

PRIMERA PARTE
FLEXIBILIDAD EXTERNA: MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
Y REGULACIÓN DE EMPLEO DEL PERSONAL AL SERVICIO
DE LAS AA.PP.

EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL EN ESPAÑA:
PRECARIEDAD DEL MODELO Y RECUPERACIÓN DEL SISTEMA
(2010-2016).*

Xavier Boltaina Bosch**
Universitat de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. –2. La precariedad “estable”: causas de su existencia. – 3. La gestión de la temporalidad e interinidad en el sector público. Una aproximación a algunas de las cuestiones más problemáticas del empleo temporal. 3.1. La ausencia de convocatoria de plazas cubiertas interina o temporalmente. 3.2. La interinidad funcional y laboral de “larga duración”. – 4. Los criterios de acceso al empleo temporal o interino: la legislación presupuestaria, entre la restricción y la apertura. 4.1. La regulación jurídica para el 2016: artículo 20.dos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado. 4.2. Las definiciones del artículo 20.dos de la Ley 48/2015. –5. Algunas consideraciones sobre la extinción de los nombramientos y contratos temporales e interinos. En especial los indefinidos no fijos. –6. La consolidación de empleo temporal o interino. la “suspensión” y parcial “rehabilitación” para el 2016 de la disposición transitoria 4ª del EBEP.

RESUMEN

El artículo analiza la problemática del empleo público temporal en las Administraciones Públicas, especialmente en el periodo 2010-2016 en que se ha impuesto una reducción de la incorporación de personal permanente y aumento en muchos supuestos de la temporalidad aunque también nuevos criterios jurisprudenciales sobre la extinción de los vínculos interinos y laborales temporales. Se analiza la confluencia del personal funcionario interino y de los trabajadores temporales, algunos aspectos más relevantes del trabajador indefinido no fijo, los criterios presupuestarios para poder incorporar personal no permanente en el sector público y finalmente la activación parcial de la posibilidad de estabilización del empleo temporal al amparo de la DT 4ª del EBEP, en suspenso entre el 2012 y el 2015.

ABSTRACT

The article analyzes the evolution of non-permanent public employment in Spain between 2010 and 2016, the crisis of the system and the new prospects after the financial crisis in the

*Recibido el 2 de febrero 2016, aceptado 16 de marzo 2016

** Profesor de Relaciones Laborales de la Universidad de Barcelona.

Gerente de la Diputación de Barcelona y Coordinador de asistencia en Recursos Humanos a los gobiernos locales; Gerente del Consorcio de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo-Barcelona.

Spanish public sector. Moreover, the paper deals with the new legal framework for 2016, a set of rules aimed to the recovery of lost public employment and also aimed to the stabilization of a large number of temporary jobs in the public service.

Palabras clave: Funcionarios interinos, personal laboral temporal, oferta de empleo público, tasa de reposición de efectivos, criterios incorporación personal no permanente, consolidación empleo temporal.

Key words: non-permanent jobs, financial crisis, stabilization of jobs, public service, temporary jobs.

1. INTRODUCCIÓN

Un mal endémico de la función pública española –entendida en el sentido más amplio: personal funcionario y laboral–, en todas sus esferas administrativas, aunque muy especialmente en la autonómica y la local, es la “precariedad”, entendida ésta en la expresión que nosotros aquí empleamos como la existencia de trabajadores, funcionarios y otras modalidades de personal vinculado con la Administración y el sector público a través de un régimen jurídico de interinidad o temporalidad de muy diferentes intensidades: precariedad strictu sensu, esto es vínculos de muy corta duración, empleados interinos o temporales que acumulan sucesivamente muchos contratos o nombramientos fruto de su entrada y salida permanente de las “bolsas de trabajo” o listas de espera y finalmente, trabajadores y funcionarios “interinos” hasta la cobertura de la plaza que a consecuencia de la política de restricción de la última década y muy especialmente del periodo 2012-2015, acumulan años y más años, superando incluso el decenio en situación de pendencia a la espera de tal convocatoria que nunca llega.

Planteamos así un concepto distinto al ámbito privado. En este último, el empleo “precario” alcanza una cualificación más peyorativa: formas de trabajo que implican inseguridad laboral, ingresos bajos y beneficios sociales y derechos legales limitados. Normalmente el empleo precario en el sector privado hace referencia a formas de trabajo no permanente, temporal, ocasional, inseguro y contingente. Desde el punto de vista de un trabajador, el trabajo precario está relacionado al empleo inseguro, impredecible y arriesgado, algo que no parece ser el paradigma del sector público español, en términos generales.

Los trabajadores que tienen estos empleos no están o sólo están parcialmente cubiertos por la protección de las legislaciones laborales y la seguridad social, y se encuentran con dificultades en la ley o en la práctica a la hora de unirse o formar un sindicato¹. Sin embargo, en el sector público también existen estos colectivos, del que son buena prueba los magistrados suplentes y jueces sustitutos, muchos profesores de las universidades públicas vinculados a becas o subvenciones así como los empleados públicos locales en trabajos ocasionales de planes de empleo.

Aunque las figuras jurídicas más importantes existentes en este momento –funcionario interino en sus diversas modalidades, personal laboral temporal y trabajadores indefinidos no fijos, así como el muy singular personal eventual de confianza o asesoramiento especial– son confi-

¹ Informe del 2011: “Vivir con inseguridad económica: mujeres y trabajo precario”. Confederación Sindical Mundial, marzo de 2011, pág. 13

guradas como una posibilidad de gestión razonable de los recursos humanos públicos, también es cierto que en pleno año 2016 esta precariedad deviene, como lo ha sido en la última década y casi desde el inicio mismo de la transición política española, uno de los problemas más importantes que debería encararse ante cualquier hipotética nueva reforma del empleo público español desde el punto de vista legislativo, una vez fracasado el modelo del Estatuto Básico del Empleado Público de 2007 (hoy, RD-legislativo 5/2015, en texto refundido), pero también en el diseño de la gestión de los recursos humanos en las respectivas entidades que conforman el sector público estatal, autonómico, local y universitario

Este problema parece no desaparecer nunca de nuestro panorama de empleo público desde el inicio mismo de la transición a la democracia y se ha acentuado aún más en el periodo 2008-2016. Las medidas específicas –como la consolidación de empleo sanitario en su momento o la aprobación de la DT 4ª del EBEP del 2007– quedan muy a menudo superadas por el paso del tiempo y la creación de nuevas bolsas de interinos y temporales que lejos de ser una herramienta de gestión son un conjunto de empleados públicos perennemente vinculados de forma supuestamente transitoria con la Administración, pero alcanzando muy a menudo una prestación de servicios que puede superar como media la duración de un contrato de trabajo fijo en el sector privado, por lo que el concepto “precariedad” por nosotros empleado debe insertarse en un paradigma muy diferente al de la empresa privada.

En el informe del Defensor del Pueblo del año 2003² y en el informe del Consejo Económico y Social del 2004³, la conclusión más destacada era que especialmente en el ámbito autonómico y local, así como también en el universitario público, el nivel de precariedad era ya excesivo, cuando no mayoritario en muchas entidades y superando el límite del abuso en no pocas de ellas.

Transcurrida más de una década de estas consideraciones, el panorama actual y al que deberá encararse –o debería– el nuevo gobierno surgido de las urnas de diciembre del 2015, puede fijarse en los datos que a continuación enmarcamos.

1º. el incremento del volumen de empleados públicos en España desde 1984 hasta el 2008, aproximadamente, ha sido exponencial, y en el periodo 2008-2016, pese a una pérdida neta del empleo, ésta no ha sido homogénea al centrarse en el sector público empresarial y en el mundo local, esencialmente en Ayuntamientos y entidades locales paralelas como mancomunidades, consorcios y organismos autónomos.

Las razones deben centrarse adecuadamente: modernización general del Estado, expansión de las Comunidades Autónomas y opción algunas de ellas por un modelo público a diferencia de otras que han ido a modelos concertados especialmente en sanidad y enseñanza (por ejemplo, Extremadura en el primer caso, Cataluña en el segundo), el papel cada vez más relevante de la Administración y el sector público local como prestador de servicios –a lo cual ha intentado poner coto, con más bien fracasada fortuna, la reforma del régimen local de diciembre de 2013– y la expansión –cuantitativa– de la Universidad Pública, aunque no necesariamente vinculada –más bien al contrario– a una mejora de la calidad de la enseñanza impartida, con 50 universidades públicas y un delirante proceso de creación de universidades privadas⁴.

² “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y la temporalidad en el empleo público”. Informes, Estudios y Documentos. Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.

³ Informe del CES aprobado por el Pleno del Consejo en sesión de 22 de diciembre de 2004.

