lógico efecto de cautela en la puesta en práctica de estas medidas extintivas.

Sea como fuere, la derogación de la disposición adicional 16ª ET plantea la duda de si los entes del sector público pueden acudir o no a la vía del despido objetivo y colectivo,

2 En concreto: “a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local. b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social. c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes. d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera. l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación”.

3 Con mayor detalle, el art. 35.2 Real Decreto 1483/2012 entendió que existía insuficiencia presupuestaria “sobrevenida y persistente” cuando concurrieran, acumulativamente, las siguientes circunstancias: “a) Que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario, y b) Que los créditos del Departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un 5 por 100 en el ejercicio corriente o en un 7 por 100 en los dos ejercicios anteriores. A estos efectos, se tendrán en cuenta tanto las rebajas efectuadas en el presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en la fase de ejecución presupuestaria”. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de mayo de 2015, declaró que el criterio reglamentario suponía una desviación del criterio legal, sustituyendo un dato material o sustantivo, como es la imposibilidad de financiar los servicios públicos encomendados, por un dato puramente formal.

4 Por todas, STS, Social, 26 junio 2014 (rec. 219/2013).

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

razón por la cual caben dos posturas. Una, prohibitiva. Otra, permisiva, más acertada desde el punto de vista técnico acudiendo a un doble argumento pero de difícil aplicación práctica:

Por un lado, la Directiva 98/59, sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos, excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores de las Administraciones Públicas o de las instituciones de Derecho Público [art. 1.2 b)], crítica que ha sido salvada entendiendo que el hecho de que la Directiva no afecte a los trabajadores públicos no impide que los ordenamientos de cada Estado miembro puedan establecer en su territorio la aplicación del despido colectivo, ni entraña colisión alguna con la posible afectación de los despidos a los trabajadores de este ámbito. Lo que la exclusión prevista en la Directiva supone, en tanto que se trata de una norma que fija directrices que los Estados miembros vienen obligados a trasponer, es, precisamente, que las soberanías estatales no tienen la obligación de aplicar el contenido de la Directiva en el sector público, pero no implica que no puedan contemplar en su normativa interna el reconocimiento de la aplicación del despido colectivo en el sector público si así lo consideran conveniente.

Por otro, el art. 7 EBEP, que regula el sistema de fuentes aplicable al personal laboral, en virtud del cual “el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”. Solo hay una previsión específica en el EBEP referida a despidos, pero se centra en el disciplinario, donde el art. 96 EBEP establece que “el despido disciplinario del personal laboral sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban... Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”.

Admitiendo, en una primera aproximación, la posibilidad de recurrir a los despidos por causas empresariales en el sector público, el problema radica en que la definición de las causas, el sistema de cómputo de los trabajadores afectados y el procedimiento articulado por el art. 51 ET y el Reglamento de desarrollo aplicable al sector privado no encaja con las especialidades de los entes públicos, lo cual va a dificultar la instrumentación de medidas de este tipo y lleva a su imposibilidad de aplicación práctica tras la derogación de la disposición adicional 16ª ET.

Tampoco el art. 52 e) ET tampoco está previsto para las Administraciones Públicas, pues establece que: “en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”, el despido queda justificado “por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”. Pero solo se aplica a entidades sin ánimo de lucro.

Por lo demás, se mantiene la vigencia de la disposición adicional 17ª ET, en virtud de la cual “lo previsto en el art. 47 no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos, obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”. No caben, por tanto, Ertres suspensivos ni de reducción de jornada. Para determinar si una entidad de financia mayoritariamente con ingresos, de cualquier naturaleza, obtenidos

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios, “se tendrá en cuenta que la entidad no esté clasificada como Administración Pública en el inventario de entes del sector público estatal, autonómico o local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, de acuerdo con la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda”. Y en caso de que la entidad no figure en el correspondiente inventario, deberá justificarse por la entidad la presentación ante el citado ministerio de la solicitud de inclusión en el mismo (disposición adicional 3ª Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre).

