

# Dictamen

Sobre viabilidad de un proceso de consolidación en el marco del sector público instrumental de la Junta de Andalucía

---

emitido por  
José María Goerlich Peset y Remedios Roqueta Buj,  
doctores en Derecho  
y Catedráticos de Derecho del Trabajo (Universidad de Valencia)

---

València, a 22 de julio de 2021

UITA



# INDICE

<b>Toc77670732 ANTECEDENTES Y CUESTIONES PLANTEADAS.....</b>	<b>5</b>
1. OBJETO DEL DICTAMEN.....	5
2. HECHOS .....	5
3. CUESTIÓN PLANTEADA Y SISTEMÁTICA DE LA EXPOSICIÓN.....	5
<b>I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y NORMAS LEGALES EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y RELACIONES CON LAS NORMAS EUROPEAS.....</b>	<b>7</b>
1. CONDICIONANTES CONSTITUCIONALES Y LEGALES EN MATERIA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO .....	7
2. PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD, CAPACIDAD Y MÉRITO SOBRE LAS ENTIDADES PÚBLICAS SUJETAS AL DERECHO PRIVADO.....	9
2.1. Normas aplicables.....	9
2.2. Incertidumbres interpretativas.....	12
3. LA APORTACIÓN DEL DERECHO EUROPEO .....	14
3.1. 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 .....	14
3.2. La aplicación de la Directiva en el ámbito del sector público.....	15
3.3. La primacía del Derecho europeo y su alcance.....	18
<b>II. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA Y SU RÉGIMEN JURÍDICO .....</b>	<b>21</b>
1. ASPECTOS GENERALES .....	21
1.1. Agencias públicas.....	21
1.2. Sociedades mercantiles .....	22
1.3. Fundaciones .....	22
2. RÉGIMEN DE SELECCIÓN DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA .....	22
2.1. Agencias administrativas .....	22
2.2. Agencias públicas empresariales, agencias de régimen especial, sociedades y fundaciones del sector público.....	25
3. LA REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE ANDALUCÍA .....	26
<b>III. SOBRE LAS POSIBILIDADES DE INTERVENCIÓN NORMATIVA.....</b>	<b>29</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	29
2. SOBRE EL ALCANCE SUBJETIVO DE LA EXCEPCIONALIDAD .....	30
3. ¿ES POSIBLE RECURRIR A LA FIGURA DEL PERSONAL A EXTINGUIR? .....	32
3.1. Sobre la noción de personal a extinguir .....	32
3.2. El personal a extinguir como posibilidad a disposición de la administración autonómica .....	36
4. POSIBLES ACTUACIONES SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS.....	42
4.1. La jurisprudencia constitucional sobre los procesos de consolidación de empleo público.....	42
4.2. Posibles actuaciones concretas .....	46
A) Requisitos formales de la selección en procesos restringidos.....	46
B) Posibilidades de configuración de sistemas de selección específicos.....	46
5. EL IMPACTO DEL REAL DECRETO-LEY 14/2021, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO.....	48
5.1. Los nuevos “procesos de estabilización de empleo temporal” .....	48
5.2. El ámbito de aplicación de las reglas del RD-l 14/2021.....	50
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>53</b>

UITA

# Antecedentes y cuestiones planteadas

## 1. Objeto del dictamen

Por la Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía (UITA) se nos solicita dictamen en relación con las posibilidades de consolidación del personal laboral del sector público instrumental de la Junta de Andalucía.

## 2. Hechos

Son hechos relevantes sobre los que debe versar el dictamen los siguientes:

- a) De acuerdo con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante, LAJA), la Junta de Andalucía se sirve de una serie de entidades instrumentales, de diferente naturaleza. Según su configuración, en ellas coexisten o no personal funcionario y laboral.
- b) Por lo que se refiere al personal laboral, en las diferentes entidades instrumentales que componen el sector público de la Junta de Andalucía coexisten trabajadores fijos, indefinidos no fijos y temporales. Entre estos últimos, existen situaciones variadas, si bien en muchos casos se han desbordado las previsiones de la normativa laboral que resulta aplicable.
- c) El sector público instrumental de la Junta de Andalucía fue reestructurado mediante la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, que implicó transformaciones de las entidades existentes (cambios de naturaleza, fusiones, supresión, etc.) con las consiguientes reasignaciones de efectivos.
- d) De acuerdo con los datos recopilados por la organización solicitante, en entidades públicas de diferente naturaleza existe un total de 15.408 trabajadores, de los cuales 2.350 han adquirido por diferentes vías la condición de personal indefinido no fijo. Existen, además, 726 trabajadores temporales, muchos de los cuales presentan vinculaciones temporales que exceden de tres años de duración.
- e) La Junta de Andalucía prepara una oferta pública de empleo extraordinario en el ámbito del sector público. Asimismo, está en marcha una reforma de la legislación de función pública (Anteproyecto de Ley de Función Pública de Andalucía).
- f) Según se nos informa verbalmente, las previsiones de las autoridades de la Junta es que la oferta extraordinaria de empleo público, por lo que se refiere al sector instrumental, no afecte a las contrataciones indefinidas anteriores a la LAJA de 2011. Afectaría a las contrataciones que se han producido con posterioridad a 2011, momento en el que se produjo la reordenación del sector público, así como a los que entonces se integraron como temporales.

## 3. Cuestión planteada y sistemática de la exposición

UITA se hace eco de las preocupaciones de los trabajadores indefinidos no fijos o temporales en el ámbito del sector público instrumental de la Junta de Andalucía. En

concreto, su interés se centra en evitar que una oferta masiva de plazas en una futura OPE extraordinaria obligue a personas con largas carreras profesionales a participar en procesos selectivos convencionales y les exponga a perder el empleo. A estos efectos, nos sugieren que analicemos posibilidades para eliminar este riesgo, bien a través de la reconstrucción de una situación de personal a extinguir, similar a la que se ha utilizado para resolver problemas de este tipo en algunas Comunidades Autónomas, bien por medio del análisis de posibles formas de acceso que lo reduzcan.

Para dar respuesta a estas cuestiones, nuestro propósito es analizar por este orden las siguientes cuestiones:

1. Analizaremos, en primer lugar, los condicionantes y fundamentos que puedan existir para el desarrollo de actuaciones como las defendidas por UITA. Ello obliga al análisis de las normas aplicables y de la jurisprudencia constitucional y europea que pueda estar implicada.
2. Estudiaremos, en segundo lugar, el marco jurídico aplicable a las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, haciendo hincapié en las reglas sobre selección de personal. Se considerará particularmente, por otro lado, el impacto que pueda haber tenido la reestructuración sobrevenida del sector público.
3. Finalmente, veremos los concretos márgenes de actuación que quedarían abiertos para resolver los problemas planteados.

# I. Principios constitucionales y normas legales en materia de acceso al empleo público: ámbito de aplicación y relaciones con las normas europeas

Con carácter preliminar, conviene hacer alguna reflexión de alcance general sobre las reglas que regulan el acceso al empleo público a fin de determinar los límites dentro de los que cabe concebir actuaciones como las que motivan este dictamen.

## 1. Condicionantes constitucionales y legales en materia de acceso al empleo público

Conviene, de entrada, recordar, siquiera brevemente, las grandes coordenadas en las que se mueve nuestro Derecho interno en relación con el acceso al empleo público. Por un lado, la Constitución establece, en la sección dedicada a derechos fundamentales y libertades públicas, el derecho de los ciudadanos «*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*» (art. 23.2 CE). Por su parte, el art. 103.3 CE confía a la ley la tarea de regular «*el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*».

Sobre la base de estos principios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado un extenso cuerpo doctrinal respecto de los requisitos que deben cumplir los procesos que posibilitan el acceso definitivo a la función pública y a los puestos de personal laboral. Sin entrar en muchos detalles, cabría destacar las siguientes ideas:

- 1) El derecho de acceso en condiciones de igualdad del art. 23.2 impide «*la integración automática de determinados grupos en la función pública (STC 302/1993, de 21 de octubre), así como, en principio y salvo excepciones, las llamadas «pruebas restringidas» para el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero)*» (STC 111/2014, de 26 de junio; véase también STC 238/2015, de 19 de noviembre).

Las exigencias de la igualdad en el acceso se proyectan también sobre el establecimiento de requisitos para la participación en los procesos selectivos, así como en el tratamiento de los participantes. La extensa doctrina sobre este particular ha sido resumida en la STC 27/2012, de 1 de marzo, en relación con el alcance que cabe asignar a la previa experiencia en las funciones y/o puestos convocados, bien como requisito de participación bien como mérito a valorar en el proceso.

Sintéticamente, el TC entiende que las normas que regulan estos procesos no pueden establecer «*diferencias entre los participantes carentes de justificación objetiva y razonable y que no sean desproporcionadas, que los requisitos de acceso y criterios de selección se dispongan en términos generales y abstractos, y además, que estén referidos a los principios de mérito y capacidad*».

- 2) Eso sí, «*en determinados supuestos extraordinarios se ha considerado acorde con la Constitución, que en procesos selectivos de acceso a funciones públicas*

*se establezca un trato de favor en relación a unos participantes respecto de otros. Esta excepción a la regla general se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquellos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) a pruebas en las que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración, pero en uno y otro caso, ha existido siempre justificación de las singulares y excepcionales circunstancias que de manera expresa se explicaban en cada una de las convocatorias (SSTC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, o 107/2003, de 2 de junio)».*

Todos estos criterios se encuentran, en fin, concretados en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Tras insistir, en su art. 55.1, en los indicados principios, esta disposición legal establece una ordenación general de los procesos de acceso. Aparte otras cuestiones que no interesan para este informe, el precepto clave es el art. 61, del que interesa destacar las siguientes reglas:

- 1) *«Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto»* (apartado 1).
- 2) Por lo que se refiere a la regulación de los procesos selectivos, se establecen criterios sobre la configuración de las pruebas que se prevean (art. 61.2) así como para la valoración de méritos que pudiera existir. Desde esta perspectiva, el art. 61.3 EBEP establece 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»*.

Como regla general, por lo que se refiere a los funcionarios de carrera, los sistemas selectivos serán los de oposición y concurso-oposición. *«Sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos»* (art. 61.6 EBEP).

- 3) Para el personal laboral fijo, deben ser utilizados los mismos sistemas, si bien el concurso de valoración de méritos no queda expresamente sujeto a las mismas restricciones (art. 61.7 EBEP). Es más, según el art. 39.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, *«la selección del personal laboral fijo, previa a la contratación, se realizará por el sistema de concurso, salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar o por el número de aspirantes, resulte más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición»*. Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 37.1.c) del EBEP incluye entre las materias susceptibles de negociación

colectiva «*las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión...*». Referencias que hay que poner en relación con los regímenes previstos en los Capítulos II del Título III, I del Título IV y III del Título V del EBEP. Y, de este modo, el sistema de concurso puede venir impuesto por el convenio colectivo aplicable<sup>1</sup>.

Por lo demás, resulta necesario reseñar que las normas contenidas en el EBEP tienen carácter básico a los efectos del art. 149.1.18ª CE (cfr. disp. final 1.ª EBEP). Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha asignado sin problema tal carácter básico a las previsiones establecidas en los arts. 55 ss. en relación con el acceso al empleo público (por todas, STC 238/2015, de 19 de noviembre). Y, como no podía ser de otra manera y hemos visto en los apartados anteriores, se incorporan a la legislación autonómica andaluza, tanto respecto de su Administración, entendida en sentido estricto, como en relación con el sector público instrumental.

## 2. Proyección de los principios de igualdad, capacidad y mérito sobre las entidades públicas sujetas al Derecho Privado

### 2.1. Normas aplicables

En otro orden de consideraciones, es preciso tener en cuenta que las exigencias que acaban de ser comentadas no se proyectan por igual sobre todas las entidades públicas. Y ello puede tener relevancia en relación con el personal al que se refiere este dictamen.

De acuerdo con el art. 2.1 del EBEP, este *“se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:*

- a) La Administración General del Estado.*
- b) Las Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.*
- c) Las Administraciones de las entidades locales.*
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.*
- e) Las Universidades Públicas”.*

Quedan fuera del ámbito de aplicación del EBEP, otras entidades de titularidad pública cuyo funcionamiento se reconduce al derecho privado.

A estas entidades, no se les aplica el conjunto de las reglas del EBEP por lo que se refiere al acceso al empleo público sino que existe un régimen específico establecido en su DA 1.ª, en cuya virtud, *«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».*

---

<sup>1</sup> STS (CA) de 28 de mayo de 2020 (Rec. 362/2018).

Se trata, sin embargo, de una sujeción a los principios y no a su concreción legal que, además, se limita a los que se deducen de algunas de las reglas establecidas en esta materia. En efecto, el legislador remite al derecho privado la regulación de las relaciones con el personal laboral al servicio de las entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones públicas, sin perjuicio de que la selección de personal (con excepción del personal directivo) a principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, lo que de suyo no supone en absoluto el establecimiento de un régimen de acceso que haya de integrarse en el ámbito del Derecho Público. Ello tiene, según la jurisprudencia<sup>2</sup>, las siguientes consecuencias:

- No es de aplicación a estos entes la normativa que se contiene en el Capítulo I del Título IV del EBEP, pues su personal no se halla comprendido en las previsiones de su art. 2.1.
- Por consiguiente, la concreción de los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad en el acceso corresponde a la específica normativa reguladora de las sociedades o fundaciones públicas o a la negociación colectiva. En su defecto, dicha concreción queda en manos de los correspondientes órganos de gestión de la sociedad o de la fundación a través de las «bases» de cada convocatoria, negociadas o no con la representación de los trabajadores. En cualquier caso, el margen de maniobra es extraordinariamente amplio, sobre todo en materia de sistemas selectivos.
- La convocatoria y provisión de puestos de trabajo en las entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones públicas no está sometida a normas de derecho administrativo sino de derecho privado, más concretamente, de derecho laboral, lo que fundamenta la atribución de competencia para el conocimiento de las pretensiones deducidas en estas materias al orden social de la Jurisdicción.

En realidad, la aplicación de los principios de selección propios del empleo público en el ámbito de las entidades públicas no comprendidas en el art. 2 EBEP se relaciona con la existencia de específicos imperativos legales al respecto. Así se deduce de la jurisprudencia social que se ha ocupado de los efectos de las contrataciones temporales irregulares en este tipo de entidades. Es verdad que ha acabado por prevalecer a partir de la sentencia de 20 de enero de 1998 (Rec. 317/1998), sobre la base de la imposición legal de los mismos principios que se aplican en las Administraciones Públicas, que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el carácter de indefinida, aplicándosele la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Sin embargo, es la propia exigencia legal la que justifica este resultado. Así se advierte, entre otras, en las SSTS de 18 de junio de 2020 (Recs. 2005/2018 y 1911/2018), que afirman lo siguiente<sup>3</sup>:

---

<sup>2</sup> SSTS de 8 de marzo de 1996 (Rec. 1731/1995), 17 de julio de 1996 (Rec. 3287/1995), 17 de mayo de 1999 (Rec. 1057/1998), 25 de julio de 2006 (Rec. 2969/2005), 7 de febrero de 2007 (Rec. 309/2005) y 11 de julio de 2012 (Rec. 3128/2011).

<sup>3</sup> En el mismo sentido, las SSTS de 2 de julio de 2020 (Recs. 1906/2018 y 4195/2017), 10 de septiembre de 2020 (Rec. 3678/2017), 17 de septiembre de 2020 (Rec. 1408/2018), 26 de enero de 2021 (Rec. 71/2020), 10 de febrero de 2021 (Rec. 451/2019), 17 de febrero de 2021 (Rec. 2945/2018), 29 de abril de 2021 (Rec. 2386/2018) y 5 de mayo de 2021 (Rec. 1405/2019).

*«La resolución de la controversia litigiosa requiere partir de que AENA no es una Administración pública, ni una entidad de derecho público. Pero el contrato de trabajo indefinido no fijo no se aplica exclusivamente a las Administraciones públicas ni a las entidades de derecho público sino que también opera en las entidades del sector público en las que el acceso se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP. Cuando el EBEP ha querido referirse a las entidades del sector público lo ha hecho así expresamente. **La mentada disposición adicional amplía la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad a las «entidades del sector público estatal».** Estos principios se aplican a entidades que no están mencionadas en el art. 2 del EBEP. El concepto jurídico «entidad del sector público estatal» incluye entidades privadas que, de conformidad con el art. 2 del EBEP, integran el sector público institucional.*

*2. La relación laboral indefinida no fija tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. **Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades públicas cuya normativa prevé el acceso respetando los criterios de igualdad, mérito y capacidad».***

Los incisos destacados permiten, en este sentido, alcanzar la conclusión de que la exigencia de los principios de igualdad, capacidad y mérito más allá del ámbito estricto de las Administraciones Públicas deriva exclusivamente del designio del legislador. A las sociedades mercantiles públicas y al resto de entidades integrantes del sector público empresarial independientemente de que su ámbito sea estatal, autonómico o municipal, no le son aplicables los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución [SSTS de 6 de julio de 2016 (Recud. 229/2015), 18 de junio de 2020 (Recud. 1911/2018) o 18 de mayo de 2021 (Recud. 3135/2019)] Pero el hecho de que la Carta Magna solamente vincule el mérito y la capacidad con el acceso al empleo público no impide que normas con rango legal también puedan exigir el respeto de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleo en estas entidades, como ha hecho la disposición adicional 1ª en relación con el art. 55.1 del EBEP, ampliando el ámbito de aplicación de dichos principios.