⁴ El Sistema Universitario Español (SUE) lo conformaba, en el curso 2014-2015, un total de 83 universidades (impartiendo docencia 81), distribuidas en 243 campus las presenciales y 113 sedes las no presenciales y especiales. De las 83 universidades, 50 son de titularidad pública y 33 privada. El número de universidades privadas está proliferando en los últimos años, creándose de media una universidad nueva cada año.

Un ejemplo significativo es que en el ya lejano periodo 1997-2004, mientras la Administración estatal disminuía sus efectivos –pasando de casi 600 mil a poco más de 230 mil empleados–, a consecuencia de trasposos de competencias a las Comunidades Autónomas, estas sin embargo habían doblado sus efectivos, de 637 mil a 1.162 mil, suponiendo ya en 2016 el 50 por ciento del total del empleo público español, pero con elevadas tasas de temporalidad en el sector sanitario y educativo especialmente

Igualmente, en ese periodo las Corporaciones locales incrementaron sus plantillas de 450 mil a 545 mil, y ascendieron aún más en años sucesivos, para luego ver disminuidas a consecuencia de la crisis que estalló en el 2008. Los datos del 2004 eran muy significativos: de los 2,8 millones de empleados públicos existentes, casi el 23 por ciento era no permanente (637 mil efectivos).

La crisis ha supuesto para toda la población activa española un mantenimiento de la temporalidad, hasta el punto que a inicios del 2016, en cómputo global –sector público y privado– se daba 3,8 millones de contratos temporales frente a 11,1 millones de empleados fijos, lo que supone una tasa de temporalidad en España del 25,7 por ciento⁵.

Habida cuenta, además, que a finales del 2015 el número de ciudadanos empleados en España sumaba un total de 17,3 millones, el dato más lacerante es que en el mismo periodo se formalizaron un total de 1,5 millón de contratos fijos y 17 millones de contratos temporales, lo cual implica en este último caso la existencia de millones de contratos de media, corta o muy corta duración realizada con la misma persona, lo que devalúa claramente la claridad del empleo creado en España. La lógica, por tanto, se traslada al sector público, máxime si se aplica para el periodo 2011-2016 la política de restricción en el acceso al empleo estable que luego comentaremos extensamente.

2º. el incremento del volumen de empleados públicos ha sido paralelo, históricamente, al incremento de la tasa de temporalidad/interinidad. Téngase en cuenta que en el periodo de mayor crecimiento del empleo público –1987/2004–, la Administración española aumentó en sus efectivos en 900 mil empleados, la mitad de los cuales bajo fórmulas de temporalidad laboral y funcionarial, y si acotamos aún más los periodos hacia el presente, la fórmula de la temporalidad ha sido la habitual en las Corporaciones locales y Comunidades Autónomas, a consecuencia de la política muy restrictiva de reposición de efectivos fijos derivados de la Ley de Presupuestos del Estado en el periodo 2012-2015, pero con antecedentes previos alarmantes: entre 1995 y 1996, la tasa fue siempre inferior a la reposición de efectivos; entre 1997 y 2002, la tasa fue siempre inferior al 25 de la reposición; entre 2003 y 2008, siempre fue inferior –aunque en porcentaje superior al anterior– a la reposición; en 2009 la tasa fue inferior al 30 por ciento, 2010 al 15 por ciento y en el 2011, inferior al 10 por ciento. Entre 2012 y 2015 la regla general era la no reposición, con excepciones pautadas aunque más flexibles en los dos últimos años⁶.

Esta dinámica no es única en el sector público, pues también el sector privado ha reproducido el modelo, incluso en periodos de bonanza económica, de tal manera que se puede establecer una cierta homogeneidad entre el ámbito público y privado, lo que implica considerar a nuestro juicio que las razones no son sólo económico coyunturales y jurídicas, sino de modelo cultural de la economía pública y privada de España. Sin embargo en el ámbito privado las razones son también otras y además la destrucción de empleo sigue otra lógica, en una economía

⁵ Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social, datos a 29 de enero de 2016. *Vid.* <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf>

⁶ Interesante el informe elaborado por MONTESINOS, PÉREZ, Javier J y RAMOS, R: “El empleo de las Administraciones Públicas en España: caracterización y evolución durante la crisis”. Banco de España núm. 1402 de “Documentos Ocasionales”, Madrid, 2014.

española globalizada, y como bien se ha señalado recientemente, no existe una destrucción “creativa” de empleo, pues en los últimos cinco años se ha acreditado, en el Foro de Davos, que por cada 7 puestos de trabajo que se pierden a nivel mundial, sólo se recuperan dos, casi siempre de peor calidad que los anteriores⁷.

3º. en tercer lugar, la precariedad en el sector público no es homogénea. Fundamentalmente centrada en la Administración autonómica, no debe llevarnos a engaño, pues también acumula el 50 por ciento del total de empleo público. El grueso porcentual se centra en el mundo local y en las universidades públicas.

Si en el 2004 la temporalidad en las Corporaciones locales se situaba en una cifra superior al 30 por ciento, en el 2016 esta temporalidad ha disminuido pero a consecuencia de la aplicación de despidos y no renovaciones; el supuesto de las Universidades públicas es un paradigma completamente diferente, al estar repleta de falsos becarios y de la figura del profesor asociado a tiempo parcial y con contrato temporal, que es difícil de valorar en este presente trabajo pues obedece a una realidad muy específica: desde falsos profesores asociados que encubren a jóvenes que desean hacer carrera universitaria a profesionales consolidados en el ámbito privado o público que efectivamente sí cumplen la función de tal figura y que difícilmente pueden considerarse empleados temporales pues su dedicación a la docencia es más bien altruista habida cuenta su magra recompensa económica⁸.

En todo caso, de ello dan prueba los datos recopilados en el último quinquenio. Así, como era previsible en un sector en donde el funcionario está fuertemente protegido frente a la pérdida del empleo y el personal laboral, mucho menos, pero también con muchas garantías –más que en el sector privado–, las cifras de la EPA mostraban que el empleo temporal se situaba en 2007 en 737.500 empleados, pasando en el 2012 a 568.600, con una pérdida neta de casi 169.000 efectivos.

4º. por último algunos datos vinculados a la gestión de la temporalidad/interinidad deben destacarse.

La importancia del Estado autonómico hace sin duda que sea este el ámbito con mayor precariedad en su sentido más amplio y aún más si tenemos en cuenta que el 75 por ciento de sus empleados pertenecen al sector sanitario y docente no universitario. En concreto, a enero del 2015 las Comunidades Autónomas incorporaban 1,284 millón de efectivos, de los cuales 531 mil correspondían a docencia no universitaria y 475 mil a las instituciones sanitarias, esto es más de 1 millón de empleados en sólo estos dos sectores.

Si en el 2004, de 630 mil empleados sanitarios y docentes, se alcanzaba un total de 144 mil interinos y temporales, en el 2016 la temporalidad se mantiene muy elevada. Y aún más, es un

⁷ Vid., al respecto, ESTEFANÍA, J: “*Destrucción creativa de empleo*”. El País, 25-1-2016. En el comentario publicado por Gregorio MARTIN QUETGLAS en El País de 6-1-2015 (“Digitalización y desempleo, el nuevo orden”) se señalaba, para España, que si se elaborase una relación de empleos que: a) existan o puedan existir en breve; b) que se ofrezcan en suelo español y no el extranjero; c) estén sin ocupar a causa de supuesta falta de formación de los desempleados, “la lista sería muy corta”.

⁸ Vid., al respecto, el interesante análisis de MATAS DALMASES, J: “Profesores asociados... y precarios”, Tribuna de Opinión, El País, 16-6-2014.

http://ccaa.elpais.com/ccaa/2014/06/15/catalunya/1402857223_296435.html.

Literalmente el autor afirma: “es rastroso contratar a un profesional de prestigio para que imparta una materia obligatoria por 180 euros brutos al mes” e indicaba para el caso de Cataluña –extrapolable parcialmente a toda España– que en el 2014, el 43% de los profesores de las universidades catalanas eran asociados (6.655 de un total de 15.376), mientras que el porcentaje de asociados en toda España no llega al 30% (siendo Cataluña y Baleares las comunidades autónomas que, con un porcentaje similar, poseen más asociados; en Madrid representan un 27% y en el País Vasco un 15%).

empleo público precario fundamentalmente femenino, fruto de una tasa del 70 por ciento de presencia de las mujeres en sanidad y educación. En concreto, de un total de 531 mil empleados docentes, 371 mil eran mujeres; en el ámbito sanitario, el reparto correspondía a 126 mil hombres frente a 348 mil mujeres.

2. LA PRECARIEDAD “ESTABLE”: CAUSAS DE SU EXISTENCIA

Nos hemos referido a las causas clásicas del crecimiento de la temporalidad/interinidad en la Administración española y en el sector público. Debemos hacer, sin embargo, una precisión terminológica, antes ya indicada al inicio de este trabajo.