Así pues, tras la expansión de la pandemia por la covid-19 y la declaración del estado de alarma, el Real Decreto Ley 8/2020 introdujo la posibilidad de que las empresas pudieran solicitar Ertes por fuerza mayor o por causa económica, técnica, organizativa o de producción. De tal posibilidad han quedado excluidas las Administraciones Públicas por no entrar en el ámbito subjetivo del art. 47 ET. Así lo reconocen la Sentencia del Juzgado de lo Social de Vitoria de 27 de mayo de 2020 (núm. 63/2020) en relación con una sociedad mercantil pública en la que el capital social pertenece en más del 50 por 100 al Ayuntamiento de Vitoria y el Auto del Juzgado de lo Social número 1 de León de 12 de mayo de 2020 (núm. 22/2020) en relación con el Ayuntamiento de Valverde de la Virgen. El personal laboral de las Administraciones Públicas cuyas actividades se hubieran interrumpido y no pudieran realizar teletrabajo quedaron protegidos a través del art. 48 j) EBEP, que reconoce un permiso “por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal”.

EL EMPLEO PÚBLICO INDIRECTO: EXTERNALIZACIÓN E INTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES

La temporalidad en la contratación también ha quedado vinculada a la tipicidad de las técnicas de descentralización productiva que no se limita al sector privado, sino que también ha penetrado y cuenta ya con general y fuerte implantación en el sector público, en el que llega a estar presente en casi todas sus actividades, tanto en las precisas para el funcionamiento ordinario de las entidades que lo componen (vigilancia, limpieza de locales, mantenimiento de instalaciones y equipos, gestión administrativa, etc.), como en las precisas para dispensar a los ciudadanos las prestaciones o servicios inherentes al Estado del Bienestar: sanidad, educación y servicios sociales.

Se puede advertir que el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, ha pasado a ocupar un lugar muy destacado en el quehacer de las Administraciones como decisión imprescindible en muchas ocasiones si se quiere lograr la contención del déficit público reduciendo gastos en personal y la ansiada eficiencia en la dispensa del servicio a favor de los ciudadanos al menor coste posible. La propia limitación temporal de los contratos administrativos comportaba que los trabajadores al servicio del empresario adjudicatario sean contratados a través de tipologías contractuales de duración determinada, de manera que mediante el recurso a este fenómeno se asiste a una suerte de sustitución de lo que debería ser empleo de carácter indefinido ligado a la propia Administración por un empleo temporal a través de la empresa privada que se hace cargo de la prestación del servicio público, posibilidad a día de hoy vetada.

La reforma de 2012 impulsó una permisiva regulación de las contrataciones y subcontratas [art. 42 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)], que posibilitaba el recurso al reclutamiento temporal, normalmente a través del contrato por obra o servicio vinculado a la duración de la relación mercantil o administrativa. La reforma de 2021

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

impide, empero, recurrir a este cauce con carácter general y específicamente para los supuestos de contrata y subcontrata, siguiendo la interpretación judicial sostenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2020⁵, en virtud de la cual cuando la actividad de la contratista consiste “precisamente, en desarrollar servicios para terceros”, no concurre el requisito de que esa obra o servicio presente la “autonomía y sustantividad propia, dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa”, que se exigía con anterioridad a la reforma de 2021 para poder justificar la temporalidad del contrato de trabajo.

Además, la reforma de 2021 da entrada para cubrir las necesidades de personal asociadas a contrata y concesiones administrativas al contrato fijo-discontinuo siempre y cuando las relaciones interempresariales impulsadas en este caso por adjudicatarios públicos, “siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (nuevo art. 16 ET), en cuyo caso los periodos de inactividad solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones”.

Ello se completa con la prohibición del nuevo art. 15 ET sobre la utilización del modificado contrato eventual para “la realización de trabajo en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa”, sin perjuicio “de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos [previstos con carácter general para este contrato]”; esto es, una vez que se esté desarrollando la actividad de la contrata, se puede acudir a la contratación temporal por circunstancias de la producción, bien por “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere”, o bien ante “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida” (noventa días).

Ahora bien, tampoco cabe olvidar que la finalización de la contrata o la minoración de su volumen sin posibilidades de continuidad seguirá justificando la posibilidad de extinguir los contratos de trabajo vía despido colectivo u objetivo⁶, lo cual provocará únicamente la sustitución de la indemnización anterior de doce días de salario por año de servicio por otra mayor de veinte días de salario por año de servicio.

En fin, resta por recordar que no son infrecuentes supuestos en los cuales las Administraciones Públicas deciden revertir contrataciones con empresas privadas. A tales efectos, el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general” (no pacto extraestatutario, ni acuerdo de empresa)⁷.