Ahora bien, si esto es así, la aplicación de estos criterios sobre estas entidades públicas sujetas al derecho privado no parece automática. Parece más bien necesaria una específica previsión normativa en relación con los diferentes tipos de entidades públicas. Pues bien, aunque el régimen de las sociedades públicas estaba abierto a que en su normativa específica se llevase a cabo una aplicación selectiva de determinadas normas de Derecho Público en materia de selección de personal, como se infería de la DA 12.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la

Administración General del Estado, en relación con las sociedades estatales<sup>4</sup>, lo cierto es que hasta la entrada en vigor del EBEP ni las sociedades mercantiles ni las fundaciones del Sector Público Andaluz estaban obligadas a seleccionar al personal laboral no directivo por medio de convocatoria pública en medios oficiales y procesos selectivos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ciertamente, las normas en materia de selección de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública, no eran aplicables a las sociedades y fundaciones de titularidad pública. Estas disposiciones legales sólo se aplicaban a las Administraciones Públicas y sus «organismos autónomos» (art. 1.1 Ley 30/1984).

## 2.2. Incertidumbres interpretativas

Precisamente por ello la proyección del tratamiento de la contratación en las Administraciones al conjunto de las entidades del sector público no ha estado exenta de polémicas interpretativas. En efecto, las SSTs de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 2320/2013 y 2323/2013) entienden, bien que *obiter dicta*, que el personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, entendiéndose por tales a «*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, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas*» (art. 2.1 EBEP). Por ello, consideran que se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como «indefinidos no fijos», siendo ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador «indefinido no fijo» se halla en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública; elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados. Y, de ahí, que entiendan que los trabajadores indefinidos no fijos de AENA subrogados por «Aena Aeropuertos, SA» dejan de ostentar tal condición, al ser ésta una sociedad mercantil pública, por lo que constituye un despido la extinción de sus contratos por la cobertura de las plazas que ocupaban mediante las bolsas de trabajo, procedimiento en el que ni siquiera pudieron participar. Con mayor claridad y rotundidad se expresa en este sentido la STS de 6 de julio de 2016 (Rec. 229/2015) al afirmar que las normas que rigen el acceso a la función pública no son aplicables a las sociedades mercantiles públicas.

Sin embargo, la STS de 23 de noviembre de 2016 (Rec. 91/2016) cambia de criterio, al afirmar que la contratación del personal de una empresa propiedad de una

---

<sup>4</sup> SSTs de 11 de abril de 2006 (Rec. 1394/2005), 28 de marzo de 2007 (Rec. 5082/2005) y 12 de mayo de 2008 (Rec. 1956/2007), 21 de mayo de 2008 (Rec. 4607/2006), 24 de julio de 2008 (Rec. 3964/2007), 9 de octubre de 2008 (Rec. 4029/2007), 13 de octubre de 2008 (Rec. 3170/2007), 4 de diciembre de 2008 (Rec. 4592/2007), 12 de diciembre de 2008 (Rec. 1199/2008), 19 de enero de 2009 (Rec. 1066/2007), 22 de enero de 2009 (Rec. 1636/2008), 26 de enero de 2009 (Rec. 364/2008), 29 de enero de 2009 (Rec. 326/2008), 3 de abril de 2009 (Rec. 773/2007) y 26 de mayo de 2009 (Rec. 2198/2008).

Administración Pública ha de estar sometida a los principios de igualdad, publicidad y mérito y de ahí que la atribución de fijeza a sus empleados, incluidos los que adquieren tal condición por la vía del art. 43.4 del ET, requiera cuando menos de la superación de un concurso de méritos<sup>5</sup>. Planteamiento que el Tribunal Supremo ha venido a confirmar recientemente en las ya citadas sentencias en las que se prevé la presencia de trabajadores indefinidos no fijos en este tipo de entidades públicas<sup>6</sup>.

De hecho, la incertidumbre interpretativa solo parece haberse cerrado en fecha bien reciente. En este sentido, cabe traer a colación la STS de 17 de febrero de 2021 (Recud. 2945/2018), en cuya virtud *«las sentencias de esta Sala que la parte recurrente menciona sostuvieron que era difícil sostener que el personal de una sociedad de derecho privado pudiera ser calificado como indefinido no fijo, al ser ésta una calificación jurisprudencialmente establecida para garantizar la situación de quienes prestaban servicios para entidades públicas, buscando preservar los principios que rigen el acceso a la función pública. Y, en particular, respecto de AENA, la condición de sociedad mercantil, pese a que su capital social sea de titularidad estatal, nos llevó a indicar que tal modalidad debía excluirse señalando que, precisamente, la negociación colectiva llevada a cabo en el proceso de traspaso de su anterior naturaleza de entidad pública a sociedad mercantil contenía una referencia a los indefinidos no fijos en la medida de que esta figura era posible con anterioridad al cambio de régimen jurídico de la empresa»*. Sin embargo, *«tal doctrina ha sido objeto de revisión y modificación por las STS/4ª/Pleno de 18 junio 2020 (rcuds. 1911/2018, 2005/2018 y 2811/2018) para declarar, en suma, que la figura del indefinido-no-fijo es también aplicable a las sociedades mercantiles estatales y que tal es el caso de AENA. Las indicadas sentencias han sido seguidas por la STS/4ª de 2 julio 2020 (rcud. 1906/2018), 10 septiembre 2020 (rcud. 3678/2017) y 17 septiembre 2020 (rcud. 1408/2018)»*.

Por supuesto, el cambio jurisprudencial habido sobre la materia no puede dar lugar a la posibilidad de replantear todos los asuntos decididos por sentencia firme en que se aplicó el criterio interpretativo precedente, pues ello llevaría al absurdo de terminar con la seguridad jurídica<sup>7</sup>. Ciertamente, no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, cuando se aplica la doctrina jurisprudencial del momento en que el litigio se resuelve. Antes al contrario, sí se produciría tal vulneración si el cambio de doctrina se aplicara a supuestos ya resueltos judicialmente, como sería el caso. En este

---

<sup>5</sup> En este sentido, la STS de 27 de febrero de 2020 (Rec. 85/2018) desestima la demanda colectiva en la que se solicitaba que a los trabajadores de una entidad pública empresarial, contratados como interinos por vacante, se les reconociera la condición de fijos o, subsidiariamente, indefinidos no fijos, en cumplimiento de las previsiones del convenio Colectivo que obligaba a la contratación indefinida. Se argumenta que las normas legales no permitían la contratación indefinida, por lo que se recurrió a la única forma de contratación legalmente posible, ya que se carecía de los presupuestos legales habilitantes para cubrir puestos de dotación estructural.

<sup>6</sup> SSTS de 18 de junio de 2020 (Recs. 2005/2018 y 1911/2018), 2 de julio de 2020 (Recs. 1906/2018 y 4195/2017), 10 de septiembre de 2020 (Rec. 3678/2017), 17 de septiembre de 2020 (Rec. 1408/2018), 26 de enero de 2021 (Rec. 71/2020), 10 de febrero de 2021 (Rec. 451/2019), 17 de febrero de 2021 (Rec. 451/2019), 29 de abril de 2021 (Rec. 2386/2018) y 5 de mayo de 2021 (Rec. 1405/2019).

<sup>7</sup> SSTSJ de Asturias de 9 de octubre de 2018 (Rec. 1697/2018) y 19 de febrero de 2019 (Rec. 2854/2018).

sentido, las SSTs de 1 de octubre de 2020 (Rec. 658/2019) y 11 de noviembre de 2020 (Rec. 1/2019) aprecian el efecto positivo de cosa juzgada de sendos pronunciamientos judiciales firmes del Tribunal de Justicia de Andalucía en los que, respectivamente, con anterioridad a la extinción del contrato de interinidad por vacante, se había declarado que la relación laboral era indefinida no fija, o se aprecia al reclamarse, por el procedimiento de conflicto colectivo, la nulidad de las cláusulas contractuales, en las que se contrató como indefinidos no fijos a un colectivo de trabajadores, a quienes se había reconocido por sentencia firme, que debían ser contratados como fijos o fijos discontinuos según se crearan las plazas.

### 3. La aportación del Derecho europeo

#### 3.1. 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

Aparte estos matices, para resolver las cuestiones que se nos plantean, no pueden perderse de vista las aportaciones del derecho europeo. En efecto, los datos resultantes del análisis del derecho interno (Constitución, legislación estatal, legislación autonómica) han de ser completados con los que se originan en el ámbito europeo. Nos referimos, fundamentalmente, a las previsiones 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 –aunque también podrían ser de aplicación en ciertos casos (reversiones) las 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad–.

La Directiva 1999/70/CE incorpora el acuerdo alcanzado entre los interlocutores sociales a nivel europeo, cuyo objeto es doble, según su cláusula 1.<sup>a</sup>:

- a) mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación;*
- b) establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada.*

De acuerdo con la cláusula 5.1, este segundo objetivo obliga a los Estados miembros a «prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros», mediante la introducción de «una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- 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».*

La Directiva no establece una regulación específica de las garantías que deben establecerse en los casos ni, en particular, impone a los Estados miembros una

obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada<sup>8</sup>. A falta de normativa de la Unión en la materia, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo ha entendido que deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno si bien no pueden hacerlo con entera libertad puesto que, en los casos de utilización abusiva de la contratación de duración determinada, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión<sup>9</sup>. En este sentido, hay que tener presente que, según el artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben «[adoptar] *todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados fijados por [dicha] Directiva*».

### 3.2. La aplicación de la Directiva en el ámbito del sector público

Conviene notar, por otro lado, que las Administraciones Públicas y restantes empleadores del sector público no quedan exceptuadas de la aplicación de la Directiva. En esta línea, según reiterada jurisprudencia, dichas disposiciones se aplican al personal temporal que presta servicios para las Administraciones Públicas, ya sea en régimen de laboral como en régimen de Derecho administrativo; y también con independencia de los sectores de actividad en los que este personal preste sus servicios<sup>10</sup>. Asimismo, se ha descartado que consideraciones puramente económicas puedan justificar la inexistencia, en el Derecho nacional, de medidas destinadas a prevenir y sancionar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada, lo que es particularmente relevante en relación con las normas internas que, a resultas de la situación de crisis, han introducido restricciones en materia de empleo público<sup>11</sup>.

Esta aplicación de las normas de la Directiva en el ámbito público puede proceder incluso en los casos en que existen relaciones temporales formalmente unitarias, sin que se hayan producido contrataciones o nombramientos sucesivos. Es verdad que la cláusula 5.1 del Acuerdo marco se refiere, únicamente, a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada. Pero ello no impide que resulte de aplicación también en los casos en los que la existencia formal de una única relación laboral deriva precisamente del 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. Para el TJUE,

*«la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros o los interlocutores sociales no pueden excluir del concepto de «sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada», a efectos de dicha disposición, una situación en la que un empleado público nombrado*

<sup>8</sup> STJCE de 4 de julio de 2006, C-212/04, y STJUE 14 de septiembre de 2016, C-184/15 y C-197/15

<sup>9</sup> STJCE de 4 de julio de 2006, C-212/04, de 14 de septiembre de 2016, C-184/15 y C-197/15, y STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18.

<sup>10</sup> Así, las normas que nos ocupan son aplicables, por ejemplo, a los funcionarios interinos (STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10), al personal estatutario temporal eventual (STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-16/15) o al personal eventual (STJUE de 9 de julio de 2015, C-361/12).

<sup>11</sup> Al respecto, STJUE de 3 de junio de 2011, C-726/2019.

*sobre la base de una relación de servicio de duración determinada, a saber, hasta que la plaza vacante para la que ha sido nombrado sea provista de forma definitiva, ha ocupado, en el marco de varios nombramientos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años y ha desempeñado de forma constante y continuada las mismas funciones, cuando el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante y su relación de servicio haya sido prorrogada implícitamente de año en año por este motivo»<sup>12</sup>.*

Es esta una doctrina particularmente relevante en el ámbito público que admite vinculaciones temporales y no fijas cuyo término final viene delimitado precisamente por la convocatoria de los procesos selectivos correspondientes.

En otro orden de consideraciones, el TJUE ha entendido que la cláusula 5 del Acuerdo marco no se opone, como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público o, incluso, en función de la categoría laboral o administrativa en que esté incluido el empleado público afectado<sup>13</sup>. No obstante, para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada<sup>14</sup>. Recientemente, el auto TJUE de 30 de septiembre de 2020 (C-135/20), con cita de otras muchas resoluciones –que permiten entender que estamos ante doctrina consolidada hasta el punto de que es posible contestar la cuestión prejudicial mediante auto–, ha insistido en que

*«El artículo 5 del acuerdo marco ... debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que prohíbe absolutamente, en el sector público, la conversión de una sucesión de contratos de trabajo temporales en un contrato indefinido, siempre que esta normativa no prevea, para ese sector, otra medida eficaz para evitar y, en su caso, sancionar la celebración abusiva de sucesivos contratos de duración determinada».*

Por último, aunque no por ello menos importante, hay que poner de manifiesto las insuficiencias del sistema español de garantías frente a la utilización abusiva de nombramientos o contrataciones temporales por los empleadores públicos. Aunque existen reglas, tanto en el ámbito de las vinculaciones administrativas (cfr. art. 10.1 EBEP) como en el de las laborales –a las que resulta de aplicación el art. 15 ET–, dirigidas a prevenirla, es sumamente dudoso que tengan garantías suficientes, en los términos exigidos por la jurisprudencia europea. Con carácter general, la legislación

<sup>12</sup> STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18).

<sup>13</sup> STJUE de 14 de septiembre de 2016, C-184/15 y C-197/15.

<sup>14</sup> STJCE de 23 de abril de 2009, C-378/07 a C-380/07.

administrativa las centra en la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos en los términos del art. 70 del EBEP. Mas esta obligación no es en modo alguno absoluta –necesidad de previa «asignación presupuestaria»; normas coyunturales de limitación de la tasa de reposición–; ni su cumplimiento viene avalado por garantías suficientes. En este sentido, la STJUE de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C 429/18) ha resaltado que la organización de los procesos selectivos que tengan por objeto la provisión de las plazas no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de las relaciones de duración determinada ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión, ya que su aplicación no tiene ningún efecto negativo para ese empleador ni repara el abuso sufrido por la persona contratada:

*A mayor abundamiento, por lo que respecta al hecho de que la organización de procesos selectivos ofrece a los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada la oportunidad de intentar acceder a la estabilidad en el empleo, ya que, en principio, pueden participar en dichos procesos, este hecho no exige a los Estados miembros del cumplimiento de la obligación de establecer una medida adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de sucesivos contratos y relaciones laborales de duración determinada. En efecto, ... tales procesos, cuyo resultado es además incierto, también están abiertos a los candidatos que no han sido víctimas de tal abuso.*

*Por consiguiente, dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco.*

Por otro lado, en relación con el personal laboral temporal, parecen existir algunas garantías adicionales, a través de la consideración como indefinidos de los contratos temporales celebrados en fraude de ley al que se refiere el art. 15.3 del ET o que se reiteren en los términos establecidos en el art. 15.5 del ET. Sin embargo, por acción de la interpretación judicial o de las reglas especiales establecidas en el ámbito público (disp. adic. 15.ª ET), entre en estos casos en juego la figura del personal laboral indefinido no fijo, cuyas expectativas de empleo, a pesar de la evolución interpretativa, no son equivalentes a las del personal fijo. Aunque la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (C-184/15 y C-197/15) pareció entender que «*la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo marco*», la más reciente sentencia de 19 de marzo de 2020 (C-103/18 y C-429/18) parece corregir esta apreciación. Subraya a propósito de la transformación de los empleados públicos que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada en «indefinidos no fijos», que los propios juzgados remitentes consideran que esta medida no permite alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5.ª del Acuerdo Marco. En efecto, de los autos de remisión se desprende que

esta transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate cuando la plaza se cubra por reingreso del funcionario sustituido. Además, como han señalado los juzgados remitentes, a diferencia de la transformación, en el sector privado, de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido, la transformación de los empleados públicos con nombramiento de duración determinada en «indefinidos no fijos» no les permite disfrutar de las mismas condiciones de trabajo que el personal estatutario fijo.