El término “precario” es sinónimo peyorativo de condiciones de personal temporal e interino en condiciones desventajosas: contratos de corta duración, contratos a tiempo parcial, etc. En el sector público español ello es relativo; el mal quizá sea otro, la “precariedad” ha devenido estable o permanente, incluso de “larga duración” en la expresión empleada por el Tribunal Constitucional, tal como hemos manifestado anteriormente. Es una “precariedad” diferente, en un paradigma alejado del mundo privado: funcionarios interinos y trabajadores temporales que mayoritariamente permanecen en “precario” durante muchos años, incluso más de una década, a la espera de la convocatoria de su plaza, vetada en los últimos años por una tasa de reposición de efectivos inexistente o exigua.

En consecuencia, cuando aquí nos referimos a “precariedad” lo hacemos en un contexto diferente al sector privado y englobamos la temporalidad e interinidad estructural pero también la de corto alcance, que en general es la de menor significado en la Administración. Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente “jurídico”, los funcionarios no son “temporales” sino “interinos” y en cambio en el ámbito laboral la “interinidad” es una de las formulas de “temporalidad”. Por ello a menudo preferimos referirnos a la “precariedad” como un concepto más amplio pues engloba a uno y otro modelo evitando así una terminología jurídica que consideramos errónea –pero por ejemplo empleada en la DT 4ª del EBEP- de considerar “temporales” a los funcionarios interinos, trasladando una expresión jurídica a un concepto coloquial o político.

Por supuesto, insistimos en que lo anteriormente dicho no impide considerar otro tipo de precariedad en el empleo público; la de trabajadores o funcionarios que “entran” y “salen” del empleo en función de vínculos de corta duración, por sustituciones, refuerzo de vacaciones o similares situaciones. Son empleados que son miembros integrantes de las denominadas “bolsas de trabajo” y que acumulan meses y años de “derecho” preferente para volver a ser convocados.

En algunos casos, esta situación es incluso surrealista, al afectar a elementos fundamentales del Estado, como ha sido el caso de jueces sustitutos, magistrados suplentes y fiscales sustitutos, ahora en el desempleo y que acumulaban multitud de nombramientos, en ocasiones de pocos días. También hay empleados públicos vinculados a planes de empleo local o autonómico, en un estado de permanente vigilia según se renueve la subvención dada por otra entidad pública y que cuando el contrato es laboral temporal el Tribunal Supremo y también la legislación promulgada a partir del 2006 ha intentado poner coto, al no aceptar el contrato de obra o servicio vinculado a una subvención como una razón validante de su legalidad y fijar un límite de temporalidad de este contrato de obra o servicio y también “penalizar” la concatenación de contratos temporales causales de obra o servicio y eventual, fundamentalmente, con la prescripción de la DA 15ª del ET en relación al artículo 15.5 del mismo texto legal.

Muchos de estos trabajadores y funcionarios de vínculos de escasa duración prolongan también su vida laboral pública de manera permanente, en una espiral que tampoco parece que se haya podido cortar en la última década.

En todo caso, en la introducción nos hemos referido a unas razones “clásicas” de crecimiento de la precariedad –en el sentido que hemos indicado, la “permanente” y la “coyuntural de corto vuelo”: el aumento de efectivos de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales – y

todo el sector público dependiente—, por un lado, y la existencia de lo que denominaríamos “patología” en todo el sector productivo español, acentuado aún más con la crisis económica y financiera iniciada en el 2007-2008, de incorporar personal no permanente como medida cautelar para evitar ligarse a ese trabajador o funcionario por mucho tiempo, cuando no —en el sector público— el recurso a formulas torticeras en fraude ley, como los contratos administrativos que en realidad encubren relaciones laborales, los “falsos” becarios en la Universidad pública o los contratos temporales de colaboración social, que no son auténticas relaciones laborales.

Sin embargo, a las razones “clásicas” podemos añadir otras, también importantes y que se derivan de razones políticas y económicas, cuanto no también de otro orden.

Unas de ellas son de ámbito estrictamente jurídico, aspecto muy importante en el sector público. Se derivan del desarrollo legislativo postconstitucional. A nuestro juicio, la ausencia de un tipo específico de contrato temporal para la Administración y el sector público, que de acuerdo con el EBEP del 2007 y 2015, pueden recurrir a cualquier fórmula de contrato temporal vigente en España —al amparo del artículo 11.1 del Estatuto Básico— así como el aumento de las formulas de interinidad funcional, pasando de dos a cuatro, en el EBEP del 2007 y mantenidas —aunque reformadas en algún supuesto para evitar un uso inapropiado— en el texto refundido 5/2015 actualmente vigente.

Otras razones son de orden político, económico, sindical y incluso derivadas de una buena, mala o deficiente política de recursos humanos —e incluso del desconocimiento a la hora de la gestión—, lo que supone una contradicción evidente: la existencia de un elevado empleo temporal e interino, buscado incluso por el legislador —o cuanto menos, facilitado indirectamente al cercenar la cobertura total de la reposición de efectivos pero permitir el recurso al empleo no permanente— y la obligación de prestar un servicio público de calidad a nivel de un país que se dice desarrollado e integrado en la zona euro de la Unión Europea, con un estado del bienestar en educación y sanidad que supone en el ámbito autonómico el 80 por ciento de los efectivos humanos.

En este ámbito, creemos oportuno recordar los posicionamientos que ya se plantearon hace más de una década y que circunscribían la precariedad a tres razones, todas ellas interconectadas, y que a nuestro juicio se mantienen plenamente vigentes en el momento actual y que posiblemente se prolongarán en la próxima legislatura, como mínimo, o han venido para quedarse, como es el supuesto de la primera reflexión, entre las siguientes⁹:

a) es preciso aceptar y asumir, aunque ello pueda desagradar al ciudadano empleado público afectado o a las organizaciones sindicales, que la precariedad es una tendencia general de las relaciones laborales contemporáneas, donde va desapareciendo el empleo de “por vida” y en donde en muchos países —sobre todo anglosajones— la no movilidad es más un demérito que un valor.

A ello no es ajeno el sector público español, aunque no necesariamente por las mismas razones que en el sector privado. Supone, incluso, un cierto cambio cultural en las nuevas generaciones que se han incorporado al mercado de trabajo a partir de la última década del siglo XX, que han asumido —de buen o mal grado, aunque no corresponde aquí analizarlo— la temporalidad en sus vínculos de trabajo, especialmente en sus inicios de la actividad profesional. Ello es un fenómeno propio de la Administración y del sector público español, pero también en otros modelos administrativos comparados, como sucedía en la primera década del siglo XXI en el Reino Unido en donde el empleo público suponía, per se, el 50 por ciento de toda la ocupación temporal del país.

⁹ LONGO, F., “Precariedad laboral en la Administración Pública”. *Expansión&Empleo*, 6-11-2003. Puede consultarse aún en: http://cemical.diba.cat/a-fixters/precarietatEE06_11_03.pdf. En el mismo sentido, BOLTAÏNA BOSCH, X, “Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas”, Tirant lo Blanch, Colección Laboral, Valencia, 2006, pp.69 y siguientes.

b) en segundo lugar, por la considerable rigidez del sistema funcionalial español, que persiste en no prever fórmulas de extinción del vínculo jurídico del funcionario de carrera, frente a la ya asumida fórmula del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral –vid, DA 16 del EBEP del 2015, anteriormente, DA 20 tras la reforma laboral del 2012–. Esta rigidez legal lo es también en su concepción cultural y en el marco de relaciones laborales –y aquí se incluye una ideología sindical inadaptada a los tiempos actuales– y unos intentos del legislador, no siempre adecuados por su falta de negociación o interlocución, como el derivado del RD-ley 20/2012 que extendió al personal laboral (artículo 32, segundo apartado, del EBEP) el “descuelgue” unilateral en las condiciones de trabajo negociadas regulado inicialmente sólo para los funcionarios en el artículo 38.10 del EBEP del 2007.

Ello da pie a una rigidez legal, cultural y de negociación de las condiciones de trabajo que ha merecido la calificación de elementos que implican “considerables restricciones para una gestión eficaz de los recursos humanos”¹⁰ y una suspicacia y desconfianza mutua de los interlocutores, al considerar unos y otros que las finalidades o son corporativistas y alejadas del sentido común (organizaciones sindicales) o bien tomadas a menudo de manera unilateral y sin mediar un mínimo de negociación (órganos de gobierno de las Administraciones).

El camino –torticero– para salvar este paradigma pasa, a menudo, por la interinidad o temporalidad, con nombramientos de funcionarios interinos o contratos laborales temporales que se prolongan en el tiempo, incluso *ad aeternum*, por razones no siempre objetivas, como señala algún pronunciamiento judicial al referirse a que “el interino de larga duración resulta más económico y probablemente más dócil dada su situación de provisionalidad”¹¹, así como también por la externalización de la gestión del servicio público, opción esta que incluso se ha planteado en sede parlamentaria, aunque no exenta de contradicciones¹², al menos en el ámbito local tras la reforma local del 2013, que parece fomentar una remunicipalización de algunos servicios.

c) y finalmente, porque con la ocupación temporal o interina se rompen, en gran medida, los principios de igualdad y mérito en el acceso a la función pública. LONGO en el 2003 era especialmente severo con este comportamiento, pero sus palabras resuenan de nuevo para el periodo 2010-2016, cuando indicaba que a la hora de incorporar “a los amigos” o a los “políticamente afines”, la contratación temporal parece “la fórmula menos complicada: tiempo habrá para consolidar después las situaciones”.