Así pues, el art. 130.3 LCSP trata de evitar que las entidades públicas procedan a incorporar voluntariamente plantilla procedente de la empresa privada que cesa en el servicio sin estar obligadas a ello por una disposición legal (art. 44 ET o norma de reestructuración), de modo que las Administraciones Públicas no pueden subrogarse en la posición empresarial de forma libre y voluntaria en aquellos casos en que no concurren los presupuestos aplicativos de la sucesión de empresa a no ser que cuenten con un específico amparo legal por transmitirse “conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, en la medida que ello podría significar el incumplimiento de los principios de igualdad, capacidad y mérito

⁵ Rec. 1137/2020. Seguida por la STS 2 febrero 2021 (rec. 3645/2018).

⁶ SSTS, Social, 28 abril 2015 (rec. 1016/2014) ó 12 junio 2008 (rec. 1725/2007).

⁷ Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

que rigen el acceso al empleo público. Esta nueva previsión de la LCSP es la que había sido acogida previamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado⁸, la Abogacía del Estado⁹, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales¹⁰ y algunas sentencias del orden contencioso-administrativo¹¹ y queda además corroborada por lo dispuesto en el art. 308.2 LCSP, en virtud del cual a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”.

La concurrencia del requisito de transmisión de infraestructura material como paradigma del tipo normativo (no exclusivo en el supuesto de hecho normativo, pues en su textura abierta también comprende el cambio de titularidad de empresas desmaterializadas atendiendo a ciertas circunstancias concurrentes) exigido por el art. 44 ET ha sido analizada recientemente por tres sentencias del Tribunal Supremo referidas concretamente a supuestos de reversión de la actividad tras finalizar la contrata:

Por un lado, la aludida Sentencia de 19 de septiembre de 2017¹², que entiende que concurre la obligación de subrogación por el Ministerio de Defensa dada la transmisión de elementos de infraestructura material de la organización significativos e imprescindibles para llevar a cabo la actividad transmitida, en este caso el servicio de restauración (frigoríficos, congeladores, hornos y utensilios) y cocinas con independencia de que estos medios siempre hubieran sido propiedad de la Administración.

Por otro, la Sentencia de 26 de septiembre de 2017¹³, en virtud de la cual la empresa Renfe decide recuperar los servicios de información y atención al cliente y servicios auxiliares de uno de sus centros de trabajo (intensivos en recursos humanos) que se habían venido prestando a través de una contrata, pasando a prestar estos servicios con sus propios trabajadores, por lo que no se hace cargo de ningún trabajador de la empresa contratista, la cual procede a cesar por causas objetivas a los trabajadores que estaban prestando dichos servicios. El Alto Tribunal considera que la reversión de la contrata no implica sucesión de empresa ni, por lo tanto, obligación de subrogación con base en los siguientes tres argumentos: a) la empresa revierte determinados servicios que había externalizado y que descansan esencialmente en la mano de obra, pero no consta transmisión de medios o infraestructura material; b) tampoco consta que haya incorporado a su plantilla el núcleo mayoritario de trabajadores de la contratista; y c) la transmisión no tiene por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular, no en vano la identidad de la entidad económica controvertida descansa esencialmente en la mano de obra y no puede mantenerse si el cesionario no se hace cargo de la mayor parte de la plantilla.

En fin, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2022¹⁴, que reconoce que tras la reversión del servicio al Ayuntamiento de Andoain, éste no debe subrogarse en los contratos de los trabajadores que estaban adscritos al mismo. Nos encontramos con una actividad (en este caso de limpieza viaria) que descansa básicamente sobre la mano de obra y que, tras la reversión al Ayuntamiento demandado, éste pasa a prestarla en su