### 3.3. La primacía del Derecho europeo y su alcance

Aparentemente, las directrices que emanan de la normativa interna colisionan con las que derivan del ordenamiento europeo. Cabría pensar, en este contexto, que las reglas internas que acaban de ser expuestas en materia de acceso al empleo público impiden el establecimiento de garantías específicas a favor de los interinos e indefinidos no fijos si han mantenido con sus Administraciones vinculaciones que pueden reputarse contrarias a los principios 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, puesto que ello contradiría nuestro propio texto constitucional. Sin embargo, esta conclusión no puede alcanzarse de forma automática en atención a dos consideraciones. En primer lugar, a nuestro juicio, una interpretación de estas características no resulta aceptable en atención a los criterios que articulan las relaciones entre normas europeas y normas internas. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público admiten diferentes concreciones legales. En este sentido, aunque los criterios interpretativos elaborados por el TC se han concretado en el EBEP de un cierto modo, no puede perderse de vista que la jurisprudencia del TC es mucho más articulada y permite desarrollos diferentes siempre que exista justificación suficiente y se haga por la vía formal adecuada.

Desarrollando ahora la primera idea, hay que señalar que, aun siendo cierto que nuestra Constitución ocupa una posición de supremacía en nuestro ordenamiento jurídico, la misma es compatible con la primacía que corresponde al derecho europeo. Tal compatibilidad descansa en la cesión de soberanía por nuestra parte (art. 93 CE) que actúa como fundamento de la primacía de las normas europeas. De este modo, la primacía no es de alcance general sino que se refiere a las competencias propias de la Unión y se entiende sin perjuicio de la posibilidad de su recuperación por el Estado español a través del procedimiento de retirada voluntaria de la Unión (declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre). En definitiva, *«el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea forma parte del acervo comunitario incorporado a nuestro ordenamiento en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, y su efecto vinculante se remonta a la doctrina iniciada por el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel (6/64, Rec. pp. 1253 y ss., especialmente pp. 1269 y 1270)»* y se ha *«aceptado la primacía del Derecho de la Unión Europea, en el ámbito competencial que le es propio, por la propia Constitución Española en virtud de su art. 93»* (STC 145/2012, de 2 de julio).

Pero si esto es así, no puede existir ningún problema en que, como consecuencia de imperativos válidamente establecidos en el ámbito europeo, se establezcan excepciones o matices a las reglas de general aplicación en el ámbito interno, incluso si las mismas vienen recogidas en la Constitución. Lo hemos visto en la reciente STJUE de 11 de febrero de 2021, C-760/18, se ha ocupado sobre la aplicación de la Directiva 1999/70/CE en un supuesto en que el Estado miembro desde el que se plantea la cuestión prejudicial había procedido a modificar su Constitución «*con objeto de prohibir de modo absoluto, en el sector público, la conversión de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos de trabajo por tiempo indefinido*». Interrogado por el órgano judicial proponente en relación con la posibilidad de la aplicación de las normas internas de rango infraconstitucional que permitirían tal transformación, el TJUE es contundente:

*«La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada debe interpretarse en el sentido de que, cuando se haya producido una utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, a efectos de dicha disposición, la obligación del órgano jurisdiccional remitente de efectuar, en la medida de lo posible, una interpretación y aplicación de todas las disposiciones pertinentes del Derecho interno que permita sancionar debidamente ese abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión incluye la apreciación de si pueden aplicarse, en su caso, a efectos de esa interpretación conforme, las disposiciones de una normativa nacional anterior, todavía vigente, que autoriza la conversión de los sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en un contrato de trabajo por tiempo indefinido, aunque existan disposiciones nacionales de naturaleza constitucional que prohíban de modo absoluto dicha conversión en el sector público».*

Cabe notar, por otro lado, que no es este un pronunciamiento aislado. Con anterioridad, en relación con la eficacia de otra Directiva que tutela expectativas de los trabajadores, la de transmisión de empresa (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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad), la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, *Correia Moreira*. En el supuesto resuelto se había producido la reversión de un determinado servicio prestado por una sociedad pública, disuelta por su titular, un ayuntamiento portugués, que asume directamente sus actividades. Comoquiera que el personal de aquella tuvo que sujetarse a los procesos de selección propios de la función pública el órgano judicial proponente de la cuestión prejudicial preguntó acerca de las relaciones entre la Directiva de transmisión de empresa y los principios en materia de acceso al empleo público:

*¿Se opone la legislación de la Unión Europea, en particular la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2, a una normativa nacional que, incluso en el caso de una transmisión comprendida en el ámbito de la citada Directiva, exige que los trabajadores se sometan necesariamente a un procedimiento público de selección y queden obligados por un nuevo vínculo con el cesionario al ser este último un ayuntamiento?*

Y la respuesta del TJUE no deja, a nuestro juicio, espacio alguno para las dudas:

no se puede más que responder a la cuestión en el sentido de que *«la Directiva 2001/23, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 2,... 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»* (§ 63). Y este último planteamiento se incorpora de forma prácticamente literal al fallo de la sentencia. Es importante destacar que tal efecto se produce incluso si las indicadas consecuencias vienen impuestas por la propia Constitución del estado miembro. El pronunciamiento razona al respecto que, si bien, conforme al citado art. 4 TUE, apartado 2, la Unión debe respetar *«la identidad nacional inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de los Estados miembros»*, esta disposición *«no puede interpretarse... en el sentido de que, en un ámbito en el que los Estados miembros han transferido sus competencias a la Unión, como en materia de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas, permite privar a un trabajador de la protección que le confiere el Derecho de la Unión vigente en dicho ámbito»*.

## II. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y su régimen jurídico

### 1. Aspectos generales

El Sector Público Andaluz está formado por un conjunto de agencias, sociedades mercantiles y fundaciones que dan servicio, a través de contratos programas, a la Junta de Andalucía (arts. 50 ss. LAJA). En concreto, se distinguen las siguientes entidades con personalidad jurídica propia.

#### 1.1. Agencias públicas

Las agencias públicas, reguladas en el Capítulo II del Título III de la LAJA, pueden ser de tres tipos.

- a) Las **agencias administrativas** son entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo y que tienen atribuida la ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, realización de actividades de promoción, prestacionales, gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas (art. 65 LAJA). Por lo que se refiere a su personal, estas agencias se rigen por el mismo régimen jurídico de personal que el establecido para la Administración de la Junta de Andalucía (art. 65.2 LAJA).
- b) Las **agencias públicas empresariales** pueden ser de dos tipos (art. 68.1 LAJA):
  - Las que tienen por objeto principal la producción, en régimen de libre mercado, de bienes y servicios de interés público destinados al consumo individual o colectivo mediante contraprestación.  
Se rigen por el Derecho Privado excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación (art. 69.1 LAJA).
  - Las que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado.  
Se rigen por el Derecho Administrativo en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación (art. 69.1 LAJA). En los restantes aspectos se regirán por el Derecho Administrativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera (art. 69.1 LAJA).

El personal de las agencias públicas empresariales *«se rige en todo caso por*

*el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público» y «será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad» (art. 70 LAJA).*

- c) Existen, finalmente, las **agencias de régimen especial** a las que se les atribuye la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad que requieran especialidades en su régimen jurídico.

## 1.2. Sociedades mercantiles

Las sociedades mercantiles están reguladas en la Sección 1ª del Capítulo III del Título III de la LAJA. Tendrán la consideración de sociedades mercantiles del Sector Público Andaluz aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, de sus agencias y demás entidades de derecho público (art. 4.1 Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo).

## 1.3. Fundaciones

Las fundaciones están reguladas en la Sección 2ª del Capítulo III del Título III de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. Son fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía las que cumplan cualquiera de los requisitos establecidos en el art. 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

## 2. Régimen de selección del personal al servicio de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía

A excepción de algunas de las agencias públicas en las que también puede prestar sus servicios personal funcionario, el personal laboral puede estar presente en las diferentes entidades del sector público andaluz. No obstante, hay que distinguir entre el personal laboral de las entidades instrumentales que tienen la consideración de Administraciones Públicas y, por consiguiente, su personal se rige por el EBEP y la todavía vigente Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía (agencias administrativas) y el resto de entidades instrumentales cuyo personal se gobierna por la legislación laboral general con alguna salvedad que veremos a continuación. Aunque responden a principios comunes, las reglas sobre selección de personal son distintas en unas y otras entidades.

### 2.1. Agencias administrativas

Por lo que se refiere a las agencias, las administrativas se sujetan al mismo régimen jurídico del personal establecido para la Administración de la Junta de Andalucía (art. 65.2 LAJA). De este modo, resultan de aplicación las reglas establecidas en la todavía vigente Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de ordenación de la función pública de la Junta de Andalucía. El art. 39 de esta norma reenvía a la concreción

reglamentaria de los sistemas de acceso. Sin embargo, no está prevista la aplicación al personal laboral del Reglamento General de Ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 2/2002, de 9 de enero, ni siquiera con carácter supletorio. En este contexto, hay que considerar aplicables las previsiones del art. 16 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA 28/11/2002).

A tales efectos, el art. 16 del referido convenio colectivo establece las siguientes reglas:

1.ª) La selección del personal se efectuará anualmente mediante procedimientos que garanticen el derecho a la igualdad, de acuerdo con los principios de mérito, capacidad y publicidad.

2.ª) El acceso a la condición de personal laboral fijo se realizará a una «*categoría profesional concreta*», de acuerdo con la Oferta de Empleo Público y a través de «*los sistemas de concurso o concurso-oposición*». Con carácter general, la selección del personal para las categorías profesionales correspondientes a los Grupos I y II se hará por el sistema de concurso-oposición. Respecto a las categorías profesionales correspondientes a los Grupos III, IV y V, la selección se efectuará por el sistema de concurso. No obstante, cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar resulte adecuado y lo acuerde la Comisión del Convenio, podrá llevarse a cabo la selección del personal con la celebración de pruebas adecuadas para las categorías profesionales de estos grupos.

El convenio establece, por lo demás, criterios específicos para el desarrollo tanto de la selección mediante concurso-oposición<sup>15</sup> como para la que se realiza por

---

<sup>15</sup> En concreto, se establecen las siguientes reglas:

*a) La convocatoria y resolución corresponderá a la Consejería competente en materia de Función Pública.*

*b) La fase de oposición, que será previa y eliminatoria, supondrá el cincuenta y cinco por ciento de la puntuación total y consistirá en una o varias pruebas teóricas y/o prácticas relacionadas con cada categoría profesional, sobre el programa que se establecerá en la convocatoria.*

*La puntuación total del proceso selectivo vendrá determinada por la suma de las puntuaciones obtenidas en las dos fases, sin que en ningún caso la puntuación obtenida en la fase de concurso pueda ser aplicada para superar la fase de oposición.*

*c) En la puntuación de la fase de concurso, que supondrá el cuarenta y cinco por ciento de la puntuación total, se valorarán los siguientes méritos:*

*– Titulaciones académicas relacionadas directamente con la categoría profesional a la que se aspira, aparte de la exigida para acceder a la misma. No se valorarán los títulos o cursos académicos de nivel inferior al necesario para alcanzar la titulación exigida para la categoría profesional a la que se opta.*

*– Cursos de formación o perfeccionamiento relacionados directamente con el temario de la fase de oposición y aquellos cursos que se mencionen en la convocatoria. Las respectivas convocatorias determinarán la valoración a otorgar a cada curso en función de su duración y la existencia o no de pruebas de aptitud.*

*– Experiencia profesional en la misma categoría a la que se aspira. Se valorará la experiencia profesional que se haya adquirido en la misma categoría a que se opta en el ámbito de este Convenio Colectivo, en el ámbito de otras Administraciones Públicas, así como de empresas públicas o privadas. En las respectivas convocatorias se determinará la graduación en la puntuación por este concepto, en función del ámbito en que se haya adquirido la experiencia.*

*– Antigüedad en las Administraciones Públicas. En las respectivas convocatorias se determinará la*

concurso<sup>16</sup>.

3.ª) Los contratos temporales para la provisión de puestos en los casos de interinidad por vacante, de excedencia por cuidados de familiares y de excedencia forzosa se formalizarán «con quienes figuren en la Bolsa de Trabajo» (art. 18.2.3. CCAJA). A tales efectos, resueltos definitivamente los procesos de acceso a la condición de personal laboral fijo en las distintas categorías de cada Grupo profesional, quedará constituida «la Bolsa de Trabajo con las personas que hayan, en el caso de concurso-oposición, aprobado uno o más ejercicios, según el orden de las puntuaciones, y en el caso de los concursos, por las personas que hayan participado en los referidos concursos y que, sin haber obtenido plaza, se baremen en los términos establecidos en las correspondientes órdenes de convocatoria» y que «a estos efectos, publicadas en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» las resoluciones de los referidos procesos de acceso, se irán publicando según las necesidades de cobertura de puestos las correspondientes resoluciones de integrantes de la Bolsa de Trabajo para cada categoría

---

graduación en la puntuación por este concepto, en función del ámbito en que se hayan prestado los servicios.

La distribución porcentual que supondrá la puntuación por cada uno de estos criterios se efectuará en las respectivas convocatorias.

d) Por la Comisión del Convenio se determinará en cada convocatoria el porcentaje reservado para el acceso de personas con discapacidad, que no será inferior al 4%, y fijará los criterios de distribución de las plazas resultantes de aplicar el porcentaje acordado al total de las ofertadas, entre las distintas categorías.

f) Dentro de los límites anteriores, la Administración de la Junta de Andalucía negociará en el seno de la Comisión del Convenio el contenido de las respectivas convocatorias.

g) Los temarios, previa negociación de los criterios generales en la Comisión del Convenio, serán elaborados por el Instituto Andaluz de Administración Pública y publicados en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía».

<sup>16</sup> Las reglas del convenio son las siguientes:

«a) La convocatoria y resolución corresponderá a la Consejería competente en materia de Función Pública.

b) Se valorarán los siguientes méritos:

– Titulaciones académicas relacionadas directamente con la categoría profesional a la que se aspira, aparte de la exigida para acceder a la misma. No se valorarán los títulos o cursos académicos de nivel inferior al necesario para alcanzar la titulación exigida para la categoría profesional a la que se opta.

– La realización de cursos de formación y perfeccionamiento directamente relacionados con la categoría profesional a la que se opta y aquellos cursos que se mencionen en la convocatoria. Las respectivas convocatorias determinarán la valoración a otorgar a cada curso en función de su duración y la existencia o no de pruebas de aptitud.

– Experiencia profesional en la misma categoría. Se valorará la experiencia profesional que se haya adquirido en la misma categoría a que se aspira en el ámbito de este Convenio Colectivo, en el ámbito de otras Administraciones Públicas, así como de empresas públicas o privadas. En las respectivas convocatorias se determinará la graduación en la puntuación por este concepto, en función del ámbito en que se haya adquirido la experiencia.

– Antigüedad en las Administraciones Públicas. En las respectivas convocatorias se determinará la graduación en la puntuación por este concepto, en función del ámbito en que se hayan prestado los servicios.

La distribución porcentual que supondrá la puntuación por cada uno de estos criterios se efectuará en las respectivas convocatorias.

c) Dentro de los límites anteriores, la Administración de la Junta de Andalucía negociará en el seno de la Comisión del Convenio el contenido de las respectivas convocatorias».

*profesional, que sustituirán a las que estuvieran en vigor hasta la fecha de su publicación» (art. 18.2.1. CCAJA).*

No se formalizarán con el personal existente en las Bolsas de Trabajo los contratos temporales al amparo de la normativa de interinidad en los casos de sustitución de personal a causa de incapacidad temporal o accidente, maternidad, liberaciones sindicales, vacaciones y permisos, así como por cualquier otra causa no contemplada en el apartado 2.3 de este artículo (art. 18.3.1 CCAJA). En estos casos, la Consejería, la Delegación Provincial o el Organismo Autónomo interesados presentarán oferta genérica de empleo indicando los requisitos de las categorías profesionales y, en su caso, los del puesto, al Servicio Público de Empleo y se formalizará el correspondiente contrato con el trabajador o trabajadora que se seleccione entre los que dicho Servicio proporcione, según criterios o baremos aprobados en la Comisión de Convenio participando en la selección los representantes del personal, o bien podrá acordarse la creación de listas de sustituciones de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, previa negociación en la Comisión del Convenio, que fijará el baremo a aplicar, y la posterior autorización por la Dirección General de la Función Pública (art. 18.3.2 CCAJA).

4.ª) Debe tenerse en cuenta además que pueden existir reglas especiales de nivel legal ya que *«la ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal de la agencia en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal»* (art. 67 LAJA).