El problema es que con las restricciones a la consolidación en el periodo 2012-2015, aquellos “amigos” y “afines”, más los honestamente incorporados –la inmensa mayoría–, han pasado a formar una bolsa insostenible de empleo precario permanente –un auténtico oximoron–, máxime cuando se les vincula en su nombramiento o contrato a la cobertura definitiva de la plaza y si a ello acumulamos la ingente cantidad de trabajadores indefinidos no fijos, que algún informe ha cifrado en 50.000 en toda España, aunque ello es de imposible verificación sobre todo en el ámbito local y docente universitario, pues muchos supuestos de tal indefinición no son conocidos ni por el afectado ni la propia Corporación local, y tampoco hay interés en saberlo en no pocas ocasiones o conociendo la realidad, el gestor y las organizaciones sindicales optan por no resolver el entuerto.

No obstante, esta afirmación debe –o debería– aquilatarse con la realidad “legal”, aunque no así siempre con la “práctica”. El EBEP no exceptúa en el acceso al empleo temporal o interino del cumplimiento de los principios de mérito y capacidad y no parece ya legal el recurso a los

¹⁰ LONGO, F: “Precariedad...”, ob.cit.

¹¹ Sentencia del juzgado contencioso-administrativo de Granada de 12-3-2003 (JUR 689/2003).

¹² Hace ya una década, en la Comisión de Administraciones Públicas del Congreso de los Diputados y por unanimidad, a iniciativa del grupo de “Izquierda Unida” se instó al Gobierno a impulsar medidas para rebajar la tasa de temporalidad de la Administración al 10 por ciento, número cabalístico de difícil comprensión (¿Por qué no un 5 o un 15?) y se proponía al ejecutivo que entre las medidas a tomar se externalizaran servicios.

nombramientos o contratos de urgencia, salvo supuestos muy excepcionales y además sin desvirtuar post contratación o nombramiento la regularización de la situación, ya que según el propio EBEP, la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito y capacidad (art.10.2); si bien el artículo 11 nada dice sobre el personal laboral temporal, hemos de deducirlo sin dudas del artículo 55.1 y 2 del EBEP según el cual el acceso al empleo público se efectúa bajo los anteriores principios –sin distinguir entre empleo permanente o temporal– y siempre respetando la publicidad, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los tribunales de selección y su independencia.

Por tanto, esta no es en si misma la causa de corrupción del sistema, sino su efecto o síntoma: formulas *ad hoc* de procesos selectivos de leve complejidad, ausencia de programas o temarios en la convocatoria, simple entrevista en el proceso de selección, valoración de méritos predeterminados y un sin fin más de artimañas, que impiden al ciudadano común y sin contactos internos un acceso objetivo. No es así siempre, pero si en muchos ocasiones, especialmente en el ámbito local y por supuesto, y sin ninguna género de dudas, en el acceso al empleo temporal del profesorado de las Universidades españolas, en donde localizar un contratado temporal del PDI cuyo acceso se haya efectuado sin la bendición de algún profesor o catedrático del respectivo departamento es casi imposible, y aún más si tiene ante si una posible futura carrera como docente.

El resultado es que la figura del funcionario interino o trabajador temporal es razonable, pero siempre que sitúe en unos porcentajes equilibrados –difícil o imposible de conseguir a la vista de las leyes de presupuestos restrictivas del periodo 2012-2015–, porque es una fórmula de gestión de los recursos humanos perfectamente válida y que en modo alguno debe ser ajena a su uso en el sector público.

Por ello parece ajustada la reforma del EBEP a través de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre al señalar que los funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal no podrán superar en tal situación el periodo de tres años e incorporando medidas de movilidad para flexibilizar el empleo publico, de esta interinidad y la eventual, para que se pueda prestar servicios en otras unidades administrativas diferentes a la de su nombramiento siempre que desarrollen funciones análogas cuando aquéllas participen en el ámbito de aplicación del programa temporal¹³.

Resumiendo, creemos que la lucha contra la precariedad en la Administración y el sector público no pasa tanto por analizar o plantear porcentajes de reducción que nunca se cumplen, a veces situados en el 10 por ciento, en otras ocasiones en el 8 por ciento –cual cifras cabalísticas–, como sí reconsiderar una reforma de la rigidez del empleo público funcional y en menor medida laboral: “en la gestión de las personas, el mérito y la flexibilidad no compiten, ni mucho menos se contraponen: se refuerzan recíprocamente”¹⁴.

No puede cerrarse este apartado, no obstante, sin alertar también sobre el hecho de que si la crítica que se ha formulado a la rigidez en las relaciones funcionariales nos parece muy correcta y causa real de esta enorme precariedad –más otra que luego analizaremos– el mismo razonamiento debe efectuarse en torno a los intentos legales y convencionales de “funcionarizar” el vínculo del trabajador del sector público, aun sometido al derecho del trabajo.

Funcionarización desde una perspectiva objetiva –aunque también subjetiva, aunque ello no es aquí objeto de análisis–: el traspaso de instituciones propias del funcionariado al personal

¹³ Vid., al respecto, el comentario de ROJO, E: “Entrada en vigor de la Ley 15/2014 de 16 de septiembre”, blog: www.eduardorojotorrecilla.es/2014/09/, de 18-9-2014. Última consulta de 30-1-2016.

¹⁴ LONGO, F: “Precariedad laboral...”, ob.cit.

laboral, a fin de fortificar o endurecer las herramientas que el derecho del trabajo pone a disposición del empresario para flexibilizar el vínculo laboral.

Prueba de ello fueron los intentos de suprimir el despido improcedente del trabajador público en los iniciales borradores del EBEP y que finalmente se redujo sólo al despido disciplinario; el intento también inicial de estos mismos borradores de conformar unas “situaciones administrativas” idénticas para trabajadores y funcionarios; la “legalización” de una gran parte del régimen disciplinario del trabajador que lleva a cabo el EBEP del 2007, equiparando muchos principios y preceptos a los funcionarios o el uso generalizado de la negociación colectiva del personal laboral para lograr los mejores derechos que puedan tener los funcionarios pero sin renuncia –o modulando, acaso- los que se otorgan por las normas laborales, acumulando unos y otros derechos y evitando sin embargo los perjuicios.

A ello ha venido a sumarse el RD-ley 20/2012 que quizá hizo más, como derecho de urgencia, por la unificación in peius –pero también en condiciones favorables en algunos casos– entre trabajadores y funcionarios que el original EBEP del 2007, y las leyes de presupuestos, al fijar entre aquel y estas una jornada laboral mínima de 37,5 horas para todos los colectivos, el mismo marco de días de libre disposición, la supresión y posterior devolución progresiva de la paga extraordinaria del 2012, la política de selección de empleados permanentes y temporales, las formulas de acceso como fijos y temporales a los consorcios públicos, entre otros muchos supuestos.

Este traspaso de instituciones también ha sucedido en sentido contrario: de principios e instituciones propias del derecho del trabajo –y a menudo, no “transferibles”– al derecho funcional vía negociación colectiva, creando una topología de “estatuto funcional” y “estatuto del personal laboral” en donde abundan la rigidez y aún más impiden una necesaria flexibilidad que, a nuestro juicio, no es contradictoria con los principios de igualdad mérito y capacidad, pero que tiene como consecuencia dañina que el gestor público opte –generalmente en el ámbito local y universitario– por la temporalidad e interinidad más allá de los límites razonables para evitar un vínculo “de por vida” con el empleado¹⁵, como la que enjuició la sentencia de 19-9-2003 del juzgado contencioso administrativo de Granada sobre un interino con más de trece años en la misma Administración, en un temor que es evidente en el supuesto de funcionarios de carrera y debiera ser menor tras la reforma laboral del 2012 con la nueva DA 17^a (ET, RD-leg 2/2015), pero que no parece haber hecho mella psicológica a la hora de favorecer la incorporación de personal permanente.