8 Informe 31/1999, de 30 de junio de 1999.

9 Dictamen de 29 de junio de 2005.

10 Resolución 75/2013, de 14 de febrero, y 965/2015, de 23 de octubre.

11 SSTs, Cont-Adm, 16 marzo 2015 (rec. 1009/2015), 8 junio 2016 (rec. 1602/2015) ó 18 junio 2019 (rec. 702/2016).

12 Rec. 2629/2016.

13 Rec. 3533/2015.

14 Rec. 84/2022.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

integridad con su propio personal municipal y medios, sin que finalmente figure constatada la transmisión de éstos. El Ayuntamiento no asume tampoco a una parte significativa de la plantilla del personal laboral de la empresa concesionaria o contratista (si lo hubiera hecho se estaría ante un caso de “sucesión de plantilla”, que es un supuesto de cambio de titularidad de empresa laboral “desmaterializada” encuadrable, con todas sus consecuencias, en la Directiva 2001/23/CE y en la normativa de interna de transposición principalmente, a saber, el vigente art. 44 ET y normas concordantes). La entidad económica (organización empresarial de textura abierta, pues comprende tanto a las transmisiones de empresas “materializadas” como a empresas “desmaterializadas”), basada fundamentalmente en los trabajadores *como parte de la organización*, no mantiene su identidad si el nuevo empresario que prosigue con la actividad no se hace cargo de una parte esencial o significativa de esos trabajadores o empleados¹⁵.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de reversión de servicios públicos locales, donde una empresa municipal, cuyo único accionista es un municipio, se disuelve mediante acuerdo del órgano ejecutivo de ese municipio, y cuyas actividades se transfieren parcialmente a dicho municipio y pasan a ser ejercidas directamente por éste, y parcialmente a otra empresa municipal reconstituida a tal fin, de la que el propio municipio es el único accionista (asunto *Piscarreta Ricardo*), recordando que para que proceda la subrogación, aunque afecte a un trabajador en excedencia, es necesario que la transmisión recaiga sobre una unidad económica que mantenga su identidad tras su adquisición por el nuevo empresario y que para valorar esta exigencia “deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades”¹⁶.

Todo ello sin olvidar que el art. 130.3 LCSP prevé la obligación de subrogación de la Administración en los supuestos de reversión no sólo cuando derive de una norma de rango legal en referencia a lo previsto en el art. 44 ET sino también cuando lo disponga “un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”¹⁷. Ahora bien, las cláusulas convencionales sectoriales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin más, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos¹⁸; es decir, el convenio colectivo “ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”¹⁹, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no

15 Reitera doctrina de las SSTs 8 junio 2021 8rec. 30004/2018) y 16 julio 2020 (rec. 123/2019).

16 STSJCE de 20 de julio de 2017, asunto C-416/16.

17 Hay que tener en cuenta que la sucesión de empresa no sólo se puede producir por la vía de transmisión de infraestructura productiva, sino también por sucesión de plantillas, sea por convenio colectivo, o sea por asunción de una parte significativa de la plantilla de la empresa contratista o concesionaria.

18 Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

19 STS, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996).

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

obligaría a la Administración²⁰. La empresa concesionaria o contratista es, pues, quien debe proceder a la extinción de los contratos y al abono de las indemnizaciones, máxime cuando el Tribunal Supremo ha cambiado doctrina en relación con la posibilidad de que en alguna Corporación Local de escasas dimensiones fuera el convenio colectivo de sector el que regulara las condiciones de trabajo de los trabajadores no funcionarios²¹.

Cabe plantear el interrogante relativo a si la LCSP da soporte legal a la posibilidad de que los convenios de las Administraciones Públicas y sus empleados laborales pueden incluir cláusulas de subrogación respecto de los trabajadores de las anteriores empresas contratistas en los supuestos de reversión. En primer lugar, podría deducirse que la no afectación de estos últimos por los instrumentos de negociación previstos en el EBEP implicará el carácter no obligatorio para ellos, debiendo estar a los efectos de una subrogación contractual que requiere el consentimiento de los trabajadores, exigencia que en la práctica no supondría problema alguno para el colectivo de trabajadores y menos aún para la empresa cedente que, aunque no le vincula el convenio, evitaría así la eventual extinción de los contratos y el pertinente pago de las indemnizaciones. Ahora bien, aceptar esta hipótesis implicaría que las Administraciones Públicas, a través de la autonomía colectiva, pueden comprometerse voluntariamente con los representantes de los empleados públicos —en supuestos extramuros del art. 44 ET— a integrar en su plantilla al personal asalariado de las empresas contratistas sin la debida observancia de los principios de mérito y capacidad reconocidos en la CE ni de los procedimientos selectivos previstos en el EBEP, de manera que el convenio vulnera la norma constitucional y otra de rango legal de derecho necesario absoluto. Por la misma razón tampoco podría admitirse un acuerdo sobre materias concretas a nivel de la propia Administración o uno de sus centros, ni tampoco un acuerdo interprofesional, supuesto este último en el que se une además una falta de asociaciones más representativas de empleadoras públicas o la imposibilidad de afiliarse a las ya existentes, ni tampoco, a la postre, un acuerdo sectorial público, donde también es muy difícil instrumentar la representatividad por la parte empleadora.