## 2.2. Agencias públicas empresariales, agencias de régimen especial, sociedades y fundaciones del sector público

En principio, el personal laboral de las agencias públicas empresariales, agencias de régimen especial, sociedades mercantiles y fundaciones de carácter público no está comprendido en el ámbito de aplicación del EBEP, a salvo la aplicación de su DA 1ª, ni de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

Las reglas sobre selección de personal de las agencias públicas empresariales, agencias de régimen especial, sociedades y fundaciones del sector público responden a principios comunes. Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

a) El personal laboral de las agencias de régimen especial se rige por la legislación general si bien se establecen algunas particularidades (art. 74 LAJA) entre las que se encuentran las relativas a su selección que *«se realizará mediante convocatoria pública, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, respetando la reserva en el acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Las agencias seleccionarán a su personal laboral a través de sus propios órganos de selección»*.

b) Por su parte, el personal de las agencias públicas empresariales *«se rige en todo caso por el Derecho Laboral, así como por lo que le sea de aplicación en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público»* y *«será seleccionado mediante convocatoria pública en medios oficiales, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad»* (art. 70 LAJA).

c) Sujetas al derecho privado, el personal al servicio de las sociedades y

fundaciones del sector público se rige por el derecho laboral. En todo caso, «*el nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública en medios oficiales y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad*» (art. 77 LAJA, para las sociedades y art. 78.2 LAJA para las fundaciones).

En definitiva, la selección del personal al servicio de estas entidades instrumentales del Sector Público Andaluz también debe ajustarse a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, pero no se rige ni por el EBEP ni por la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía. Por consiguiente, la concreción de dichos principios corresponde a la específica normativa reguladora de estas entidades o a la negociación colectiva, que dispone de un margen de maniobra extraordinariamente amplio, especialmente en cuanto a los sistemas selectivos, pudiendo recurrir a tales efectos, por ejemplo, al sistema de las «bolsas de trabajo» o «listas de espera» abiertas y públicas.

### 3. La reordenación del sector público de Andalucía

El sector público instrumental ha atravesado por diferentes fases normativas por lo que se refiere a la naturaleza de las entidades que lo componen. Originalmente, hasta la entrada en vigor de la LAJA (2007) era de aplicación la Ley 5/1983, 19 junio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma Andaluza. En su virtud, era preciso distinguir entre aquellas que tenían la consideración de organismos autónomos (art. 4) de las sociedades o fundaciones de titularidad pública (art. 6). Ciertamente, las normas en materia de selección de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública, y de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, se aplicaban a las Administraciones Públicas y sus «organismos autónomos» (arts. 1.1 Ley 30/1984 y 3 Ley 6/1985); pero no a las sociedades y fundaciones de titularidad pública, que se regían por su «*legislación específica y por las normas de derecho mercantil, civil o laboral*», salvo en las materias en las que les fuera de aplicación la presente ley.

La LAJA, en 2007, implicó un cambio en la estructuración de las entidades del sector público instrumental, introduciéndose la clasificación que se ha introducido más arriba. Se mantuvo, por otro lado, la sujeción de un cierto tipo de agencias, las administrativas, a las normas sobre función pública aplicables en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía. Se produjo, sin embargo, una extensión de los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad a todas las entidades instrumentales, en los términos que han sido examinados en el apartado anterior.

En fin, los arts. 3 a 12 y 18 a 24 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, autorizaron bien la creación de nuevas agencias públicas empresariales o de régimen especial, bien la conversión en tales agencias de diversas entidades u organismos preexistentes, y determinaron su personalidad jurídica, adscripción, régimen jurídico, fines, recursos económicos y subrogación en las relaciones jurídicas -incluidas, obviamente, las laborales-, bienes, derechos y obligaciones de los que eran titulares las entidades convertidas o los organismos llamados a extinguirse con la creación de las nuevas agencias.

Por lo que se refiere al personal laboral, a estos fenómenos derivados de la reestructuración les será de aplicación el 44 del 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), de modo que el empresario cesionario quedará subrogado en la posición contractual del anterior empresario, que se limitará a comunicar a sus trabajadores que como consecuencia de la sucesión empresarial pasan a depender del nuevo empresario. La subrogación legal opera sobre cualesquiera condiciones de trabajo integrantes del estatuto del personal afectado, con independencia del carácter general, sectorial<sup>17</sup> o contractual de la fuente de la que deriven. Por consiguiente, debe respetarse la naturaleza del vínculo contractual.

Las reglas relativas a la integración del personal funcionario o laboral en las agencias públicas empresariales o de régimen especial se desarrollan en el extenso apartado 1 de la DA 4.<sup>a</sup> de la Ley 1/2011. De acuerdo con la previsión de su letra b),

*«El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público».*

A la vista de lo expuesto, hay que diferenciar los siguientes supuestos de hecho:

1.º) Es posible, en primer lugar, que en el momento de la integración en las agencias, sociedades o fundaciones públicas exista una relación de carácter fijo e indefinido por haber sido seleccionado conforme a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, en cuyo caso estaremos ante personal laboral indefinido y fijo de plantilla a todos los efectos.

2.º) En segundo lugar, los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla de las entidades instrumentales suprimidas pasan a la nueva entidad con los mismos derechos y obligaciones que tenían en la anterior, es decir, en la condición de indefinidos no fijos. Así lo subrayan las SSTS de 17 septiembre de 2020 (Rec. 154/2018) y 30 de septiembre de 2020 (Rec. 112/2018) a propósito de los trabajadores integrados en el Servicio Andaluz de Empleo provenientes de los antiguos Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT). En efecto, dichos trabajadores fueron seleccionados conjuntamente entre el Servicio Andaluz de Empleo y el Consorcio correspondiente, a propuesta del municipio en el que iban desarrollar su actividad principal, entre personas inscritas como demandantes de empleo previa presentación de ofertas genérica convocatoria pública de los municipios consorciados, consistiendo el proceso selectivo en una entrevista (seis puntos) y en una valoración del curriculum de los candidatos (cuatro puntos). Pues bien, según el Tribunal Supremo no

---

<sup>17</sup> SSTS de 22 de marzo de 2017 (Rec. 143/2016), 26 de febrero de 2019 (Rec. 185/2017), 21 de enero de 2020 (Rec. 158/2018) y 3 de marzo de 2021 (Rec. 173/2019). Cfr. la STS de 20 de noviembre de 2018 (Rec. 208/2017); y la STSJ de Andalucía de 12 de diciembre de 2018 (Rec. 1607/2018).

parece que este proceso de selección sea suficiente como para que los trabajadores así seleccionados adquieran la condición de trabajadores fijos en las UTEDLT sino que la naturaleza de su relación era indefinida no fija y, al producirse la subrogación por el Servicio Andaluz de Empleo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 44.1 del ET, pasaron al nuevo empresario con los mismos derechos y obligaciones que tenían en el anterior, es decir, en la condición de indefinidos no fijos.

Este personal tendrá la consideración de personal laboral indefinido no fijo en la nueva entidad y sin que, en ningún caso, adquiera la condición de empleado público de la Administración General de la Junta de Andalucía. Únicamente podrá adquirir dicha condición mediante la superación de las pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público<sup>18</sup>. De este modo, su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la entidad en la que se subroga. Por último, a diferencia de los fijos, cuya plaza no tiene que ser por tanto sacada a concurso público, estos trabajadores únicamente son titulares del derecho a permanecer en la plaza ocupada hasta la cobertura reglamentaria de la misma, o bien su amortización, o por otras causas legales extintivas<sup>19</sup>.

3.9) La integración del personal laboral temporal procedente de las entidades instrumentales suprimidas en la nueva entidad, se llevará a cabo como temporal, lo que no obstará a que con posterioridad adquiera la condición de personal laboral indefinido y fijo de plantilla o de indefinido no fijo de plantilla.

---

<sup>18</sup> Por todas, las SSTS (CA) de 21 de enero de 2013 (Rec. 6191/2011), 25 de marzo de 2013 (Rec. 1197/2012), 30 de diciembre de 2013 (Rec. 3633/2012), 29 de enero de 2014 (Rec. 3818/2012), 26 de marzo de 2014 (Rec. 480/2013), 9 de junio de 2014 (Rec. 2121/2012), 9 de diciembre de 2014 (Rec. 2666/2013) y 17 de febrero de 2016 (Rec. 3944/2014).

<sup>19</sup> STSJ de Andalucía de 18 de enero de 2018 (Rec. 1316/2017).

### III. Sobre las posibilidades de intervención normativa

#### 1. Introducción

Viniendo ya a las posibilidades de solución de las cuestiones planteadas, lo que se busca es minimizar la exposición del personal laboral no fijo de las entidades públicas del sector instrumental de la Junta de Andalucía a los riesgos derivados de la oferta pública de empleo extraordinaria que se está preparando.

No es fácil pensar que este riesgo pueda ser conjurado en vía judicial habida cuenta la sujeción de jueces y tribunales al imperio de la ley. Por supuesto, es posible ejercer acciones judiciales para que los trabajadores temporales irregularmente contratados sean declarados indefinidos no fijos. Pero no es probable que nuestros tribunales vayan más allá. Efectivamente, los tribunales españoles han sido restrictivos en este terreno. Cabe aportar como prueba la SAN (CA) de 4 de noviembre de 2019 (Rec. 380/2017), que ha abordado y rechazado la pretensión de una organización de interinos para ser eximidos de pruebas eliminatorias en el acceso. Ahora bien, una cosa es que una pretensión de este tipo no pueda ser acogida por vía jurisdiccional y otra bien distinta que la misma no pueda motivar una específica intervención legislativa. A nuestro juicio, la misma no solo es posible, sino que puede ser directamente necesaria. Se hace preciso valorar a estos efectos las obligaciones que impuestas al Estado español por la Directiva 1999/70/CE y su sistemático incumplimiento. Como se ha visto, la existencia de aquellas en el ámbito del empleo público español es más aparente que real: si bien existen criterios relacionados con la evitación de la utilización abusiva de contratos o nombramientos temporales, nuestro sistema se caracteriza por la inexistencia de garantías adecuadas para conseguir su cumplimiento efectivo. Una posible intervención legislativa dirigida a subsanar este problema es de todo punto necesaria; y además es sumamente conveniente puesto que, en defecto de una solución abstracta y general definida por el legislador, la aplicación de las normas del Acuerdo marco será protagonizada por los órganos jurisdiccionales, con el paralelo surgimiento de problemas de excesiva judicialización e inseguridad jurídica. Y ello sin contar con los costes indemnizatorios y el impacto organizativo sobre el funcionamiento de las entidades públicas que pueda tener una masiva convocatoria de las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos o temporales en situación de irregularidad.

Debe tenerse en cuenta, en este terreno, que es dudoso que los procesos de estabilización del personal temporal que se han abierto en los últimos tiempos cumplan la totalidad de los requisitos que la jurisprudencia europea ha considerado para entender existente una garantía frente al uso abusivo de la contratación determinada cumple los requisitos de la Directiva. En este último sentido, cabe traer a colación de nuevo la doctrina establecida por la STJUE de 19 de marzo de 2020, C-103/18 y C-429/18, de la que se desprende, como hemos indicado más arriba, que, si bien *«la organización de tales procesos (selectivos) dentro de los plazos establecidos puede prevenir los abusos derivados de la utilización de sucesivos nombramientos de duración determinada a la espera de que dichas plazas se provean de manera definitiva»* (§ 95), no implica por sí sola el cumplimiento de las exigencias establecidas por la Directiva: *«dado que la organización de estos procesos es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de relaciones de servicio de*

*duración determinada, no resulta adecuada para sancionar debidamente la utilización abusiva de tales relaciones de servicio ni para eliminar las consecuencias de la infracción del Derecho de la Unión. Por tanto, no parece que permita alcanzar la finalidad perseguida por la cláusula 5 del Acuerdo Marco» (§ 100).*

Las consideraciones que siguen exploran algunas vías para solventar por vía normativa el conflicto planteado por la situación del personal laboral del sector público instrumental de la Junta de Andalucía, en términos adecuados a los diferentes preceptos que hemos considerado. A estos efectos, valoramos, en primer lugar, el posible ámbito subjetivo en el que pueden desarrollarse medidas excepcionales de consolidación del personal laboral; y, a continuación, diferentes actuaciones que podrían ponerse en marcha. Desde nuestro punto de vista, las posibles soluciones podrían seguir dos vías: cabe, por un lado, decidir que todo siga como está, permaneciendo el personal afectado con sus actuales condiciones en situación de “a extinguir”; es posible, por otro lado, pensar en la actuación sobre los procedimientos selectivos a utilizar en una eventual oferta pública de empleo de modo que se minimice el riesgo de pérdida del empleo.

En ambos terrenos pensamos que el hecho de que la Directiva suministre justificación suficiente para actuar no permite legitimar cualesquiera derogaciones de los principios establecidos en los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, a los que reenvían la DA 1.ª EBEP y los arts. 70, 74.2.b), 77 y 78.2 LAJA. Se hace precisa, probablemente, una labor de armonización de aquellos con los criterios que resultan de la Directiva, de modo que su sacrificio quede limitado por el principio de proporcionalidad. A estos efectos, conviene hacer algunas reflexiones sobre los posibles límites en la configuración de reglas excepcionales para dar salida al problema que nos ocupa. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia constitucional ha insistido siempre en el requisito de la excepcionalidad de las medidas que se separen de los criterios generales en materia de acceso al empleo público. Desde esta perspectiva, podría ser razonable que las medidas excepcionales que se establezcan hacia el pasado vayan acompañadas de medidas relacionadas con la evitación en el futuro de situaciones análogas a la que se ha producido en los últimos lustros.

## 2. Sobre el alcance subjetivo de la excepcionalidad

Desde una perspectiva subjetiva, la Directiva no impide el uso de contratos o nombramientos temporales sino solo su uso sucesivo de carácter abusivo. Los destinatarios de las medidas de excepción que eventualmente se establezcan no pueden ser, por tanto, cualesquiera trabajadores temporales sino solo aquellos en los que pueda reconocerse la existencia de la indicada utilización contraria a sus exigencias.

A nuestro juicio, las normas laborales aplicables incluyen determinadas reglas que se vinculan claramente con las garantías establecidas en la cláusula 5.1 del acuerdo marco incorporado a la Directiva. Las exigencias causales (art. 15.1 ET), las reglas sobre duración máxima de determinados contratos temporales (letras a] y b] art. 15 ET) y los límites temporales al encadenamiento de contratos (art. 15.5 ET) se mueven en esta línea. Lógicamente, dada esta relación, el incumplimiento de estos límites activaría la necesidad de poner en marcha mecanismos de garantía de las exigencias provenientes del derecho europeo. Por tanto, las normas en materia de consolidación deberían afectar al conjunto del personal que tenga reconocida la condición de indefinido no fijo

pues la misma se relaciona, como sabemos, con la aplicación de tales normas, sea por la vía del fraude de ley (art. 15.3 ET) sea por la previsión de la disp. adic. 15.ª ET en los casos de vulneración de los límites temporales al encadenamiento de contratos.

Esta idea no impide considerar que el restante personal temporal pueda igualmente ser beneficiario, incluso a falta de expreso reconocimiento de la condición de indefinido no fijo. En efecto, con independencia de que el mismo no se haya producido formalmente, es claro que en su trayectoria contractual pueden haber incurrido en irregularidades que le harían acreedor a él. Lo que pasa es que la situación del personal temporal puede ser muy diferente en función de las circunstancias que pueden hacer que sea más o menos fácil identificar el incumplimiento de las garantías laborales: los límites temporales no son los mismos para todos los contratos ni la valoración de la reiteración de los contratos es siempre la misma. Este problema puede ser resuelto por dos vías: la primera es condicionar el acceso a las medidas excepcionales que se establezcan a la obtención de un pronunciamiento judicial de la condición de personal indefinido no fijo; la segunda es fijarse en el incumplimiento por las entidades empleadoras de sus obligaciones de derecho público.

A estos efectos, podrían utilizarse las previsiones legales en relación con la tempestiva cobertura definitiva de los puestos de trabajo vacantes. Ello nos situaría, probablemente, ante un horizonte temporal mínimo de prestación consecutiva de servicios que oscilaría entre tres y cinco años. Los tres años podrían relacionarse con la anualidad de las ofertas públicas de empleo (art. 70.2 EBEP), cuya ejecución debe completarse dentro del «improrrogable» plazo de tres años (art. 70.1 EBEP). Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 10.4 del EBEP impone la inclusión de las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio del nombramiento o, como mucho, en el siguiente. Esto nos situaría, con mayor certeza, en el horizonte de cinco años al que también se ha hecho alusión. Aunque la jurisprudencia del orden social ha rechazado tradicionalmente que este tipo de cálculos sirva de base para considerar abusivas las contrataciones laborales de interinidad por vacante [STS de 24 de abril de 2019 (Rec. 1001/2017), seguida por otras muchas], acaba de cambiar de criterio.