3. LA GESTIÓN DE LA TEMPORALIDAD E INTERINIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. UNA APROXIMACIÓN A ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS PROBLEMÁTICAS DEL EMPLEO TEMPORAL

Se hace preciso plantear algunos de los aspectos más significativos que la interinidad y la temporalidad comportan en nuestras Administraciones y entidades públicas y que centraremos en tres ámbitos:

- a) la prolongación en el tiempo de la ausencia de convocatoria de las plazas cubiertas de manera interina;
- b) la gestión del “funcionario interino estable” y

¹⁵ En el estudio que tuvimos ocasión de llevar a cabo a principios de la crisis del 2008 para la Fundación Pi i Sunyer a través de su Observatorio de Gobierno local, en relación a Cataluña y para los municipios de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca, conseguimos acreditar que más de un 10 por ciento del personal interino o temporal llevaba en esta situación más de diez años. Los datos, dado que entre el 2012-2015 se ha restringido al máximo la estabilización de plantillas, puede ser hoy día aún más lacerantes, con personal no permanente que acumulan muchos trienios y sin perspectivas de convocatoria.

c) la gestión de los trabajadores que han resultado indefinidos no fijos, fruto de un contrato laboral temporal en fraude de ley o irregular o por las nuevas disposiciones de limitación de la temporalidad legal no fraudulenta introducidas por la reforma del ET y consolidadas en posteriores normativas a partir del 2006, que lo trataremos específicamente en un apartado diferente.

3.1. La ausencia de convocatoria de plazas cubiertas interina o temporalmente

Uno de los primeros datos que deben reseñarse son los cambiantes criterios sobre la consolidación del empleo temporal, que va desde la previsión del EBEP del 2007 a la realidad actual, especialmente a partir del 2012.

El EBEP del 2007 optó por intentar reducir la temporalidad –cuanto menos de manera expresa de los funcionarios interinos a través de su artículo 10.4, aunque no así para el personal laboral temporal que no asume dicción expresa en el mismo sentido–; precepto vigente pero en la práctica suspendido por las Leyes de Presupuestos que prevalece sobre el EBEP en este ámbito así como con la incorporación de una disposición transitoria, la cuarta, que fue formalmente suspendida durante el periodo 2012-2015 y parcialmente reactivada para el 2016, por lo que sólo mantuvo una vigencia plena entre el 2008 y el 2011.

El legislador, sea cual sea el color político, ha gestionado gran parte de la política de selección del sector público español en base a la denominada “tasa de reposición de efectivos”, criterio no siempre coherente –de por sí ya de definición compleja– y en algún caso absolutamente contrario al sentido común, al prevalecer la tesis puramente economicista de reducción no meditada de los empleados públicos frente a una gestión eficaz de los servicios públicos.

Si el criterio hubiera sido más coherente, se podría desmitificar los sucesivos intentos y proclamas políticas, sindicales y de buenas intenciones que postulaban y siguen haciéndolo una reducción de la precariedad a determinados porcentajes, ya fueran con carácter voluntarista u obligatorio. Lo importante hubiera sido –y es–, a nuestro juicio, no el porcentaje sino la real necesidad de un interino o temporal y la estabilización cuando ese servicio a prestar es estable y permanente.

Sin embargo, el periodo 2012-2015 supuso una reducción de la tasa de reposición de efectivos al 0 por ciento con carácter general, y con pequeñas posibilidades, que fueron aumentando con el tiempo, de excepcionar ese porcentaje, como luego tendremos ocasión de analizar con más detalle. Por ello, se ha alcanzado un estado de cosas ciertamente insostenible para muchas Administraciones y de ahí que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2016, aprobada excepcionalmente en octubre de 2015, ha fijado un esquema de selección y consolidación que vamos a desgranar, fijándonos en los pros y contras del proceso, que supone no obstante un respiro frente a la estricta disciplina de los últimos cuatro años.

3.2. La interinidad funcional y laboral de “larga duración”

Desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos, la existencia de funcionariado interino se previó en la normativa estatal y autonómica y jurídicamente no comporta una complejidad específica en las interinidades “clásicas” –en plaza vacante y por sustitución transitoria del titular– aunque sí en las dos creadas en el EBEP del 2007: la interinidad vinculada a plan temporal de actuación administrativa y la interinidad por exceso de tareas por plazo no superior a seis meses, dentro de un periodo de doce.

Mucho más compleja es la interinidad laboral, pues si bien solo hay dos formulas en el derecho del trabajo –coincidentes con las clásicas del funcionariado– la situación se alambica con la aparición del trabajador indefinido no fijo –una suerte de trabajador a medio camino entre fijo e interino de pura creación jurisprudencia– y la existencia de contratos temporales de todo tipo en donde la causalidad temporal es ciertamente cuestionable cuando no directamente falsa.

Sin embargo, el nuevo paradigma derivado del último cuatrienio (2011-2015), con el crecimiento de las bolsas de interinos y temporales sin expectativas, ha comportado una desviación de la figura del interino o temporal que aunque nombrado por razones de justificada necesidad y urgencia desarrolla funciones retribuidas, en tanto no sea posible su cobertura por funcionario de carrera o laboral fijo. Esta precariedad puede darse en puestos en trámite de cobertura o promoción definitiva o, en la mayoría de los supuestos, sin ninguna expectativa por no poderse incluir en las previstas en la tasa de reposición de efectivos de convocatoria pública de libre acceso, pues debemos recordar que la única fórmula de estabilización de un empleado temporal es su pase por un proceso derivado de la Oferta de Empleo público, ya no siendo posible ningún proceso restringido al no darse las circunstancias excepcionales que en su momento instituyó la STC 27/1991 –creación del Estado autonómico, fundamentalmente–.

El conflicto, por consiguiente, aparece cuando surgen los interinos de “larga duración” o “interinos estables”, en expresión acuñada por la propia jurisprudencia.

Es cierto que el interino funcional –también el laboral– tiene limitado algunos derechos, como es el derecho del funcionario al cargo –del cual se deriva todo un conjunto de situaciones administrativas– o de algunos derechos como trabajador temporal, aunque ello se ha reconducido en gran medida por impulso del derecho comunitario europeo y la legislación transpuesta a España y los criterios de la jurisprudencia. No es extraño, por tanto, que haya contenciosos jurídicos que se derivan de una “interinidad estable, expresión que, en sí misma, constituye una *contraditio in terminis*”¹⁶.

Ante ello se han dado diversos enfoques jurídicos, que según en que caso han supuesto la aplicación de criterios de gestión de esta interinidad prolongada que ciertamente va más allá de la simple dicción de la ley. Desde un punto de vista económico, los intentos de igualar a interinos y personal permanente han ido avanzando en los últimos diez años.

Debemos recordar, así, que si el trabajador laboral temporal tiene derecho a cobrar antigüedad con el mismo criterio que esté determinado para los fijos, en el ámbito funcional hubo que esperar al EBEP del 2007 para que ello aconteciera, si bien la posterior jurisprudencia de los tribunales europeos lo reconocen aún si no existiera el vigente artículo 25 del Estatuto Básico y ha sido extendido al personal eventual de confianza o asesoramiento especial.

Aunque los tribunales aceptaron una determinada discriminación constitucional en términos económicos, fundamentalmente, entre interinos y personal permanente, ello se ha ido diluyendo con la normativa europea. Sin embargo, es cierto que hay otros aspectos: el derecho a la promoción, la provisión de puestos de trabajo, el derecho a la carrera y al cargo, el derecho de acceso a determinadas situaciones administrativas funcionariales o suspensiones contractuales del personal laboral, en otros supuestos.

Ello ha supuesto una dificultad, incluso “perversión”, a la hora de gestionar los recursos humanos de la Administración y prueba de tal es que una forma de retribución indirecta, como son las aportaciones a los planes de pensiones, se fija en general en base a una antigüedad mínima en la Administración para evitar romper el principio de igualdad por razones puramente formalistas, como sí se aceptaba en la jurisprudencia hasta principios de la segunda década del presente siglo.

En el ámbito laboral, las discriminaciones “legales” del personal de la Administración han ido desapareciendo al amparo de las directivas europeas traspasadas al derecho interno, de tal manera que un determinado derecho o condición de trabajo debe predicarse de todos los

¹⁶ Sentencia del juzgado contencioso-administrativo de Granada de 19-3-2004, FD 4º (RJCA 704/2003), en referencia a una interinidad de más de trece años.

empleados, sea cual sea su modalidad de contrato. Esta regla, prevista en el actual artículo 15.6 del ET puso fin a la jurisprudencia española que aceptaba distinciones o discriminaciones basadas en la temporalidad, como era el supuesto del no pago del complemento de antigüedad.

Lo mismo sucede con el funcionariado interino, aunque el proceso ha sido mucho más lento y aún así, aún muchos aspectos del EBEP solo se aplican al funcionario de carrera, como consecuencia del derecho al cargo: no posibilidad de promoción interna, restricción del sistema de provisión de puestos de trabajo especialmente si son de jefatura o dirección, entre otros supuestos.