Dentro de los contornos señalados, surge, a la postre, una duda sustancial sobre la cualidad en la que se produce tal incorporación, en los casos en los que efectivamente proceda, sin que la categoría de “personal indefinido no fijo” sea una solución satisfactoria a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²², pues no aseguran adecuadamente el principio de estabilidad en el empleo. Sin embargo, recientemente el Tribunal Supremo ha rectificado doctrina previa en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 2022, donde se aborda la decisión de una Corporación Municipal de subrogarse en el contrato de trabajo de una trabajadora de una empresa privada (asistencia domiciliaria), pero advirtiendo que no podía reconocer la fijeza preexistente, ya que no había superado pruebas para acceder a un empleo público, correspondiendo la consideración como “personal indefinido no fijo”. El Alto Tribunal entiende, sin embargo, que cuando una Administración Pública se subroga, por transmisión de empresa, en un contrato de trabajo que tenía carácter fijo, debe mantenerse esa condición y no es adecuado imponer la categoría de personal indefinido no fijo porque no concurre ninguna irregularidad que avale esta conclusión. Ahora bien, introduce un importante matiz: la fijeza no está adquirida incondicionadamente en todo

20 SSTs, Social, 21 abril 2015 (rec. 91/2014) y 28 marzo 2018 (rec. 940/2016).

21 STS, Social, 6 mayo 2019 (rec. 409/2018).

22 SSTJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto *Catia Correia Moreira y Municipio de Portimao*, 11 de febrero de 2021, C-760/18, asunto *Agios Nikolaos* y 3 de junio de 2021, C-726/2019, asunto *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

el ámbito de la Administración empleadora, sino funcionalmente limitada al objeto de la transmisión y sin perjuicio de que puedan acaecer otro tipo de vicisitudes *a posteriori*.

ULTIMAS NOVEDADES NORMATIVAS:

LEY 31/2022, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL Estado para 2023

El art. 20.Uno regula la oferta de empleo público, definida como el instrumento de plasmación del ejercicio de la planificación en un marco plurianual que pauta la incorporación de personal de nuevo ingreso con una relación indefinida en el sector público. Su configuración se llevará a cabo a través de la tasa de reposición de efectivos, herramienta con la que se concreta la planificación y se le otorga dimensión en términos de efectivos con respecto de la plantilla actual. Con carácter general, esta tasa, en los sectores prioritarios (educación; sanidad; Fuerzas Armadas en relación con las plazas de militares de carrera y militares de complemento; control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y en materia de Seguridad Social, y del control de la asignación eficiente de los recursos públicos; asesoramiento jurídico y gestión de los recursos públicos; Letrados de la Administración de Justicia y de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; servicios de prevención y extinción de incendios; ámbito de la I+D+i; Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad, de profesores contratados doctores de Universidad y de personal de administración y servicios de las Universidades; seguridad aérea, seguridad marítima y seguridad y operaciones ferroviarias y portuarias; Administración Penitenciaria; Escala Superior del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica del Consejo de Seguridad Nuclear; Acción Exterior del Estado; servicios sociales, transporte público, seguridad y emergencias, atención a los ciudadanos en los servicios públicos y gestión de prestaciones y políticas activas en materia de empleo; área de las tecnologías de la información y las comunicaciones; así como supervisión e inspección de los mercados de valores) será del 120 por cien y en los demás sectores del 110 por cien, sin perjuicio de los procesos de estabilización derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Ahora bien, las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las plazas de personal interino por vacante y personal laboral temporal por vacante nombradas en el año 2023. En todo caso, las vacantes ocupadas por este personal deberán incluirse en la Oferta de Empleo Público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