En efecto, la sentencia de 28 de junio de 2021, dictada por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3263/2019, a la vista de la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) y en cumplimiento de las exigencias que se derivan de la Directiva 1999/70/CE, *«estima que, salvo muy contadas y limitadas excepciones, los procesos selectivos no deberán durar más de tres años a contar desde la suscripción del contrato de interinidad, de suerte que si así sucediera estaríamos en presencia de una duración injustificadamente larga»* y que, por consiguiente, la relación laboral entre las partes debería ser considerada de carácter indefinida no fija. En este sentido, el Tribunal Supremo expone el siguiente razonamiento: *«Dicho plazo es el que mejor se adecúa al cumplimiento de los fines pretendidos por el mencionado Acuerdo Marco sobre contratación determinada y con el carácter de excepcionalidad que la contratación temporal tiene en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, ese plazo de tres años es o ha sido utilizado por el legislador en bastantes ocasiones y, objetivamente, puede satisfacer las exigencias que derivan del apartado 5 del reiterado Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. Así, ese es el límite general que tienen los contratos para obra o servicio*

determinado [artículo 15.1 a) ET]; constituye, también, el límite máximo de los contratos temporales de fomento al empleo para personas con discapacidad (Ley 44/2006, de 29 de diciembre) y ha sido usado por el legislador en otras ocasiones para establecer los límites temporales de la contratación coyuntural. Por otro lado, tres años es el plazo máximo en el que deben ejecutarse las ofertas de empleo público según el artículo 70 EBEP». En cualquier caso, la indicación de tal plazo de tres años «no significa, en modo alguno, que, en atención a diversas causas, no pueda apreciarse con anterioridad a la finalización del mismo la irregularidad o el carácter fraudulento del contrato de interinidad», ni «que, de manera excepcional, por causas extraordinarias cuya prueba corresponderá a la entidad pública demandada, pueda llegar a considerarse que esté justificada una duración mayor».

Es verdad que las normas que se utilizan para fundamentar este criterio no son llamadas por la DA 1ª EBEP a las entidades públicas que no tengan la consideración de organismos autónomos –en nuestro caso, las agencias administrativas–. Sin embargo, es razonable pensar que han de ser aplicables por analogía. En este sentido, es conveniente recordar que los contratos de interinidad por vacante de los trabajadores de sociedades mercantiles públicas también están sometidos al plazo de tres años del art. 70 del EBEP. Ciertamente, las sociedades mercantiles públicas deben realizar procesos de selección de personal que respeten los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, lo que «excluye que sea aplicable a esas sociedades mercantiles públicas el plazo máximo de tres meses fijado para las empresas privadas», pues «la sujeción a dicho plazo en la práctica imposibilitaría que pudieran realizar los procesos de selección con las necesarias garantías», tal y como ha subrayado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones<sup>20</sup>.

Cabe advertir que la utilización de un criterio temporal resulta especialmente adecuado para los supuestos de contratación de interinidad por vacante, en los que es claro que existe un puesto de trabajo en la estructura de la institución y para los que existe un horizonte claro en relación con la duración máxima permitida. No parece, sin embargo, que existan serios inconvenientes para su proyección sobre otras formas de contratación, siempre que se hayan referido a las mismas funciones, puesto que están igualmente sometidas a plazos máximos legales que, en el caso más frecuente, la contratación para obra o servicios determinado, se estima igualmente en tres años (cfr. art. 15.1.a)).

### 3. ¿Es posible recurrir a la figura del personal a extinguir?

#### 3.1. Sobre la noción de personal a extinguir

Una de las vías de solventar el problema que debemos explorar es la consideración como personal a extinguir del personal indefinido no fijo así como del temporal que se determine conforme a lo que se acaba de exponer. Al respecto, lo primero que debemos afirmar es que ni en la legislación laboral ni en la regulación general del empleo público (arts. 8 ss. EBEP) existe esta categoría como tal. Lo que se observa más bien es la utilización de este concepto para resolver determinados

---

<sup>20</sup> Por todas, las SSTs de 11 de abril de 2006 (Recud. 1394/2005), 27 de abril de 2021 (Recud. 618/2020) y 14 de mayo de 2021 (Recud. 3283/2018).

conflictos que se generan en torno a procesos de transformación de las estructuras administrativas, entendidos en sentido amplio.

Se trata, a veces, de procesos de integración y/o reforma que afectan a determinados colectivos funcionariales o laborales. En estos casos se prevé la posibilidad de que algunos afectados no cumplan los requisitos necesarios para la ocupación de los nuevos puestos, sea por defectos en la titulación u otros requisitos sea por falta de superación de las pruebas selectivas<sup>21</sup>.

En otras ocasiones, el personal «a extinguir» surge de la transformación de estructuras administrativas –determinadas entidades preexistentes se fusionan en una sola– o incluso como consecuencia de la integración de organizaciones previamente confiadas a la gestión privada. El problema que se pretende solucionar al recurrir a esta figura se relaciona con la presencia en la nueva entidad resultante de personal cuyo régimen de origen es diferente. A veces, la diferencia se relaciona con las condiciones de trabajo originales, que se aspiran a conservar bien que en condición de «a extinguir»<sup>22</sup>. En otros casos, esta situación se vincula a la transformación de los puestos

---

<sup>21</sup> Encontramos ejemplos de esta situación en DD.AA. 1ª ss. Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en relación con la integración de funcionarios de diferentes procedencias en «los Cuerpos o Escalas de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja», cuando no se cumplan «los requisitos de titulación exigida». Para estos casos se prevé que el personal permanezca «en plazas singulares en el grupo correspondiente declarados a extinguir y, a medida que se vayan extinguiendo, pasarán a convertirse en dotaciones del Cuerpo o Escala correspondiente». En esta misma ley se prevé una solución similar para el personal laboral fijo que no participa en las pruebas selectivas para su funcionarización: «permanecerán en la situación de personal laboral a extinguir en la categoría profesional que tengan reconocida a la entrada en vigor de esta Ley» (DT 2ª). Por su parte, la DA 3ª Ley 9/2017, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de Cantabria regula la supresión de uno de los subgrupos integrados en un Cuerpo de Técnicos Auxiliares de Seguridad y Vigilancia. Dado que establece algunos requisitos de titulación, antigüedad y superación de un curso, ha de prever asimismo la situación de los funcionarios que no lo cumplan: «quedarán en sus puestos del Cuerpo «a extinguir» de Agentes de Seguridad». Cabe asimismo citar la Ley Foral 4/2019, de 4 de febrero, de reforma de la Administración Local de Navarra, que establece nuevas reglas en relación con el personal funcionario, integrando varios grupos en uno o suprimiendo puestos de trabajo en función del tamaño de los municipios. La consideración «a extinguir» se prevé para los casos en los que la integración no pueda producirse por fallo de la titulación o los puestos suprimidos estén ocupados efectivamente por personal funcionario (DT 5ª.4). También en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, tras su modificación por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre. La disp. adic. 7ª LOE, en su nueva redacción, declara personal a extinguir al profesorado técnico de formación profesional que no cumple los requisitos de titulación para integrarse en el cuerpo de profesorado de enseñanza secundaria. La disp. adic. 11ª LO 3/2020 regula las reglas aplicables a este personal a extinguir. En fin, la Ley de Policía del País Vasco, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, incluye una disp. trans. 8ª sobre «integración de alguaciles en los Cuerpos de Policía local», estableciendo para los que no superen el procedimiento para su integración la continuidad de «las funciones que vinieran realizando en sus puestos a extinguir».

<sup>22</sup> En unos casos, se trata del conjunto de las aplicables. Este parece ser el caso del «actual personal propio contratado en régimen de derecho laboral por la Obra Pía de los Santos Lugares» que se pone en tal situación, separándolo del que tendrá en el futuro que «será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado» (art. 3.2 Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa). En otros casos, sin embargo, se vincula específicamente con determinadas condiciones de trabajo. En este sentido, valdría como ejemplo la DA 30ª Ley 3/2017, de 27 de junio,

de trabajo en el ente de destino, que quedan reservados a funcionarios. La condición de «a extinguir» se atribuye a «*quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo*»<sup>23</sup>. Por último, mas no por ello menos importante para el problema que nos ocupa, observamos como la figura se ha empleado para solventar las diferencias en los requisitos de acceso a los entes públicos implicados: los existentes en los de origen resultan menos exigentes a los establecidos en los de destino; y, para dar respuesta a la cuestión, se recurre a la declaración de «a extinguir» del personal proveniente de aquellos. Encontramos ejemplos de ello tanto en la legislación estatal como en la autonómica.

#### *A) Normas estatales*

Por lo que se refiere a la primera, la Ley 15/2014 , de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, ofrece varios ejemplos: extinción de la Fundación para la Proyección Internacional de las Universidades Españolas (art. 5), creación del organismo público ANECA (art. 8), transferencia de la rama de actividad de medio propio de la Sociedad Estatal España, Expansión Exterior, S.A., a la entidad pública empresarial ICEX España Exportación e Inversiones (ICEX) (art. 9).

En estos casos, el personal laboral existente en algunas de las entidades que se refunden se integra «*con la condición de «a extinguir» y sin que, en ningún caso, este personal adquiera la condición de empleado público*», condición que solo adquirirá «*mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*».

#### *B) Normas autonómicas*

En cuanto a la legislación autonómica se encuentran ejemplos vinculados a la regulación de los efectos de la reversión de servicios públicos prestados con anterioridad por empresas privadas o públicas. Por lo que se refiere a estas últimas, puede traerse a colación el proceso de reestructuración del sector público acometido en el ámbito de la *Generalitat Valenciana* en los años 2012, 2013 y 2014 (Decreto-Ley 7/2012, Ley 1/2013, modificada por Ley 7/2014). Implicó la transformación e integración de entidades de diferente naturaleza en las cuales los requisitos de acceso eran diferentes. La cuestión se solventó recurriendo a la figura del personal no temporal «a extinguir», que mantenía su contrato anterior. En la redacción vigente, debida a la Ley 7/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la *Generalitat*, DOGV 29 diciembre 2014), la disp. adic. 3.3 Ley 1/2013, de 21 de mayo, de la *Generalitat*, de medidas de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional de la *Generalitat* (DOGV 23 mayo 2013) establece:

*«El personal no temporal de una sociedad mercantil o de una fundación del sector público de las que quedan extinguidas por ejecución del Decreto ley 7/2012 y de*

---

de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, sobre la «*integración de parte del personal laboral de la Imprenta de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado en la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda*».

<sup>23</sup> Art. 87.5.b) Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

*la presente norma se incorporará a las entidades de derecho público que asumen el ejercicio de sus funciones con la condición «a extinguir» y sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, pueda convocar la administración pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público.*

*En el proceso de integración del personal laboral habrán de respetarse, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso exigidos por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público.»*

Por su parte, el Decreto Ley 4/2018, de 9 de noviembre, del Consell, autoriza la creación de la Sociedad Valenciana de Gestión Integral de los Servicios de Emergencias (SGISE) «para la gestión del personal y de las necesidades logísticas de los servicios de extinción de incendios forestales y emergencias» (art. 1). Incorpora al personal dedicado a estas funciones en TRAGSA «con la misma relación laboral que tuviere, desempeñando sus tareas con idéntica condición de personal laboral hasta su cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores y con los mismos derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social que tuviere reconocidos» (disp. adic. única.1).

En relación con la integración de personal procedente de entidades privadas, cabe citar la Ley valenciana 21/2017, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat cuya DA 8ª reguló los «efectos en materia de personal de la extinción del contrato de gestión de servicio público por concesión del departamento de salud de La Ribera». Se previó que el personal preexistente continuaría en sus puestos como «personal a extinguir, desempeñando sus tareas y con idéntica condición de personal laboral hasta que cese por las causas legales de extinción de los contratos laborales previstas en el Estatuto de los trabajadores», sin perjuicio de que «la adquisición por este personal de la condición plena de personal estatutario solo podrá hacerse mediante la superación de los procesos normativamente establecidos al efecto y con respeto a los principios constitucionales y legales aplicables». Con posterioridad, se ha incorporado reglas generales a la Ley valenciana 10/2014, de 29 de diciembre, de salud de la Comunitat Valenciana (art. 7.3, 7.4 y 7.5, añadidos por Ley 8/2018, de 20 de abril, de modificación de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, con posterior retoque por Ley valenciana 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat).

### **C) Algunas conclusiones operativas**

Seguramente la enumeración de situaciones no es exhaustiva; pero sí es suficiente para hacerse una idea de cuáles pueden ser los rasgos generales que se encuentran detrás de la abigarrada noción de personal «a extinguir». A nuestro juicio, la utilización de esta mención tiene fundamentalmente una connotación descriptiva: cuando un determinado tipo personal resulta así calificado, lo es porque no reúne alguno de los requisitos o características que se exigen para su plena integración en la correspondiente entidad administrativa o estructura de personal. Desde esta perspectiva, aunque la situación de «a extinguir» sea duradera e indefinida, es

provisional puesto que está llamada a desaparecer antes o después. Tal desaparición vendrá motivada bien por el cumplimiento de requisitos o características que en un primer momento no concurrían bien por la extinción de la correspondiente relación de servicios. Pero si esto es así, calificar una determinada vinculación administrativa o laboral con esta mención carece de toda relevancia respecto del régimen jurídico aplicable a la misma, que será precisamente el existente en el momento en que se le atribuye esta condición. Aunque la relación sea «a extinguir», los derechos y deberes que conforman su contenido serán idénticos a los existentes en el momento en que se le atribuya tal condición.

En este contexto, este personal a «extinguir», en caso de ser laboral, tendría el siguiente régimen jurídico:

1.ª) El personal conserva la relación laboral preexistente, por lo que mantiene su tipo de contrato y puesto de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo. En este sentido, se dispone expresamente la aplicación de las previsiones sobre sucesión de empresas que se contienen en la normativa laboral, sin excepción alguna.

2.ª) La incorporación se realiza con la condición de «personal a extinguir» y sin que, en ningún caso, adquiera la condición de funcionario o personal laboral fijo. Únicamente podrá adquirir dicha condición mediante la superación de las pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública o entidad de derecho público en la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en el EBEP.

3.ª) Al «personal a extinguir» no se le pueden reconocer los derechos y expectativas vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial procedimiento de acceso al empleo público en condiciones de igualdad y mérito, lo que implica que «su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior». Por lo demás, como personal diferenciado de naturaleza laboral, nada impide que la entidad pública de que se trate negocie un convenio específico para ellos o se remita al convenio sectorial específico del ramo de actividad en que sea empleado [STS de 24 de febrero de 2014 (Rec. 1541/2013)].

## 2.2. El personal a extinguir como posibilidad a disposición de la administración autonómica

### A) Aspectos sustantivos

En cuanto a su posible utilización para resolver el problema que nos ocupa, podría fundamentarse en argumentos diferentes.

1.ª) Existen casos en los que el mantenimiento de la situación consolidada no implica contravención alguna de los principios de igualdad, capacidad y mérito por no resultar exigibles. El mantenimiento del personal indefinido, con la condición de a extinguir y, por tanto, sin necesidad de convocar específicos procesos selectivos no plantea problemas desde esta perspectiva. Esto ocurre en los casos en los que en el momento de la adquisición de tal condición la entidad empleadora no estuviera

vinculada por aquellos principios.

Este argumento podría ser utilizado a nuestro juicio en relación con diferentes colectivos:

- Trabajadores indefinidos procedentes de entidades privadas que, como consecuencia de reversión de los servicios, hayan acabado prestando sus servicios para otras entidades de carácter público. En virtud del art. 44 del ET y de la Directiva europea en materia de traspaso de empresas, este tipo de cambios no puede afectar a la naturaleza y condiciones de sus contratos.
- Trabajadores que hayan adquirido la condición de indefinidos en entidades públicas en las que, por su naturaleza, no resultaran de aplicación los principios de capacidad y mérito en el momento en que se ha producido la irregularidad contractual, con independencia de que, con posterioridad, se hayan producido cambios normativos o se hayan integrado, en virtud del art. 44 del ET, en otras en las que sí fueran exigibles.

En nuestra opinión, en esta situación se encontrarían con total seguridad los trabajadores de entidades públicas empresariales, sociedades y fundaciones públicas contratados antes de la entrada en vigor de la disp. adic. 1ª del EBEP y de la LAJA (2007). Los trabajadores contratados como indefinidos por estas entidades o que hubieran adquirido dicha condición al ser víctimas de una contratación laboral irregular o de una cesión legal con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP y de la LAJA, no pueden ser calificados como «indefinidos no fijos», siendo ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad en entidades en las que la contratación del personal está sometida a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. La justificación de la figura del trabajador «indefinido no fijo» se halla en la necesidad de preservar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad que rigen el acceso al empleo público; elemento justificativo que desaparece por completo desde el momento en el que determinadas entidades del Sector Público Andaluz no estaban obligadas a cumplir con dichos principios.