No obstante, el debate sobre la correcta discriminación o no depende también de si la restricción aparentemente legítima de determinados derechos puede derivar en inconstitucional. No se acepta, en estos momentos, una interpretación puramente formalista, que puede ser desproporcionada, hasta el punto que se ha afirmado que una interinidad de cinco años comporta que no de pie a una objetiva y razonable distinción en relación al funcionario de carrera a la hora de gozar de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante, debate que se concretó en las conocidas SSTC 240/1999 y 203/2000, que analizaron si era posible denegar la excedencia por atención de hijos y que fue resuelto en sede constitucional en el sentido de trato igual para interinos y temporales y funcionarios de carrera y personal laboral.

En conclusión, en esta evolución, es importante destacar la STC 232/2015 de 5 de noviembre donde se rechaza que la condición de interino pueda ser excluyente de la percepción singular de sexenios por los profesores. La importancia de la STC reside en que el propio Tribunal se aparta de la jurisprudencia inicial en que consideraba válida la diferenciación retributiva entre interinos y funcionarios —ya de por sí desvalorizada por el EBEP del 2007— pero también en que asume la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como criterio para deducir la inconstitucionalidad de una normativa por la lesión al principio de igualdad, y además sin que sea preciso acudir a una cuestión prejudicial ante el TJUE por que procede inaplicar por parte del juez las disposiciones internas contrarias, al tratarse ya de un “acto declarado”, es decir, una cuestión ya resuelta con claridad por el citado Tribunal europeo.

La asimilación entre funcionario interino y de carrera tiene igualmente “expansión horizontal por analogía”, como afirma algún jurista y así deben equiparse funcionarios de carrera, funcionarios interinos, trabajador indefinido y fijo con trabajador temporal, aunque siguen existiendo zonas con claroscuros pues una expansión ilimitada puede ser también ilógica. Pero con carácter general, y salvo razones objetivas claramente probadas, la expansión no admite “territorios inmunes” pues las diferencias deben desaparecer de la función pública regulada en el EBEP pero también de la sanitaria, docencia, cuerpos y fuerzas de seguridad y los diferentes rangos administrativos: administración estatal, autonómica, local, universitaria e institucional en cuanto a los colectivos específicos que la integran.

Además, parece razonable que así sea. De ahí que hagamos nuestras las palabras del Magistrado Chaves García: “y por favor, no seamos crueles invocando el acceso debilitado como razón para pagar o atenderles menos. Tener la espada de Damocles del cese o amortización no es plato de gusto”¹⁷.

¹⁷ CHAVEZ GARCIA, J.R: “El tribunal constitucional borra diferencias entre interinos y de carrera”, en: <http://contencioso.es/2015/11/26/el-tribunal-constitucional-borra-diferencias-entre-interinos-y-de-carrera/>; última consulta de 30-1-2016. Todas las referencias en el texto principal en entrecorillado corresponden al referido Magistrado de la sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su reconocido blog: <http://contencioso.es>

4. LOS CRITERIOS DE ACCESO AL EMPLEO TEMPORAL O INTERINO: LA LEGISLACIÓN PRESUPUESTARIA, ENTRE LA RESTRICCIÓN Y LA APERTURA

Las reglas jurídicas previstas en el EBEP del 2007 –actual texto refundido de 2015– para incorporar personal interino o temporal han mantenido su vigencia en el periodo 2012-2015 si bien las causas o circunstancias que han permitido al sector público recurrir a la selección –de empleados permanentes o temporales– han seguido siendo extraordinariamente limitadas hasta el punto que el gestor público no puede basarse exclusivamente en el EBEP sino que debe acudir a otras normas, como es el caso de la Ley de Presupuestos, para una comprensión y aplicación coherente e integral de la legislación vigente, gran parte de ella promulgada bajo la etiqueta de “normas de crisis”.

La política de restricción se inició ya hace tiempo, con los gobiernos previos al surgido de las urnas en octubre de 2011; no obstante, es a partir del 2012 cuando el corpus normativo que regula la incorporación de personal interino y temporal se ha vuelto mucho más restrictivo, como luego analizaremos. La ley 48/2015 de 29 de Octubre de Presupuestos Generales del Estado para el 2016 (en lo sucesivo, LPGE-2016) mantiene el mismo rumbo. Desde esta perspectiva, los principios generales que rigen la selección de personal temporal e interino durante el 2016 se basan en la excepcionalidad y una más severa justificación que el EBEP, y a nuestro juicio las reflexiones que a continuación efectuaremos no deben tomarse en un sentido coyuntural, sino como un derecho positivo de crisis de relativa permanencia, pues es difícil que tal regulación sufra una modificación importante en los próximos años.

El esquema para el 2016 es idéntico al seguido para el 2012 por el RD-ley 20/2011 y las posteriores leyes de presupuestos del 2012 a 2015. En este sentido el artículo 20.dos de la LPGE-2016 instituye el marco jurídico de contratación de personal laboral temporal y el nombramiento de funcionarios interinos.

Pese a la crisis financiera del sector público es bien cierto que la necesidad de incorporar efectivos ha sido también constante, por muy diversas razones, recurriéndose a las figuras del funcionario o del trabajador interino o bien a las restantes fórmulas de contratación laboral temporal, entre las que destacan especialmente el contrato eventual por circunstancias de la producción y el contrato de obra o servicio determinado.

Este abanico de contratos trasplantado al sector público se convierte en una auténtica “macedonia” y abarca desde contratos temporales de temporada de corta duración, a sustituciones e interinidades de mayor tiempo o también el nombramiento de funcionarios interinos o personal laboral de igual condición hasta la cobertura definitiva de la plaza vacante o las restantes formas de funcionamiento para las otras modalidades de interinidad que prevé el EBEP. Amplia panoplia que es fuente de numerosos contenciosos por su aplicación errónea o en fraude ley de manera consciente o inconsciente por parte del gestor público, especialmente el local.

En el supuesto del personal funcionario, las reglas jurídicas del régimen jurídico de esta figura aparecen en el EBEP y en las normas de empleo público autonómicas en tanto que en el derecho laboral debemos recurrir al Estatuto de los Trabajadores y al resto de la normativa colateral que fija la modalidad de contratos de trabajos que, sin excepción, pueden ser utilizados por la Administración y el sector público local, incluido el contrato de alta dirección, como así prevé el artículo 13 del EBEP.

Cabe plantearse si el legislador estatal hubiera podido prohibir la incorporación de manera también total, de personal no permanente. Aunque quizá el contexto económico lo hubiera permitido desde el punto de vista de la justificación formal, una interdicción de tal dimensión hubiera colisionado con la autonomía del sector público autonómico y local, constitucionalmente reconocida, y por otro lado hubiera supuesto un estrangulamiento, cuando no una asfixia total, de las Administraciones a la hora de prestar de manera mínimamente adecuada sus servicios públicos.

El modelo por el que optó el gobierno surgido de las elecciones generales del 2011 se plasmó en primer término en el RD-ley 20/2011 y luego en las LPGE para el 2012 y las posteriores. La misma estela se sigue para el 2016, sin haber variado especialmente la previsión.

Sin embargo la ambigüedad de la norma ha dado pie a numerosos conflictos jurídicos en el seno de las Administraciones, por tratarse de preceptos jurídicos indeterminados y ello nos permite ofrecer, tras cinco años de aplicación del redactado del artículo 20.dos –que insistimos, no se aleja un ápice de sus antecedentes del periodo 2012-2015–, una opinión más extensa y madura sobre los límites y las posibilidades que ofrece la Ley de Presupuestos a las Administraciones públicas en general.

4.1. La regulación jurídica para el 2016: artículo 20.dos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado

En concreto, el marco jurídico aplicable para todas las entidades a las cuales se refiere el artículo 20.dos de la LPGE-2016 es el siguiente.

a) Regla general: durante el año 2016 no se procederá a contratar personal laboral temporal ni al nombramiento de personal funcionario interino. Esta norma tiene el carácter de básica aplicable a todas las Administraciones Públicas, entidades y empresas incluidas en el sector público regulado en el artículo 19.uno de la LPGE-2016.

b) Regla de excepción: no obstante, y también con carácter de norma básica, en “casos excepcionales” será posible incorporar personal no permanente siempre y cuando se de una necesidad urgente e inaplazable, que se inserte en una de las dos siguientes opciones –alternativamente, no acumulativamente, aunque también puede darse el supuesto que concurren las dos circunstancias–:

1º.- restricción a sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios.

2º.- que se vea afectado el funcionamiento de servicios públicos esenciales.

4.2. Las definiciones del artículo 20.dos de la Ley 48/2015

Diversos son los conceptos de obligada definición o cuanto menos de necesaria mínima concreción. El término “excepcional” y la expresión “necesidades urgentes e inaplazables” son las primeras, pero ello también debe efectuarse en cuanto a los conceptos sectores, funciones o categorías profesionales “*prioritarias*” o los “*servicios públicos esenciales*”.

1. Ninguna norma presupuestaria ha descrito qué es excepcional y qué son necesidades urgentes e inaplazables. Tampoco lo efectúa la LPGE-2016 en el artículo 20.dos.