Estas reglas generales se completan algunos añadidos específicos. Así: a) Las entidades locales que tuvieran amortizada su deuda financiera a 31 de diciembre del ejercicio anterior tendrán un 120 por cien de tasa en todos los sectores; b) Será del 125 por ciento para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuerpos de Policía Autónoma y Policías Locales; c) En los Organismos Públicos de Investigación de la Administración del Estado, se autorizan además 30 plazas para la contratación de personal investigador como laboral fijo; d) Dentro del límite de la tasa de reposición correspondiente a los Cuerpos de Catedráticos de Universidad y de Profesores Titulares de Universidad y a los profesores contratados doctores, cada Universidad estará obligada a destinar, como mínimo, un 15 por ciento del total de plazas que oferte, a la incorporación, en aquella categoría para la que esté acreditado, de personal investigador doctor que haya obtenido el certificado I3 dentro del marco del Programa Ramón y Cajal; e) Las plazas de profesor contratado doctor que queden vacantes como consecuencia del acceso a un Cuerpo docente universitario, se podrán incluir en la tasa de reposición del ejercicio siguiente; f) La tasa de reposición de uno o varios sectores o colectivos prioritarios se

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

podrá acumular en otros sectores o colectivos prioritarios. Igualmente, la tasa de reposición de los sectores no prioritarios podrá acumularse en los sectores prioritarios. Las entidades locales que tuvieran amortizada su deuda financiera a 31 de diciembre del ejercicio anterior podrán acumular su tasa de reposición indistintamente en cualquier sector; g) Las Administraciones Públicas podrán ceder tasa a las Universidades de su competencia y las Universidades Públicas podrán cederse tasa entre ellas, con autorización de las Administraciones Públicas de las que dependan. h) En cambio, no se autoriza la cesión de tasa de reposición de las Administraciones Públicas a sus sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y fundaciones, aunque sí se podrá ceder tasa de reposición a los consorcios por parte de las Administraciones y demás entidades que participen en el consorcio. i) Como excepción, el sector público podrá ceder parte de su tasa de reposición a las fundaciones públicas que tengan la condición de agentes de ejecución del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación o que realicen proyectos de investigación, siempre que la tasa de reposición que se ceda se dedique a los citados proyectos

En todo caso, la Oferta de Empleo Público deberá atenerse a las disponibilidades presupuestarias del capítulo correspondiente a los gastos de personal del presupuesto de gastos.

Para calcular la tasa de reposición de efectivos el porcentaje de tasa máximo autorizado se aplicará sobre la diferencia entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en el referido ejercicio, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo. A estos efectos se computarán los ceses por jubilación, retiro, fallecimiento, renuncia, declaración en situación de excedencia sin reserva de puesto de trabajo, pérdida de la condición de funcionario de carrera o la extinción del contrato de trabajo, o en cualquier otra situación administrativa que no suponga la reserva de puesto de trabajo o la percepción de retribuciones con cargo a la Administración en la que se cesa.

La validez de la tasa autorizada estará condicionada, de acuerdo con el art. 70 EBEP: a) A que las plazas se incluyan en una Oferta de Empleo Público que deberá ser aprobada por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas y publicarse en el boletín oficial de la provincia, de la comunidad autónoma o, en su caso, del Estado, antes de la finalización de cada año; b) A que la convocatoria de las plazas se publique en el diario oficial de la provincia, comunidad autónoma o, en su caso, del Estado, debiendo asegurar su ejecución en el plazo máximo de tres años.

Las plazas no cubiertas durante la ejecución de una convocatoria podrán convocarse nuevamente siempre que no hayan transcurrido más de tres años desde la publicación de la Oferta de Empleo Público que las hubiera autorizado.

No computarán para la tasa de reposición y, por tanto, no se tendrán en cuenta para su cálculo: a) Las plazas que se cubran como consecuencia de la incorporación de personal en ejecución de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores. b) Las plazas que se convoquen por promoción interna, ni los ceses derivados de dichos procesos, salvo los supuestos de acceso por este sistema al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, en los términos previstos en el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. c) Las plazas correspondientes al personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial. d) Las plazas destinadas a la cobertura de las plantillas máximas autorizadas para militares de Tropa y Marinería. e) Las convocatorias de plazas de personal fijo que se dirijan de forma exclusiva a militares profesionales de tropa y marinería que se encuentren en los últimos diez años de su compromiso de larga duración y a los reservistas de especial disponibilidad que se encuentren percibiendo,

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

hasta el momento de la publicación de las convocatorias, la asignación por disponibilidad prevista en el artículo 19.1 de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería. f) Las plazas necesarias para la puesta en marcha y funcionamiento de nuevos servicios cuyo establecimiento venga impuesto en virtud de una norma estatal, autonómica o local. g) En los servicios públicos que pasen a ser prestados mediante gestión directa, el número de plazas que las empresas externas destinaban a la prestación de ese servicio concreto. h) Las plazas de personal de los servicios de prevención y extinción de incendios que, estando dotadas presupuestariamente, sean necesarias para dar cumplimiento a las previsiones legales o reglamentarias sobre la prestación de dichos servicios, su creación, organización y estructura. i) Las plazas dotadas presupuestariamente de personal de los cuerpos de policía autonómica, dentro del límite aprobado por la Junta de Seguridad correspondiente.