En fin, el carácter y régimen jurídico aplicable a los contratos de trabajo viene determinado por la normativa vigente en el momento en el que se conciertan o, en su caso, se produce el fraude/irregularidad en la contratación laboral o la cesión ilegal de trabajadores, sin que sea factible la exigencia sobrevenida de los principios constitucionales exigidos con posterioridad por el EBEP y la LAJA.

- Es posible, además, que sea posible extender esta idea más allá del momento de la entrada en vigor en 2007 de las reglas legales que sujetan la contratación laboral a los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito, sobre la base de la limitada aplicación del EBEP que deriva de su disp. adic. 1ª. En rigor, las normas sobre personal indefinido no fijo (arts. 8.c] y 11.1 EBEP) no están comprendidas en la remisión que contiene. Desde esta perspectiva, cabe sostener que los trabajadores víctimas de irregularidades contractuales han adquirido la condición de indefinidos, conforme a las

reglas laborales de carácter, al menos hasta la definitiva clarificación de la cuestión que, como hemos visto más arriba, solo se produce en 2020 (supra, I.2.2).

Con total seguridad, están incluidos en este grupo, con independencia de la fecha en que se produjera la irregularidad, los trabajadores que hayan obtenido sentencias favorables a su condición de indefinidos, sin ningún matiz.

Por lo demás, desde nuestro punto de vista, estos grupos quedarían incluidos tanto si continúan prestando sus servicios en las entidades aludidos como si han pasado a hacerlo en agencias administrativas, por transformación de aquellas. Aunque no siempre ha sido reconocido por nuestros tribunales<sup>24</sup>, pensamos que es un imperativo de las reglas europeas y españolas en materia de transmisión de empresa.

2.º) En otro orden de consideraciones, y ahora para el conjunto de las entidades del sector público instrumental incluyendo las agencias administrativas, cabe argumentar el limitado desconocimiento de los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito que produciría el recurso a la figura del personal a extinguir. Desde esta perspectiva, no es ocioso recordar que, en muchos casos, las normas aplicables a las diferentes entidades, incluyendo los convenios, prevén sistemas de acceso del personal temporal basados en los indicados principios. Lo hemos visto en relación con el personal de las agencias administrativas (supra, II.2.1.3ª) y lo hemos podido comprobar en un muestreo de convenios de otro tipo de entidades<sup>25</sup>. Aunque no es

---

<sup>24</sup> En cuanto a los trasvases de trabajadores de personas jurídicas públicas a otras privadas del sector público, la STS de 28 de marzo de 2007 (Rec. 5082/2005) señala que el hecho de haberse producido la transformación en la naturaleza jurídica de Correos y Telégrafos desde Entidad Pública Empresarial a Sociedad Anónima Estatal, no determina que un trabajador antes declarado «indefinido no fijo» pase a ser considerado «indefinido fijo». En cambio, según las SSTS de 18 de septiembre de 2014 (Rec. 2320/2013 y 2323/2013), los trabajadores indefinidos no fijos de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) subrogados por «Aena Aeropuertos, SA» dejaron de ostentar tal condición, al ser ésta una sociedad mercantil pública. Por tanto, ostentando los actores la cualidad de trabajadores indefinidos no cabía ya su sustitución por trabajadores fijos pertenecientes a una bolsa constituida en AENA y en la que los trabajadores indefinidos no fijos no estaban incluidos. En esta misma línea, se pronuncia la STSJ de Andalucía de 18 de enero de 2018 (Rec. 1316/2017) en relación con un contrato para obra o servicio determinado que deviene indefinido, no fijo, por haberse celebrado en fraude de ley.

<sup>25</sup> En este sentido:

- Convenio Colectivo de Empresa de AGENCIA PUBLICA ANDALUZA DE EDUCACION. Art. 19.2. 6. Para los contratos de duración temporal, con sujeción en todo caso a los requisitos legalmente exigidos para su concertación, el proceso se podrá llevar a cabo mediante la oportuna intervención del Servicio Andaluz de Empleo, al que se cursará la oportuna solicitud. La selección se realizará entre los candidatos que dicho Servicio facilite, tras la correspondiente evaluación de los méritos curriculares de cada uno de ellos y la celebración y valoración de las entrevistas tanto personal como grupal, que pudieran realizarse.
- III CONVENIO COLECTIVO EMPRESA PÚBLICA HOSPITAL DE PONIENTE DE ALMERÍA. Artículo 27. SELECCIÓN EXTERNA DEFINITIVA Y TEMPORAL Cuando la cobertura de puestos de trabajos se realice mediante procesos externos, tanto con carácter definitivo como temporal, éstos atenderán, igualmente, a criterios objetivos de publicidad, concurrencia y determinación del/de la mejor profesional para cada puesto de trabajo.
- Convenio colectivo de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias y sus trabajadores. 7.6.2. Provisión interna. (Sistema de cobertura permanente). Del proceso selectivo surgirá la lista de

---

seleccionados, a los que se asignará, por orden, los puestos vacantes definitivos existentes. Asignadas estas vacantes, y para los seleccionados restantes, se sumarán los días trabajados en EPES a contar desde la publicación de la convocatoria, de manera que, ponderado con la nota conseguida en el Proceso Selectivo, produciría una reordenación de la lista, que se realizaría de forma permanente. Conforme a esta nueva ordenación se irían asignando, con carácter definitivo, las vacantes sucesivas que fueran surgiendo, conforme a lo previsto en este apartado. Esta situación permanecerá así hasta la convocatoria de un nuevo proceso selectivo, bien por agotamiento de la lista o por el transcurso del plazo de 30 meses. En este supuesto se convocará nuevo proceso selectivo y los seleccionados quedarán a continuación de los aspirantes seleccionados en el anterior proceso para la adjudicación de nuevas vacantes.

En todos los supuestos, la negativa del aspirante a su incorporación supondrá su pase al final de la lista correspondiente.

#### 7.6.3. Lista de seleccionados y Bolsa Permanente de Contratación.

Formarán la lista de seleccionados aquellos profesionales que superaron el Proceso Selectivo pero aún no han ocupado puesto vacante conforme al procedimiento de cobertura permanente. Los aspirantes del proceso selectivo que hubieran superado las pruebas pero no hubieran sido seleccionados serán incluidos en la Bolsa Permanente de Contratación. Este listado de aspirantes se actualizará en los plazos y conforme a los procedimientos que se acuerden en la Comisión Paritaria Regional.

Tendrán preferencia para la oferta de contratos los profesionales incluidos en el listado de seleccionados. La no aceptación, o renuncia, de una oferta entre sus Servicios Provinciales de elección supondrá pasar al final de la lista por un período de seis meses.

- IV Convenio Colectivo Agencia Andaluza de Instituciones Culturales. Art. 11. 4. Las contrataciones temporales se llevarán a cabo mediante la bolsa de trabajo creada al efecto, cuya constitución y funcionamiento deberá aprobarse en el seno de la comisión paritaria, o en su defecto, mediante terna solicitada al Servicio Andaluz de Empleo, excepto en los casos de personal de Nivel I. Los aspirantes se someterán al procedimiento concursal que se establezca.
- C. Colectivo. Convenio Colectivo de Empresa de AGENCIA DE SERVICIOS SOCIALES Y DEPENDENCIA de Andalucía. Artículo 18. Provisión de puestos. La provisión de puestos de la Agencia se efectuará mediante procedimientos que garanticen los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, y que contribuyan a la mejora de empleo, según las modalidades previstas en la normativa vigente.

Artículo 20. Provisión externa de puestos. 2. Provisión externa-temporal de puestos. Cuando la cobertura temporal de los puestos no sea posible mediante provisión interna de los mismos por no cumplir con los requisitos del artículo 19.2.1 del presente Convenio, y siempre y cuando no existan las Bolsas de Empleo a las que se hace referencia en el siguiente artículo, se procederá a la contratación de personal no perteneciente a la Agencia, respetando la normativa de aplicación y velando en todo momento por el cumplimiento de los principios recogidos en el artículo 18 del presente Convenio.

Artículo 21. Bolsas de Empleo. La Agencia creará Bolsas de Empleo, una vez resueltas las convocatorias de provisión de puestos, tanto internas como externas. La creación de estas Bolsas de Empleo deberá quedar recogida en las bases de las correspondientes convocatorias.

Igualmente, la Agencia podrá realizar convocatorias específicas para la creación de Bolsas de Empleo para aquellos perfiles de puestos en los que exista una mayor demanda de cobertura.

Una vez conformadas las Bolsas de Empleo, las mismas se mantendrán vigentes, actualizándose, al menos, una vez al año.

El funcionamiento de las Bolsas de Empleo se regirá por las normas que se fijen de común acuerdo entre la Agencia y la representación legal de las trabajadoras y los trabajadores en el seno del órgano que corresponda.

- Convenio Colectivo de la empresa Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía y sus Sociedades Filiales, Canal Sur Radio, S.A., y Canal Sur Televisión, S.A. Artículo 24. Mesa de Contratación. La Mesa de Contratación se dotará de su propio reglamento de funcionamiento y en él se regularán las Bolsas de trabajo, procedimientos de acceso,

posible afirmar que, en todas las entidades y en todo caso, el personal temporal haya sido reclutado en procedimientos públicos y previa valoración de sus méritos, sí cabe afirmar que se trata de una práctica bastante extendida en la negociación colectiva. En este contexto, la selección de los trabajadores temporales ha respetado tendencialmente los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

Es posible que de facto la contratación temporal haya podido producirse sin ajustarse a los principios mencionados. Pero, en tal caso, debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a cuyo tenor *«los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa»*. Efecto que *«se detiene en la propia declaración normativa, esto es, se presume su legalidad y validez, no se presume su veracidad o certeza, pero cuando se discute su legalidad por la falta de certeza de los actos que conforman su contenido, es a aquel que niega la misma al que corresponde la carga de acreditar su falta de veracidad y por lo tanto quien asume la carga de la prueba, esto es indirectamente asistimos a que también va a presumirse su veracidad iuris tantum»* [SSTS (CA) de 27 de octubre de 2011 (Rec. 6131/2008) y 9 de octubre de 2019 (Rec. 278/2018)]. A mayor abundamiento, ante situaciones en las que *«las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución)» determine como lógica consecuencia que, en materia probatoria, «la parte emisora del informe esté especialmente obligada a aportar al proceso con fidelidad, exactitud y exhaustividad la totalidad de los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, pues en otro caso se vulneraría el principio de igualdad de armas en la administración o ejecución de la prueba», sin que «las deficiencias y carencias en el funcionamiento de un órgano administrativo» puedan «repercutir en perjuicio del solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza»* (STC 227/1991, de 28 de noviembre, F. 3; STC 116/1995, de 17 de julio, F. 1; y STC 61/2002, de 11 marzo, F. 3)

De hecho, esta idea comienza a ser afirmada en la doctrina judicial, en combinación con las exigencias derivadas de las normas europeas. En este sentido, se puede traer a colación la STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2021 (Rec. 845/2020) que confirma la sentencia de instancia que declara la naturaleza indefinida del vínculo laboral no por la naturaleza fraudulenta de alguno de los contratos temporales de las diferentes modalidades, sino por la aplicación de la normativa europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la contratación temporal, valorando el hecho de que no consta que la selección de la trabajadora se realizase en base a criterios diferenciadores no justificados, máxime cuando se trata de una trabajadora que accede a sus contrataciones a través de las bolsas de empleo regladas de la empresa pública.

---

contrataciones y demás materias que ésta estime por conveniente.

La Empresa podrá contratar directamente, al margen de las Bolsas de Trabajo, hasta un 10% de la contratación media anual. Esta contratación directa, en la medida de lo posible, se ajustará a los casos en los que la especificidad de las características del puesto a contratar así lo requiera.

La Mesa de Contratación estará constituida por cinco representantes del Comité Intercentros y cinco de la Dirección de la Agencia Pública Empresarial de la RTVA y sus Sociedades Filiales.

3.º) Por último, el principio de igualdad de tratamiento de situaciones análogas debe conducir, a nuestro juicio, al establecimiento de soluciones homogéneas sin introducir diferenciaciones injustificadas entre el personal indefinido, con independencia del momento de la contratación. No parece razonable, en este sentido, que, como se nos informa, las situaciones anteriores a 2011 tengan un tratamiento distinto que las restantes. Es verdad que existen algunos datos formales que podrían aducirse para diferenciar unas y otras –por ejemplo, la introducción de la previa autorización de la Consejería competente para proceder a la contratación fija o indefinida (art. 11.2 Ley 5/2009, Presupuesto Comunidad Autónoma para 2010), que se ha venido reiterando con posterioridad (cfr. art. 13.2 Ley 3/2020, Presupuesto para 2021)–.

Pero este tipo de normas no parecen relevantes para justificar la diferencia de trato, como no lo son para evitar la transformación de temporales en indefinidos. En este sentido, las SSTS de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 185/2011) y 3 de febrero de 2015 (Rec. 37/2014), subrayan que la transformación de contratos temporales en indefinidos no fijos no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal al no estar ante nuevas contrataciones sino ante una modificación de la naturaleza de los contratos de trabajo, sin incremento alguno de la plantilla de la empresa.

#### ***B) Aspectos formales***

Por lo que se refiere, en otro orden de consideraciones, a la forma en que debería procederse en caso de optarse por esta vía de actuación, resulta obvio que la solución solo puede hacerse mediante una ley. Dado que la exigencia de aplicación de los principios de publicidad, igualdad, capacidad o mérito viene establecida en una norma básica, cabría pensar que únicamente una ley estatal. Sin embargo, no es este nuestro criterio. De un lado, a la vista de las consideraciones que se han desarrollado en el apartado anterior, cabe concluir que no existe en rigor una contradicción entre aquellos principios y el recurso a la figura del personal a extinguir, bien porque no resultaban exigibles bien porque se aplicaron, siquiera matizadamente, en la selección del personal temporal. De otro, porque incluso si existiera, podría ser solventado, como demuestra la práctica que se viene siguiendo, mediante la separación entre este tipo de personal y los empleados públicos en sentido estricto.

Por otro lado, una norma autonómica en esta línea no colisionaría con las reglas estatales en materia de contención de plantillas, habida cuenta de que, como ha señalado la jurisprudencia, no se produce un incremento de gasto pues no se trata de «*plazas de nueva creación sino de plazas que ya estaban cubiertas interinamente y que provocaban el mismo gasto que si hubieran estado cubiertas de forma definitiva*» (STS 28 de junio de 2021, Rec. 3263/2019, con cita de la STJUE de 3 de junio de 2021, Asunto C-726/19). Por lo demás, el art. 19.Uno.6 de la de la LPGE para el 2021 establece que no computarán dentro del límite máximo de plazas derivado de la tasa de reposición de efectivos las plazas «*correspondientes al personal declarado indefinido no fijo mediante sentencia judicial*»<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. DA 3.ª del RD 211/2019, de 29 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2019.

Consideramos en definitiva que sería suficiente una ley autonómica, siempre que, como se ha venido haciendo en las experiencias previas que hemos considerado, la correspondiente disposición clarifique que la consideración como personal laboral «a extinguir» no implica la adquisición de empleado público<sup>27</sup>. Ello permite considerar que se mantiene en las competencias de autoorganización propias de la Comunidad Autónoma sin invadir la de determinación de las bases en materia de empleo público, asignadas en exclusiva al Estado. La introducción de esta salvedad permitiría, por lo demás, eliminar los problemas que esta solución pudiera plantear en el terreno de la armonización con el régimen de algunas de las entidades que nos ocupan –en concreto, las agencias administrativas cuyo personal tiene la condición de empleado público: art. 65.2 LAJA–.

## 4. Posibles actuaciones sobre los procedimientos selectivos

### 4.1. La jurisprudencia constitucional sobre los procesos de consolidación de empleo público

En otro orden de consideraciones, debe tenerse en cuenta que las exigencias en materia de procesos selectivos admiten matices. Aunque los arts. 23.2 y 103.3 de la CE imponen en línea de principio la existencia de procedimientos selectivos abiertos y basados en la igualdad entre las personas que participen, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que estos criterios cedan ante ciertas circunstancias.

#### *A) Viabilidad de procesos de selección restringidos*

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la posibilidad de establecer procesos de selección de restringidos a ciertos participantes, viene prohibida por las reglas del EBEP.