Sin embargo el EBEP en el 2007 ya se refería al nombramiento de funcionarios interinos por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, aunque no así en el personal temporal en régimen de derecho laboral. No han variado especialmente los términos de tal ingreso de nuevo personal; acaso sí con el personal laboral, pues desde siempre y con más intensidad aún tras la Ley 17/2012 y hasta el momento presente con la Ley del 2016 tales circunstancias también deben darse para contratar personal laboral temporal, unificándose así los criterios y evitando una fuga del sistema por la vía del contrato temporal en detrimento del funcionariado interino.

El EBEP olvidó vincular tales contratos a esa excepcionalidad –y sigue haciéndolo en el texto refundido del 2015–, quizá también evitando poner trabas a contratos de escasa duración vinculados a políticas de empleo local, pero la LPGE para el 2016 sigue la estela de sus tres antecedentes legislativos presupuestarios y reagrupa a los dos colectivos bajo un tratamiento común.

2. Habida cuenta que la legislación presupuestaria no ha definido en ningún momento los conceptos –jurídicos indeterminados– de excepcionalidad, urgencia, inaplazabilidad, prioridad y servicios públicos esenciales, corresponderá a cada entidad del sector público fijar su contorno para cada caso en cuestión, si bien ello no otorga un carácter absoluto a tal decisión, pues será posible que la jurisdicción contencioso-administrativa luego valide o no la decisión administrativa local, pero esta operación judicial se nos antoja compleja si el expediente administrativo de la entidad ha sido bien justificado al amparo de las previsiones de la LPGE-2016.

3. El concepto “urgencia” es el que más complejidad ha supuesto para los tribunales. Aquí se produce una colisión o lucha entre el concepto como tal y la potestad discrecional de la Administración, que goza de capacidad de autoorganización y de autonomía, reconocida constitucionalmente. Parece claro, por tanto, que el concepto jurídico ha de ser interpretado discrecionalmente por cada Administración según el supuesto en cuestión, aunque evidentemente de forma motivada, habiéndose defendido a menudo en sede judicial por parte de las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y Diputaciones que el criterio no puede ser sustituido por la opinión del juez, algo que no es cierto completamente. En este sentido, debemos tener en cuenta algunos puntos clave a la hora de determinar la urgencia en el expediente administrativo correspondiente, en opinión del propio Tribunal Supremo¹⁸:

- la “urgencia” es un concepto jurídico indeterminado.
- su control, como todos los actos administrativos en general, pueden quedar sujetos a los tribunales, a los que se fija el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.
- ese control alcanzará también a los fines que justifican la urgencia.
- no hay acto dictado por “urgencia” que no pueda ser controlado por jueces y tribunales, al amparo del artículo 9.1. y 117.1 de la Constitución.
- debe deslindarse entre discrecionalidad y arbitrariedad. Esta última no será factible, pero sí la primera. No obstante, la discrecionalidad será correcta y válida siempre y cuando no exista una vulneración del ordenamiento jurídico, pero sin excluir el posterior control jurisdiccional.
- la acreditación de la urgencia corresponde a la entidad pública por cuanto se trata de una excepción al sistema ordinario de provisión de personal.
- una línea argumental en contra de la urgencia es cuando se produce un exceso de plazas convocadas para cubrir por interinos –aunque no necesariamente ello lo desvirtúa– pues puede revelar un anormal funcionamiento administrativo de la provisión de las plazas por el sistema legalmente establecido.
- por el contrario, la carga de trabajo sobrevenida, incluso no prevista, puede justificar el carácter urgente; en estos supuestos se justifica acortar el proceso de selección, máxime cuando no se trata de cubrir plazas como funcionario de carrera y también que tal plaza cubierta interinamente puede suponer su cobertura definitiva con posterioridad por un funcionario permanente así como que también es factible su amortización por razones sobrevenidas o cuando la Administración considere que ya no existen razones de necesidad o urgencia que motivaron la cobertura interina (STSJ de Madrid de 8-3-2007, JUR/2007/203812).

¹⁸ Por todas, STS de 8 de febrero de 2007, RJ/2007/614, RCIL 38/2005.

- la urgencia implica una cierta estabilidad y no casa en absoluto con un nombramiento que poco después suponga una modificación del puesto del funcionario interino, salvo que se motive o justifique que hayan desaparecido las primigenias razones de urgencia y necesidad. En este sentido, los tribunales de justicia consideran poco adecuado que los interinos nombrados por razón de urgencia sean trasladados a otras plazas dentro de la misma Administración, dado que tal movilidad, predicable del derecho al cargo, no se otorga al funcionario interino, y aún más cuando tal movilidad supone que tal interino pueda cubrir un puesto de jefatura o de libre designación.

La urgencia “se concreta en la plaza específica para la que fue nombrado y mientras subsistan las razones de urgencia y necesidad por las que fue designado, pero ello no le convierte en funcionario de carrera, ya que por ejemplo, no puede intervenir en concursos de traslado a otras plazas dentro de la Administración” (STSJ de Andalucía/Málaga de 30-11-2010¹⁹, JUR/2011/95682)

4. Sin embargo Ley de Presupuestos desde el 2012 en ningún caso ha habilitado incorporar personal hasta el nivel máximo de la plantilla formalmente aprobada, por lo que la existencia de vacantes como tales no justifica *per se* cubrirlas. Este criterio se ha mantenido para el periodo 2012-2015 y entendemos que sigue así también para el 2016.

5. Aun más dudoso es fijar si la Ley presupuestaria permite o no mantener los servicios públicos al mismo nivel de calidad e intensidad que hasta el momento se prestaban: la respuesta a nuestro juicio es negativa o muy matizada.

La LPGE-2016 permite incorporar personal si se da la excepcionalidad y la urgencia o la inaplazabilidad siempre y cuando se de algunas de las dos siguientes circunstancias: que afecte a sectores, funciones o categorías prioritarias o bien que afecte al funcionamiento de un servicio público esencial.

En todo caso, será urgente e inaplazable la incorporación imprescindible para cubrir la necesidad de empleados públicos para ejercer con un mínimo de eficacia los servicios públicos, pero ese “mínimo” no equivale a un nivel medio u ordinario anterior a la ley. Si la ley lo hubiera permitido, así lo hubiera expresado, y no lo ha hecho ni para el 2012, 2013, 2014, 2015 y ahora tampoco para el 2016. Por el contrario, no parece que *per se*, sea urgente la necesidad de cubrir un elevado número de plazas (STS de 8-2-2007, RJ 2007/614²⁰).

6. Para el gestor público, determinar que es prioritario o no será, nuevamente, un proceso de deducción en base a conceptos jurídicos indeterminados y requerirá una decisión política y en menor grado jurídica, si bien sin soslayarse esta de manera total.

Esto es, cuando el artículo 20.dos de la LPGE-2016 indica el carácter prioritario de categorías, funciones y sectores remite la decisión al órgano de gobierno de la entidad y según nuestro parecer es difícil que la jurisdicción contenciosa pueda establecer que tal o cual decisión de priorizar es o no incorrecta, aunque no imposible.

Así, lo que es prioritario en un municipio de la costa o turístico no lo será en uno de montaña o minero y las prioridades serán igualmente distintas según la comarca, provincia, el número de habitantes o cualquier otra circunstancia; idéntico razonamiento podemos señalar en cuanto a un ministerio, una consejería autonómica o cualquier otra entidad del sector público. En todo caso, lo que no podrá aceptarse es una declaración “universal” de prioridad como llevaron a cabo numerosos ayuntamientos al inicio del 2012 con dudoso soporte en donde la prioridad es muy extensa²¹, pero el artículo 20.dos de la LPGE-2016 nada más impide.

¹⁹ Recurso de Apelación 1757/2006, sala contencioso administrativa, sección primera.

²⁰ Recurso de casación en interés de ley, núm.38/2005, sala de lo contencioso-administrativo, sección séptima.

²¹ En el 2010, esto es con anterioridad a la LPGE-2012, el Ayuntamiento de Madrid dictamino (decreto de 15-2-

Prueba de ello, y como buen ejemplo, es la declaración de servicios esenciales del Ayuntamiento de Sevilla en octubre de 2014, según la cual el Consistorio declaró esenciales diferentes áreas y supuestos como la Secretaría de Alcaldía, la Asesoría Jurídica, el Servicio de Contratación o el Control Financiero, así como los puestos de auxiliar de información en atención al ciudadano del Registro General, los registros auxiliares o el servicio de Protección Ambiental, y puestos técnicos de las áreas de Edificios Municipales, Fiestas Mayores o Tráfico y Transportes, todos los puestos con funciones de protección ambiental, las tareas administrativas del servicio de cementerio y los puestos administrativos de los distritos, por citar los principales.

7. La prioridad debe ir ligada al sentido común, que debe darse también en los procesos jurídicos. Aquella, por tanto, podrá declararse a través de una norma reglamentaria aprobada por la entidad, por decreto, por el órgano de gobierno o colegiado correspondiente o simplemente, se deberá justificar tal prioridad en cada convocatoria específica de selección o en el mismo decreto de contratación o de nombramiento de funcionario interino.