LIMITACIONES AL RECLUTAMIENTO TEMPORAL EN EL SECTOR PÚBLICO

El art. 20.Cinco establece una serie de limitaciones al reclutamiento temporal, de manera que la contratación de personal laboral, así como los nombramientos de personal funcionario y estatutario habrán de realizarse con carácter fijo, indefinido o permanente, según proceda. No se podrá contratar personal temporal, ni realizar nombramientos de personal estatutario temporal y de personal funcionario interino excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, en los supuestos y de acuerdo con las modalidades previstas por el ET, en su redacción dada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, el EBEP, en su redacción dada por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre.

En el sector público estatal están sujetos a la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de la Secretaría de Estado de Función Pública, previo informe preceptivo de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos sobre el impacto presupuestario: a) La contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal. b) La contratación de personal fijo o temporal en el extranjero con arreglo a la legislación local o, en su caso, legislación española.

MODIFICACIONES EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

La disposición final 24ª LPGE/2023 modifica en tres ocasiones el EBEP, a saber:

- 1.- En primer lugar, se suprime el último párrafo del apartado 2 del art. 32, que establecía la definición de “causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas” a los efectos de permitir, con carácter excepcional y por causa grave, la suspensión o modificación por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas del cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos de aplicación al personal laboral. Se mantiene la obligación de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación
- 2.- En segundo término, se suprime el último párrafo del apartado 10 del art. 38, que realiza la misma operación para los pactos y acuerdos de personal funcionario.
- 3.- En tercer lugar, se modifica la disposición adicional séptima, estableciendo una regulación ad hoc de los planes de igualdad, con el fin de aquilatar los términos de este instituto en el marco del sector público.

Así, el plan se aprobará al inicio de cada legislatura y se desarrollará en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario.

Establecerá los objetivos a alcanzar en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público, así como las estrategias o medidas a adoptar para su consecución.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

Será objeto de negociación, y en su caso acuerdo, con la representación legal de los empleados públicos en la forma que se determine en la legislación sobre negociación colectiva en la Administración Pública y su cumplimiento será evaluado con carácter anual.

En el plazo de 3 meses se creará un Registro de Planes de Igualdad, adscrito al departamento con competencias en materia de función pública, al que deberán remitir las distintas Administraciones públicas sus planes de igualdad, así como sus protocolos que permitan proteger a las víctimas de acoso sexual y por razón de sexo, para un mejor conocimiento, seguimiento y transparencia de las medidas a adoptar por todas las Administraciones Públicas en esta materia.

ANULACIÓN DE LA EXCLUSIÓN DE LA COMPETENCIA DEL ORDEN SOCIAL EN RECLAMACIONES FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN FASES PREVIAS A LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL LABORAL

Aunque en realidad no se trata de una novación legislativa propiamente dicha, procede dar cuenta de la anulación por el Tribunal Constitucional de la disposición final vigésima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022 que excluía la competencia del orden social para dilucidar sobre las reclamaciones frente a actos administrativos dictados en fases previas a la contratación de personal laboral.

El incumplimiento de los principios rectores en la selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas (mérito y capacidad), en la medida en que son concreción del principio de igualdad de trato del Art. 14 de la CE, constituye una transgresión de un derecho fundamental, posibilitándose así el recurso de amparo constitucional (aunque se trate de personal laboral y no de personal funcionario) y, con anterioridad a la promulgación de la Ley 36/2011, de 19 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), la demanda a través del procedimiento preferente y sumario previsto en el Art. 53.2 de la CE ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de la clásica “*doctrina de los actos separables*” reconocida en su día en la Ley de Contratos en el Sector Público, mediante la cual la utilización del Derecho Privado por parte de las Administraciones Públicas no impide la aplicación del Derecho Administrativo en el proceso de formación de su voluntad contractual, con la consiguiente competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para el eventual control de la legalidad administrativa de la citada formación de la voluntad contractual²³.