---

<sup>27</sup> Es más, la STS de 18 de diciembre de 2012 (Rec. 185/2011) viene a dar por bueno el sistema establecido en el art. 21 del III Convenio Colectivo de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA) que prevé la adopción por la empresa de las medidas necesarias para reducir la contratación temporal cuando resulte aconsejable, estableciendo la posibilidad de transformar en indefinidos contratos temporales siempre que se cumplan tres requisitos: 1º) que los puestos de trabajo se inserten en un área de perspectivas de consolidación y no estén asociados a programas concretos de actuación; 2º) que el trabajador tenga una antigüedad mínima de tres años; y 3º) que la Comisión de Interpretación y Vigilancia emita informe favorable. La sentencia recurrida acepta la tesis de la empresa demandada EPSA que plantea que «la aplicación del principio de legalidad, esto es el sometimiento de la contratación laboral indefinida en el sector público andaluz al régimen de autorización legalmente establecido, impide a dicha empresa asumir dicha decisión en el año 2010, a pesar de concurrir en dichos diez trabajadores los requisitos exigidos por el artículo 21 de Convenio y por el Acuerdo de 22 de mayo de 2009 tan citado», y concluye afirmando que la empresa EPSA es una empresa de la Junta de Andalucía, señalando que «se trata de una Empresa del sector público autonómico andaluz sin ánimo de lucro, constituida con capital público y, por tanto sometida a las normas que resultan de aplicación en dicho sector». Sin embargo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo concluye que la transformación de contratos temporales en indefinidos no supone un coste de contratación añadido, por lo que no requiere de la autorización establecida en las leyes presupuestarias para la contratación de nuevo personal y que «la transformación en indefinidos de los 10 contratos temporales de obra y servicio determinado es la consecuencia de la obligada aplicación del art. 21 del Convenio Colectivo de la empresa EPSA aplicable, suscrito y pactado en la vigencia del VI Acuerdo de Concertación Social para el empleo público dentro de la cultura de la calidad en el empleo».

En efecto, el art. 55.1 del EBEP califica como rectores del derecho al acceso al empleo público en general los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad; y el art. 61 determina además el carácter abierto de los procesos selectivos, que garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva. De todo ello resulta que el legislador básico establece el necesario carácter abierto de los procesos selectivos de acceso a la función pública (art. 61.1 EBEP).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia de posibles casos excepcionales en los que el sistema selectivo de acceso a la función pública quede restringido a determinadas personas que ocupan puestos de forma no definitiva en la correspondiente Administración. Según el TC, en efecto,

*«no cabe excluir que en determinados casos excepcionales la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración Pública».*

Esta doctrina, extraída de la STC 27/1991, de 14 de febrero, ha sido utilizada con posterioridad, si bien no siempre ha conducido a aceptar la posibilidad de restringir el acceso (véanse, entre otras, SSTC 16/1998, de 26 de enero; 130/2009, de 1 de junio; y 238/2015, de 19 de noviembre). Mas ello se debe a que la jurisprudencia constitucional viene exigiendo el cumplimiento de los siguientes requisitos para que pueda ceder la prohibición de principio de los procesos de selección restringidos:

- 1) En primer lugar, debe tratarse de una situación excepcional. En este sentido, se ha considerado que concurre este primer requisito cuando la convocatoria del proceso restringido pretende resolver una situación singular que tiene su origen en la necesidad de instaurar una nueva Administración Pública o un nuevo aparato administrativo en un ámbito concreto como el sanitario y contribuir a la estabilidad y eficacia de la Administración Pública, al tener que adscribir de forma inmediata al personal existente en régimen de contratación o de interinidad, al no existir una plantilla de funcionarios ni tiempo para acudir a las formas normales de ingreso.
- 2) En segundo lugar, sólo es posible acudir a este tipo de procedimientos una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación también excepcional.
- 3) Y en tercer y último lugar que dicha posibilidad esté prevista en una norma de rango legal. A estos efectos, debe tenerse en cuenta que encaja en las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos la norma que prevé que la adquisición de tal condición se verificará mediante convocatorias abiertas y también, por implicar una modulación de dicha norma, las excepciones que eventualmente se pueden prever a tal regla general (por todas, SSTC 238/2015, de 19 de noviembre, y 38/2021, de 18 de febrero, con cita de otras anteriores).

## *B) Sobre la posible utilización del concurso de méritos y la valoración de estos*

Como hemos visto, el EBEP parte de la preferencia por los sistemas de selección del concurso o el concurso-oposición. Según el art. 61.6 del EBEP, los sistemas selectivos *«serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación»* y *«sólo en virtud de ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos»*. Es importante, sin embargo, destacar que esta preferencia únicamente se aplica necesariamente en el ámbito del personal funcionario. En efecto, el siguiente art. 61.7 del EBEP establece que *«los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos»*. De este modo, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios de carrera, no se establece ningún orden o prelación entre los sistemas selectivos clásicos cuando referidos al personal sujeto a contrato de trabajo. Y así, para este personal se prevé un régimen más flexible que se permite utilizar indistintamente cualquiera de los tres sistemas reseñados<sup>28</sup>. Además, como ya se ha señalado, el art. 37.1.c) del EBEP incluye en la esfera de lo negociable las reglas generales en materia de selección, por lo que la propia autonomía colectiva puede imponer el concurso de méritos como sistema ordinario de selección<sup>29</sup>.

Tanto si se recurre al concurso como si este se combina con la oposición, es interesante considerar la posible valoración de la experiencia profesional pues la misma podría ser una forma de compensar la situación los afectados por nombramientos o contratos temporales de carácter abusivo, así como de los trabajadores indefinidos no fijos<sup>30</sup>. Como señalan las SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, y 27/2012, de 1 de marzo, la valoración como mérito de la experiencia profesional es perfectamente válida desde el punto de vista constitucional. Ciertamente, *«la consideración de los servicios prestados no es ajena al concepto de mérito y capacidad, pues el tiempo efectivo de servicios puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público y, suponer, además, en ese desempeño, unos méritos que pueden ser reconocidos y valorados»* (SSTC 67/1989, de 18 de abril, y 107/2003, de 2 de junio). Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha advertido igualmente de que la valoración de la experiencia previa no *«puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, ni tener una dimensión cuantitativa que rebase el «límite de lo tolerable»* (STC 107/2003, de 2 de junio, con cita de otras anteriores). En esta línea, el art. 61.3 del EBEP dispone 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»*.

Sobre este particular existe una extensa y abigarrada doctrina constitucional dirigida a evitar que se produzcan los indicados efectos. Sin entrar en detalles al

<sup>28</sup> STS (CA) de 28 de mayo de 2020 (Rec. 362/2018).

<sup>29</sup> STS (CA) de 28 de mayo de 2020 (Rec. 362/2018).

<sup>30</sup> Los procesos de consolidación de personal no permanente resultan sin duda de aplicación -con mayor razón si cabe- a los trabajadores temporales que hubieran alcanzado la condición de «indefinidos no fijos» en virtud de una resolución judicial. Cfr. las SSTSJ del País Vasco (CA) de 18 de diciembre de 2014 (Rec. 410/2012) y de Asturias (CA) de 25 de febrero de 2019 (Rec. 156/2018).

respecto<sup>31</sup>, conviene tener presente que el Tribunal Constitucional, aun habiendo alcanzado la conclusión de que la valoración como mérito único de los servicios prestados o la relevancia cuantitativa que las bases de la convocatoria hayan dado a este mérito concreto deba considerarse desproporcionada a favor de unos participantes respecto de otros, ha insistido también en que *«este hecho, por sí mismo no conduce a apreciar una lesión del art. 23.2 CE, sino que, como antes hemos señalado, en algunas circunstancias excepcionales se puede justificar la aplicación de criterios como los analizados en el presente proceso»* (SSTC 67/1989, de 18 de abril, 12/1999, de 11 de febrero, y 27/2012 de 1 de marzo). A estos efectos, se valoran criterios similares a los que se han examinado en relación con la admisibilidad de los procesos de selección restringidos, a saber: *«En primer lugar, justificación de la excepcionalidad de la medida a adoptar, fundamentada exclusivamente en la singular, puntual y transitoria necesidad de tener que poner en funcionamiento una nueva forma de organización de las Administraciones autonómicas resultante de la asunción de competencias que antes correspondían al Estado. En segundo término, la limitación de acudir por una sola vez a estos procedimientos excepcionales. Y, finalmente, la reserva de Ley, que exige la aprobación mediante norma con este rango legal de la cobertura necesaria para la convocatoria de dichos procesos selectivos»* (STC 27/2012, de 1 de marzo).

Es razonable que así sea. Como se advierte en la ya citada STC 12/1999, de 11 de febrero, si en determinados casos el legislador puede recurrir incluso a procesos selectivos de carácter restringido, parece lógico pensar que, en tales supuestos, y con

---

<sup>31</sup> Se ha excluido, por una parte, en los procesos de consolidación de interinos, el sistema llamado de «mochila» en cuya virtud los puntos obtenidos en la fase de concurso (incluyendo los que se conceden por el tiempo de servicios prestados en régimen temporal en la Administración Pública) pueden computarse también para superar los ejercicios de la fase de oposición, supone una diferencia no razonable y arbitraria de trato entre quienes concurren a la oposición habiendo prestado previamente servicios como contratados y los demás opositores (por todas, SSTC 67/1989, de 18 de abril, y 93/1995, de 19 de junio). En esta misma línea se ha excluido que quepa eximir a los interinos de alguna o algunas de las pruebas en atención a la capacidad y la formación acreditadas ni sustituirla, sólo para ellos, por una diferente [STS (CA) de 17 de julio de 2013 (Rec. 245/2012)]. Igualmente, en los procesos de concurso-oposición, si la fase de concurso se celebra en primer lugar, no puede tener carácter eliminatorio. En este sentido, hay que traer a colación la doctrina sentada por la STC 27/2012, de 1 de marzo.

Por otra parte, la situación es diferente cuando los participantes sin experiencia previa, al menos, cuentan con la posibilidad de equilibrar la puntuación en la fase de oposición, para cuyo acceso no se establece nota de corte. Aunque quienes poseen servicios previos tienen una posición ventajosa, ello no significa *«un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración»* (SSTC 83/2000, de 27 de marzo, y 107/2003, de 2 de junio). Se abre en este segundo caso la necesidad de determinar cuando la valoración del mérito del tiempo de servicios sobrepasa o no el límite de lo tolerable en un examen que ha sido desarrollado de forma casuística tanto por la jurisprudencia constitucional (por ejemplo, SSTC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 228/1994, de 18 de julio; 229/1994, de 18 de julio; 11/1996, de 29 de enero; 83/2000, de 27 de marzo; y 107/2003, de 2 de junio) como por la del orden contencioso-administrativo [entre otras, SSTS (CA) de 14 de octubre de 2009 (Rec. 1262/2006), o 14 de febrero de 2011 (Rec. 3835/2008)]. Como aproximación aritmética a esta casuística, se considera que nos encontramos en el límite de lo tolerable cuando la máxima puntuación de los servicios previos oscila entre un 27,58% y un 32% de la puntuación máxima que puede lograrse en total en el proceso selectivo.

mayor razón, será posible recurrir a otras medidas excepcionales de menor entidad: utilización del concurso de méritos y elevada valoración de la experiencia profesional previa en la misma Administración.

#### 4.2. Posibles actuaciones concretas

A la vista del análisis que antecede, cabe pensar en dos posibilidades concretas: restringir la participación en la oferta pública de empleo (A) o modular un sistema selectivo específico para desarrollarla (B).

##### A) Requisitos formales de la selección en procesos restringidos

En efecto, como he indicado, la restricción de los posibles participantes en las pruebas de acceso se ha admitido en ciertos casos por la jurisprudencia constitucional. Por eso, no cabe descartar que pueda ser una vía por explorar para dar solución al problema que nos ocupa. Presenta, sin embargo, algunos problemas. De un lado, supone un mayor sacrificio de los principios de igualdad, capacidad y mérito; y, de otro, es posible, que no quede al alcance de una normativa de carácter autonómico.

En efecto, desde la perspectiva formal, es claro que cualquier solución en la línea de instaurar procesos selectivos de carácter restringido debe venir establecida por norma con rango de ley: no sería posible que el convenio colectivo los pudiera organizar sin incurrir en ilegalidad por desconocimiento de la disp. adic. 1ª EBEP. Pero además, con toda probabilidad, esta norma habrá de ser una ley estatal de carácter básico, toda vez que la doctrina constitucional no solo predica el carácter básico del art. 61 del EBEP sino también y sobre todo de los principios generales recogidos en el art. 55.1 del EBEP. En este sentido se ha manifestado la STC 238/2015, de 19 de noviembre:

*«Como adelantamos en el fundamento jurídico segundo, es constante la doctrina constitucional (por todas, STC 174/1998, de 23 de julio, y STC 111/2014, de 26 de junio) que afirma que la competencia básica estatal sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE) comprende la fijación del principio de igualdad como elemento esencial del acceso a dicha condición, de modo tal que los arts. 55.1 y 61 del texto refundido de la Ley del estatuto básico del empleado público que establecen este principio en la actualidad son formal y materialmente básicos. Estas mismas resoluciones del Tribunal Constitucional, en los términos que igualmente se han indicado en el fundamento jurídico segundo, declaran que dicha competencia estatal básica alcanza también a la determinación de qué modulaciones admite tal principio en cada momento.»*

En este contexto, parece más seguro que la legislación estatal básica articule los aspectos generales de los procesos selectivos de carácter restringido y que, en su caso, puedan ser concretados con posterioridad en los ámbitos autonómicos.

##### B) Posibilidades de configuración de sistemas de selección específicos

En este contexto, probablemente interese centrarse en la configuración del procedimiento de acceso. No se trata solo de que, como hemos visto, es un procedimiento menos «agresivo» con los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito que otros mecanismos para salvaguardar las expectativas del personal laboral que puedan ser consideradas. Además, desde una perspectiva formal,

trabajar en este terreno es probablemente más sencillo.

En este sentido, como ya se ha señalado, en la regulación básica vigente ya se prevé su uso indiscriminado en la selección de los empleados públicos laborales fijos (art. 61.7 EBEP), al tiempo que se autoriza a la negociación colectiva a imponerlo como sistema ordinario de selección [art. 37.1.c) EBEP]. Y, de hecho, así lo hacen los arts. 39.3 de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía y 16.3 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía -aplicables en el ámbito de las agencias administrativas en virtud de lo dispuesto en el art. art. 65.2 de la LAJA-. Dado que la selección del personal al servicio de las agencias públicas empresariales o de régimen especial, sociedades mercantiles y fundaciones públicas, aunque debe ajustarse a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad [DA 1.ª EBEP y arts. 70, 74.2.b), 77 y 78.2 LAJA], no se rige ni por el EBEP ni por la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, la concreción de dichos principios corresponde a la específica normativa reguladora de estas entidades y a la negociación colectiva, cuyo margen de maniobra es extraordinariamente amplio, sobre todo en materia de sistemas selectivos. De este modo, el sistema de concurso puede imponerse y ser configurado por la propia negociación colectiva.

Las posibilidades de la negociación colectiva en este terreno resultan bastante amplias, tanto por lo que se refiere al ámbito de los convenios como en relación con las posibilidades de configuración del proceso selectivo. En el primer sentido, si bien existe en el EBEP una disciplina específica sobre negociación en el ámbito del empleo público, no parece que las reglas sobre las diferentes Mesas establecidas en sus arts. 34 ss. afecten al supuesto. Y ello, por dos razones: con carácter general, porque no resultan aplicables en las instituciones del sector público instrumental, al no estar incluidas en la remisión de la disp. adic. 1ª EBEP; pero, incluso en el caso de que estén sujetas al EBEP, como en el caso de las agencias administrativas, no estamos en presencia de un tema que afecte por igual a personal laboral y funcionario, de modo que no sería necesario llevarlo a la correspondiente Mesa General por imperativo del art. 36.3 EBEP. De este modo, cabe pensar en la aplicación de las reglas generales del ET, en relación con las unidades de negociación, incluyendo la posibilidad de que la cuestión se negocie a nivel de cada agencia, sociedad o fundación.

Por otro lado, para resolverlo, en el sistema de concurso podría valorarse, entre otros méritos, la *«experiencia profesional en la misma categoría a la que se aspira»* y la *«antigüedad en las Administraciones Públicas»* en función del ámbito en que se haya adquirido dicha experiencia y antigüedad, tal y como se hace en el art. 16 del VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía. Y así se podría otorgar una diferente puntuación a la experiencia profesional en la categoría profesional objeto de la convocatoria y a la antigüedad en las Administraciones Públicas según los servicios se hayan prestado en la entidad convocante (o mejor aún, en el sector en que esta intervine, verbigracia, las Instituciones Culturales, la Educación, o los Servicios Sociales y la Dependencia, etc.) o en el resto de las Administraciones Públicas y empresas públicas o privadas, incluidas la Junta de Andalucía y el resto de entidades integrantes del Sector Público Andaluz, pero siempre de manera proporcional y no arbitraria.