Ahora bien, a raíz de la promulgación de la LRJS, cuyo art. 2 a) atribuye al orden social “*las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición*”, la jurisprudencia se había debatido entre la entre apreciar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (mayoritariamente hasta 2020) y el social (mayoritariamente desde 2020 a la luz del Auto de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020 y de la Sentencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo de 11 junio (rec. 132/2018). Terciando en esta controversia, la Ley 22/2021, de presupuestos generales del Estado para 2022 (en adelante LPGE/2022), en su disposición final vigésima introduce una nueva letra g) en el art. 3 LRJS para excluir de la competencia de este orden jurisdiccional el conocimiento de “Los 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”. Ahora bien, el Tribunal Constitucional en

23 SALA FRANCO, T.: *El personal laboral del sector público*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, p. 23.

EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS REFORMAS DE 2021

Sentencia 145/2022, de 15 de noviembre de 2022, ha estimado el recurso de inconstitucionalidad planteado y expulsado esta modificación legal por exceder del contenido material propio de una Ley de Presupuestos, con retorno a la jurisdicción social de las cuestiones relativas al acceso libre al empleo público laboral.

Supuestos prácticos a realizar en clase:

Supuesto A.- Dña Alicia fue nombrada para desempeñar el puesto de trabajo de agente de policía local en el Ayuntamiento de León, puesto que vino desempeñando desde el 1 de junio de 2005, con nombramiento de funcionaria interina. El cese se produjo el día 25 de agosto de 2022, por la toma de posesión como funcionario de carrera de un aspirante que había superado las pruebas selectivas que contenía una convocatoria de acceso al cuerpo de funcionarios públicos de la policía local en que se incluyó la plaza que venía desempeñando Dña. Alicia, quien se presentó también a las pruebas pero no las superó ¿El acceso a la plaza de funcionaria interina ha sido conforme a derecho? ¿El cese en la plaza de funcionaria interina ha sido conforme a derecho? ¿Tiene derecho a indemnización? ¿Y si en lugar de funcionaria interina hubiera sido laboral interina tendría derecho a indemnización?

Supuesto B.- Una Administración Autónoma formula una convocatoria urgente de funcionarios interinos para trabajar presencialmente en el marco de la emergencia de la salud pública ocasionada por la Covid-19 y los incesantes rebrotes (cuerpo general de auxiliares administrativos). Las bases de la convocatoria sólo exigen como único mérito y criterio de selección que la solicitud se remita a una dirección de correo electrónico y tenga entrada antes de que se adjudiquen las plazas que se ofertan. Expresamente indica la convocatoria que la adjudicación de las plazas se realizará de oficio por la Administración, por riguroso orden de entrada de las solicitudes completas en la dirección de correo electrónico indicadas. ¿Es ajustada a derecho la convocatoria de funcionarios interinos? ¿Está debidamente acreditada la urgencia? ¿Respetan los principios de mérito y capacidad?

Supuesto C.- Dña Patricia ha sido contratada como técnico del servicio de calidad del Ministerio de Industria mediante un contrato de sustitución por vacante el día 2 de enero de 2017. El Ministerio publicó las bases de la convocatoria el día 10 de marzo de 2022, teniendo previsto celebrar el día 11 de noviembre el tercer y último ejercicio. ¿Qué consecuencias conllevará este proceder?

Actividades (para resolver en clase):

Supuesto A) El Parador San Marcos de León quiere acometer una reforma integral manteniendo la estructura externa. La duración de las obras está prevista para 18 meses durante los cuales el Parador estará cerrado. ¿Se extinguirá el vínculo de los trabajadores? ¿Hay alguna otra alternativa?

Supuesto B) El Ayuntamiento de Villaquilambre (provincia de León) acude a su despacho profesional para plantear cómo puede cubrir las siguientes necesidades de personal de la oficina de atención al ciudadano, dado que sólo está integrada por tres personas: una, en suspensión del contrato por cuidado de hijo; otra, cumpliendo una sanción de empleo y sueldo de 60 días y una tercera necesita disfrutar vacaciones.

**EGAP. WEBINARIO O EMPREGO PÚBLICO LABORAL A LA LUZ DAS
REFORMAS DE 2021**