## 5. El impacto del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

De forma sobrevenida a la elaboración del dictamen, se ha aprobado el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Se hace preciso, por tanto, reflexionar sobre el impacto que esta nueva norma pueda tener en el objeto del dictamen.

### 5.1. Los nuevos “procesos de estabilización de empleo temporal”

Esta norma, además de introducir algunas modificaciones en el texto del EBEP (art. 1), establece determinadas reglas para articular “procesos de estabilización de empleo temporal”. En este terreno se establecen las siguientes previsiones:

1.º) Adicionalmente a lo establecido en los arts. 19.uno.6 de la LPGE/2017 y 19.uno.9 de la LPGE/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»* (apartado 1).

2.º) Las ofertas de empleo que articulen estos procesos de estabilización, así como los nuevos procesos de estabilización, deberán aprobarse y publicarse en los respectivos diarios oficiales antes de 31 de diciembre de 2021 y serán coordinados por las Administraciones Públicas competentes; la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos para la cobertura de las plazas incluidas en las ofertas de empleo público deberá producirse antes de 31 de diciembre de 2022; y, en fin, la resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes de 31 de diciembre de 2024 (apartado 2).

3.º) La tasa de cobertura temporal de las plazas incursas en los procesos de estabilización deberá de situarse por debajo del 8% de las plazas estructurales (apartado 3).

4.º) La articulación de estos procesos selectivos, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad (apartado 4). Dicha articulación podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, pudiendo articularse medidas que posibiliten una coordinación entre las diferentes Administraciones en el desarrollo de los mismos en el seno de la Comisión de Coordinación del Empleo Público.

5.º) 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 en el marco de la negociación colectiva establecida en el artículo 37.1.c) del texto refundido de la Ley*

del Estatuto Básico del Empleado Público» (apartado cuarto)<sup>32</sup>. Y, en fin, en el supuesto de que en la normativa específica sectorial o de cada Administración así se hubiera previsto, los mecanismos de movilidad o de promoción interna previos de cobertura de plazas serán compatibles con los procesos de estabilización (apartado cuarto).

De esta manera, se impone el sistema de concurso-oposición, aunque las Administraciones Públicas podrán optar por el sistema de concurso de méritos si su normativa propia o «específica» lo permite. En el sistema de concurso-oposición corresponderá un 40% de la puntuación total a la fase de concurso y el 60% restante a la oposición (art. 2.4 RD-I 14/2021). Los méritos a valorar en la fase de concurso, por lo general, son las titulaciones académicas, los cursos de formación o perfeccionamiento y la experiencia profesional, pero por imperativo del propio art. 2.4 del RD-I 14/2021 esta última debe tener un peso principal. De este modo, la puntuación de los servicios prestados podrá alcanzar sin problemas el 33% de la puntuación máxima que puede lograrse en total en el proceso selectivo. No obstante, corresponde a la negociación colectiva conjunta en el seno de las Mesas Generales de Negociación comunes al personal funcionario y laboral de cada Administración Pública determinar, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública, la valoración de la antigüedad. Por lo demás, la experiencia profesional a ponderar es la acreditada en el cuerpo/escala o categoría/grupo profesional al que se concursa, y, en principio, no parece que se pueda circunscribir a la acreditada en la Administración convocante<sup>33</sup> ni que se pueda valorar de forma distinta según la Administración de procedencia<sup>34</sup>, si el trabajo a desarrollar por los empleados públicos que se pretenden seleccionar no difiere sustancialmente del prestado por los empleados de otras Administraciones Públicas y no existen circunstancias objetivas que justifiquen lo contrario. En este sentido, la STS (CA) de 24 de junio de 2019 (Rec. 1776/2016), ante la denuncia de que no estaba justificada la distinta valoración de la experiencia laboral en un mismo cuerpo o escala en la Administración General de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y la obtenida en Ayuntamientos, declara lo siguiente: «no parece arbitrario atribuir distinta puntuación a la experiencia previa en la Administración según se haya adquirido en la misma a la que pertenece la plaza convocada o a otra diferente. Aun pudiendo haber elementos comunes entre una y otra, no cabe duda de que no es el

---

<sup>32</sup> La DA 1.ª del RD-I 14/2021 prevé las siguientes medidas específica para el ámbito local:

«1. Los municipios, excepto los de gran población previstos en el título X de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, podrán encomendar la gestión material de la selección de su personal funcionario de carrera o laboral fijo a las diputaciones provinciales, cabildos, consejos insulares, entes supramunicipales u órganos equivalentes en las comunidades autónomas uniprovinciales.

Los municipios podrán, también, encomendar en los mismos términos la selección del personal funcionario interino y personal laboral temporal.

2. Finalizado el proceso selectivo, la autoridad competente de la entidad local nombrará o contratará, según proceda, a los candidatos que hayan superado el proceso selectivo.

3. Los procesos de estabilización de empleo temporal en el ámbito local se regirán por lo dispuesto en el artículo 2. No serán de aplicación a estos procesos lo dispuesto en los artículos 8 y 9 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local».

<sup>33</sup> STS (CA) de 2 de abril de 2008 (Rec. 4538/2003). Cfr. la STS (CA) de 17 de septiembre de 2008 (Rec. 4598/2005).

<sup>34</sup> Cfr. las SSTS (CA) de 13 de julio de 2004 (Rec. 6492/1999) y 24 de junio de 2019 (Rec. 1776/2016).

*mismo el contexto organizativo y funcional correspondiente ni de que tampoco coinciden, en principio, las competencias y funciones ni la normativa a aplicar. Por lo tanto, mediando esas diferencias no es irrazonable que también difiera la puntuación».*

6.º) De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en estos procesos, necesariamente, plazas de carácter estructural desempeñadas por personal con vinculación temporal (apartado 5). Por ello, tienen que responder a necesidades permanentes y estructurales y estar dotadas presupuestariamente. Circunstancias que no se dan ni respecto de los contratados laborales temporales en la modalidad de obra o servicio determinado con cargo a capítulo sexto sin cargo a puesto, ni respecto de los funcionarios interinos en las modalidades de ejecución de programas de carácter temporal o acumulación de tareas que, según la normativa, van sin cargo a puesto, bastando que solamente exista crédito presupuestario.

7.º) El personal funcionario interino o el personal laboral temporal afectado por los procesos de estabilización de empleo temporal que, estando en activo como tal y habiendo participado en el proceso selectivo de estabilización, viera finalizada su relación con la Administración por la no superación del proceso selectivo tendrá derecho a *«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»* (apartado 6). En el caso del personal laboral temporal, dicha compensación consistirá *«en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año»* y *«en caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades»* -lo que en este caso no tiene ningún sentido, ya que no estamos ni ante un despido por causas objetivas o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción ni ante un despido disciplinario que deba ser declarado improcedente y que, por tanto, genere en favor del personal laboral temporal una indemnización superior que deba ser objeto de compensación-.

Además, las convocatorias de estabilización que se publiquen podrán prever para aquellas personas que no superen el proceso selectivo, su inclusión en bolsas de interinos específicas o su integración en bolsas ya existentes (DA 4.ª RD-I 14/2021). En dichas bolsas se integrarán aquellos candidatos que, habiendo participado en el proceso selectivo correspondiente, y no habiendo superado éste, sí hayan obtenido la puntuación que la convocatoria considere suficiente.

8.º) Con el fin de permitir el seguimiento de la oferta, las Administraciones Públicas deberán certificar al Ministerio de Hacienda, a través de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, el número de plazas ocupadas de forma temporal existente en cada uno de los ámbitos afectados (apartado 7).

## 5.2. El ámbito de aplicación de las reglas del RD-I 14/2021

Aunque las citadas normas tienen carácter básico y de legislación laboral al amparo del art. 149.1.7.ª y 18.ª de la Constitución Española (DF 1.ª RD-I 14/2021), no resultan a nuestro juicio aplicables al problema que nos ocupa. Si bien el título de la

norma utiliza la genérica expresión “empleo público”, las entidades destinatarias de los mandatos son las Administraciones públicas en sentido estricto. Es a ellas a las que se hace referencia constantemente tanto en la Exposición de Motivos como en la parte dispositiva. La modificación del EBEP, por otro lado, no alcanza a la limitada previsión de la aplicación de algunos de sus principios a las “entidades del sector público estatal, autonómico y local” (DA 1ª EBEP). En fin, hay que hacer hincapié en la referencia del art. 2.1 del RD-I 14/2021 a los arts. 19.uno.6 de la LPGE/2017 y 19.uno.9 de la LPGE/2018, que definen el ámbito de la Oferta de Empleo Público, es decir, la incorporación de nuevo personal en el sector público delimitado en los arts. 18.Uno de las propias LPGE para 2017 y 2018. Estas reglas exceptúan expresamente « *las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales, fundaciones del sector público y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el Sector Público*» que se rigen por las normas especiales contenidas en las DD.AA. 15.ª, 16.ª y 17.ª de la LPGE/2017 y 29.ª, 30.ª y 31.ª de la LPGE/2018.

Pues bien, el apartado 5 de la DA 15.ª de la LPGE/2017 contempla la posibilidad de que sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales puedan realizar, exclusivamente para “*procesos de consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición, calculada conforme a las reglas del artículo 19.Uno.4 de esta Ley*”. Sin embargo, no dice nada a propósito de estos procesos selectivos, limitándose a señalar, como viene siendo habitual en todas las LPGE, que la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública, así como del accionista mayoritario, y que por la Secretaría de Estado de Función Pública se podrán establecer bases o criterios de actuación comunes en los procesos selectivos, con el fin de hacer efectiva la aplicación de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, así como la implantación del procedimiento electrónico.

Más tarde, en el II Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo (BOE 26/3/2018) se pacta que los procesos de estabilización de empleo público se podrán desarrollar igualmente en los ámbitos de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, consorcios y fundaciones del sector público, Agencias y Autoridades independientes, para la estabilización de las plazas o puestos de trabajo que, respondiendo a necesidades estructurales, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida en los tres años anteriores al 31 de diciembre de 2017, siempre que hayan estado dotadas presupuestariamente de modo que la tasa de cobertura temporal de estas plazas se sitúe al final del período por debajo del 8 por ciento, y que la articulación de los procesos selectivos se adaptará a lo dispuesto en los párrafos anteriores. Pues bien, las DD.AA. 29.ª, 30.ª y 31.ª de la LPGE/2018, que incorpora los pactos alcanzados en dicho acuerdo, establece que las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales, consorcios y fundaciones del sector público podrán disponer de una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal de las plazas, dotadas presupuestariamente, que hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpida al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2017. Los procesos de estabilización deberán aprobarse y publicarse en los ejercicios 2018 a 2020. La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, «*garantizará el*

*cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación colectiva». De la resolución de estos procesos no podrá derivarse, en ningún caso, incremento de gasto ni de efectivos, debiendo ofertarse en ellos, necesariamente, plazas de naturaleza estructural que se encuentren desempeñadas por personal con vinculación temporal.*

La LPGE para el 2021 recoge, en fin, la ampliación excepcional del plazo previsto en las disposiciones adicionales vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 para la autorización y publicación de los procesos de estabilización de empleo temporal. En este sentido, la DT 4.ª de dicha disposición legal establece que *«con carácter excepcional, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo para aprobar y publicar los procesos de estabilización de empleo temporal a que se refieren las disposiciones adicionales vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018»* y que *«en los demás extremos estos procesos se atenderán a los requisitos y condiciones establecidos en dicha disposición adicional»*<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Con carácter excepcional, la habilitación temporal para la ejecución de la Oferta de Empleo Público, o instrumento similar de las Administraciones Públicas y de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en los arts. 19.Uno.6 de la Ley 3/2017 y 19.Uno.9 de la Ley 6/2018, mediante la publicación de las correspondientes convocatorias de procesos selectivos regulada en el art. 70.1 del EBEP, *«cuyo vencimiento se produzca en el ejercicio 2020, se entenderá prorrogada durante el ejercicio 2021»* (art. 11.1 Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio). Asimismo, se amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo para aprobar y publicar en los respectivos Diarios Oficiales las ofertas de empleo público que articulen los procesos de estabilización de empleo temporal a los que se refiere el apartado anterior y en los demás extremos estos procesos se atenderán a los requisitos y condiciones establecidos en cada una de las citadas Leyes de Presupuestos, según corresponda (art. 11.2 Real Decreto-ley 23/2020). Por su parte, la DT 1.ª del RD-I 14/2021 dispone que los procesos selectivos para la cobertura de plazas incluidas en las ofertas de empleo público aprobadas en el marco de los procesos de estabilización de empleo temporal previstos en los arts. 19.uno.6 de la LPGE/2017 y 19.uno.9 de la LPGE/2018, cuya convocatoria hubiere sido publicada en los respectivos diarios oficiales con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley, seguirán ejecutándose con arreglo a las previsiones de las respectivas convocatorias y que la resolución de estos procesos selectivos deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2024.

## Conclusiones

A la vista de cuanto antecede, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- I. Siendo cierta la creciente proyección de los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito en el ámbito del sector público instrumental, no lo es menos que no encuentra fundamento directo en la Constitución sino que descansa en decisiones legales y, además, no alcanza la intensidad que tiene en el estricto ámbito de las administraciones públicas.  
En este sentido, cabe recordar que solo a finales de los 90 han aparecido normas legales sujetando a los indicados principios a las entidades del sector público instrumental del ámbito estatal; y solo con el EBEP (2007) se ha extendido el criterio al conjunto del sistema. Por otro lado, hasta fecha bien reciente (2020), han existido dudas sobre el impacto de estas normas en la aplicación de las soluciones laborales de carácter general en el ámbito de estas entidades del sector público.
- II. En otro orden de consideraciones, las consecuencias que tradicionalmente se han extraído de la aplicación de estos principios a las relaciones laborales resultan discutibles a la vista de las previsiones 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.  
La jurisprudencia del TJUE sobre el particular lo ha señalado con reiteración, descartando los diferentes fundamentos que se aportan para exceptuar la aplicación de las reglas generales.
- III. Habida cuenta de lo anterior, cabe pensar en que el correcto cumplimiento de la Directiva posibilita una intervención legislativa de carácter excepcional dirigida a salvaguardar las expectativas de las personas sujetas a vinculaciones laborales que no se ajusten a sus exigencias.  
La constatación de esta situación podría hacerse, con carácter general, sobre la base en la existencia de un incumplimiento por parte de las Administraciones empleadoras de sus obligaciones en relación con la tempestiva cobertura de los puestos de trabajo correspondientes. Este planteamiento ha sido recientemente recogido por la jurisprudencia del TS para el personal laboral de las Administraciones y puede ser extendido por analogía al del sector público instrumental.
- IV. Esta intervención podría consistir, por una parte, en la delimitación de una situación de personal a extinguir, en línea con diferentes experiencias tanto en el ámbito estatal como en el autonómico.  
En el caso concreto que se ha sometido a nuestra consideración, esta solución se sustenta en diferentes fundamentos. De un lado, en la constatación de que, en muchos casos, los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito habrán sido efectivamente cumplidos en atención a las

previsiones de los convenios colectivos o a las prácticas existentes en las diferentes instituciones. De otro lado, en exigencias de seguridad jurídica, habida cuenta la imposibilidad de exigir de forma sobrevenida la aplicación de los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito y las persistentes dudas sobre las consecuencias de su desconocimiento en la aplicación de las reglas laborales. En fin, si como se nos informa, la exigencia se proyecta únicamente sobre los trabajadores contratados con posterioridad a una determinada fecha, no se alcanza a advertir la existencia de una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato.

- V.** Por otra parte, situaciones de excepcionalidad como la que parece plantearse en casos como el informado, en el que no se han convocado regularmente procesos de selección conforme a los principios de publicidad, igualdad, capacidad y mérito, justifican, a la luz de la jurisprudencia constitucional, el recurso a medidas igualmente excepcionales en relación con los indicados procesos.

Tratándose del sector público instrumental, esta posibilidad queda abierta a amplias posibilidades de configuración puesto que, salvo en algún caso en el que resulta de aplicación la legislación autonómica de función pública, no existen normas legales que precondicionen los procedimientos. Asimismo, la negociación colectiva podría concretarlos.

\* \* \* \* \*

Esta es nuestra opinión que sometemos, por supuesto, a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

València, a 22 de julio de 2021.

**JOSE MARIA|  
GOERLICH|  
PESET**

Firmado digitalmente  
por JOSE MARIA|  
GOERLICH|PESET  
Fecha: 2021.07.22  
08:20:40 +02'00'

José María Goerlich Peset

**MARIA  
REMEDIOS|  
ROQUETA|  
BUJ**

Firmado  
digitalmente por  
MARIA REMEDIOS|  
ROQUETA|BUJ  
Fecha: 2021.07.22  
09:54:22 +02'00'

Remedios Roqueta Buj