La declaración en este caso, como en los siguientes que detallaremos, no requiere una norma reglamentaria, sino que es factible cualquier otra solución formal, siempre y cuando se acredite tal contenido. Importa el fondo, mucho más que la forma.

8. Igual dificultad asume el concepto “*servicio público esencial*”. Algunos autores han asimilado este término al derecho de huelga, como elemento de ayuda a la hora de establecer cuales son los servicios mínimos en caso de huelga que afecte a un servicio público esencial. Sin embargo, a nuestro juicio, es posible una interpretación más amplia, sin excluir aquél.

Debe tenerse en cuenta que el derecho de huelga ha definido, a través de la jurisprudencia constitucional, un concepto de servicio público esencial restrictivo, porque tal derecho es un derecho de garantía máxima de protección constitucional, vinculado a sectores públicos y privados que ofrecen un servicio público que afecta a derechos y garantías constitucionales, como la salud, el derecho a la información, el transporte o la educación, entre otros muchos.

No es esta la finalidad de la ley: el servicio público esencial del precepto no puede circunscribirse exclusivamente a garantizar derechos constitucionales de protección máxima, integrados en la sección primera, del capítulo segundo del Título primero de la Constitución. En este sentido, a nuestro juicio en el sector público local podrá incorporarse personal funcionario interino o laboral temporal en los dos siguientes supuestos:

a) en aquellos casos en que la jurisprudencia constitucional ha determinado como servicio público esencial en los supuestos de ejercicio de derecho de huelga. Hemos citado algunos pero podrían añadirse en el ámbito local, autonómico y estatal otros, como la recogida de basuras y limpieza viaria, determinados servicios vinculados a la temporada de vacaciones o servicios mínimos obligatorios que afecten a los derechos fundamentales recogidos en el artículo 14 y de los artículos 15 al 29 de la Constitución, o los previstos en leyes específicas españolas o autonómicas de desarrollo de la Carta Magna o bien que regulan nuevos servicios o áreas que la evolución de los tiempos han convertido en esenciales y que en 1978, al redactarse la Constitución, ni se oteaban como posibles: servicio de mensajería y telefonía móvil, Internet, plataformas on-line de acceso a centros educativos, por ejemplo.

b) todos aquellos otros que, más allá de lo dicho anteriormente, pretendan asegurar el funcionamiento interno regular y ordinario de cada entidad.

2010) que “3. El nombramiento de funcionarios interinos y la contratación laboral temporal únicamente procederá para la cobertura de puestos de trabajo que impliquen la atención directa al ciudadano y estén adscritos a los siguientes sectores considerados prioritarios por afectar al funcionamiento de los servicios públicos esenciales: - Educación.; - Servicios Sociales.; - Sanidad.; - Servicios de Emergencia y Protección Civil.; - Seguridad y Movilidad.; - Bibliotecas y Museos.; - Instalaciones deportivas.; - Atención al ciudadano.; - Orientación al empleo.; - Seguridad y Salud en el trabajo.; - Protección del consumidor.; - Conservación y mantenimiento de infraestructuras públicas.; - Vigilancia y protección del medio ambiente.; - Gestión tributaria.; - Inspección urbanística y tramitación de licencias” con una cláusula de cierre de total ambigüedad: “otros servicios esenciales”.

c) a fin de orientar al gestor público, a nuestro juicio son servicios esenciales—aunque no necesariamente siempre de manera incondicionada- la lista legal de la Ley de Bases 7/1985, para el mundo local, los que prevea el Estatuto de Autonomía en el ámbito correspondiente o las leyes del Estado y de las Comunidades que hayan fijado servicios que deben prestarse con carácter obligatorio por las Administraciones o el sector público de su competencia pero también pueden ser esenciales servicios que afecten a otros intereses, según el juicio que establezca cada entidad del sector público.

Supuesto a supuesto, la entidad —especialmente las locales, por su idiosincrasia tan particular, pero también las restantes- podrá considerar más o menos esencial un servicio.

d) mayores dudas mantenemos si pueden declararse como esenciales los que no corresponden a ejercer obligatoriamente ex lege por parte de cada entidad integrante del sector público o aquellos que se han asumido voluntariamente. Dependerá de un análisis caso por caso, pero el razonamiento *ad hoc* puede permitir su justificación, ya que el carácter que le otorgue una determinada ley no necesariamente mediatiza el concepto jurídico aquí analizado²².

e) por otro lado, no todo ministerio, departamento, área, servicio, sector, etc. de una entidad podrá ser declarado servicio esencial, aunque el servicio que presta lo sea. La decisión dependerá no tanto del carácter general sino de la esencialidad de la función a prestar. Por tanto, podrá ser esencial el servicio de secretaría municipal, pero no necesariamente el ordenanza o auxiliar administrativo adscrito a ese departamento, por citar un ejemplo, o que existiendo diez letrados en el servicio jurídico autonómico y causando baja uno, sea absolutamente imprescindible sustituirlo si aún permanecen en servicio activo los restantes nueve.

f) por último, creemos que el listado de la LPGE-2016 de plazas de posible incorporación a la Oferta de Empleo Público con tasas incluso del 100 por ciento de la reposición de efectivos también nos permite plantear un eje interpretativo. Así la lucha contra el fraude fiscal, el asesoramiento jurídico, la gestión y el control de la asignación eficiente de los recursos públicos, el control y fiscalización de las subvenciones públicas o la prevención y extinción de incendios serían supuestos que podrían trasladarse a este ámbito de servicios esenciales. Incluiríamos aquí, por tanto, todas las previsiones fijadas en el artículo 20, uno. 2 de la Ley para el 2016, que prevé posible tasa de reposición de efectivos del 100 por cien.

En resumen, creemos que la STC 185/1995 de 14 de diciembre no da una pista interpretativa importante a tener en cuenta por el gestor y los operadores jurídico, a la hora de razonar sobre el carácter esencial de un servicio: “el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho, con otras palabras, cuando la renuncia a estos bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social. La dilucidación de cuándo concurren estas circunstancias deberá atender a las características de cada caso concreto”²³.

²² Un ejemplo evidente es cuando se trata de servicios impropios de la entidad pública pero que se prestan para la ciudadanía. En este sentido, la declaración en tal sentido como esencial del Instituto del Teatro, organismo autónomo dependiente de la Diputación de Barcelona que aunque no teniendo atribuidas competencias educativas, supone la enseñanza —con un prestigio a nivel europeo— en el ámbito del arte, escena, teatro, etc. para una gran colectividad de alumnos, con toda una plantilla de profesorado y personal de soporte y administrativo indispensables para el funcionamiento regular del servicio educativo que se imparte. La declaración se formuló para el año 2012 y se ha prorrogado durante los siguientes cursos académicos.

²³ Con mayor detalle, *vid.* BOLTAINA BOSCH, X: “El empleo público temporal en las corporaciones locales vinculado a subvenciones y planes de fomento de la ocupabilidad y a las políticas de empleo: ¿está afectado por las limitaciones presupuestarias de la Ley 22/2013 para el año 2014?. La Administración Práctica, núm.4, 2014, págs.45-52.

5. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EXTINCIÓN DE LOS NOMBRAMIENTOS Y CONTRATOS TEMPORALES E INTERINOS. EN ESPECIAL, LOS INDEFINIDOS NO FIJOS.

1. Parece obvio que la “temporalidad”, “precariedad” o “no permanencia” es una situación jurídica propia del funcionario interino o del trabajador temporal o indefinido no fijo. En ninguno de estos casos se ostenta un requisito de permanencia e inamovilidad en su función.

Estas características de inamovilidad o permanencia se predicen exclusivamente de los funcionarios de carrera, y con matices, del personal laboral fijo, aunque en este último supuesto no podemos obviar que le es de aplicación la ruptura del vínculo jurídico laboral fijo a través de las causas de despido previstas en el Estatuto de los Trabajadores –en concreto, la DA 16ª del ET de 2015, pero también otras– por lo que su inamovilidad y permanencia es mucho más matizada que para el funcionario de carrera.

En el caso de los funcionarios interinos, en todo caso y pese a que el volumen de tal interinidad ha crecido de manera exponencial como consecuencia de la restricción de las políticas de acceso al empleo permanente, no se permite que el requisito de inamovilidad en el cargo sea posible por *“el simple transcurso del tiempo ni por una decisión administrativa que sería entonces contraria a la Ley”* (STSJ de Madrid de 9-5-1996, RJCA/1996/638). No existe, por tanto, un símil entre la interinidad funcional equivalente al indefinido no fijo establecido por la jurisprudencia laboral.

Por lo demás, debemos destacar diversos elementos específicos sobre el fin de la relación funcional o temporal interina, que se ha conformado por parte de la normativa vigente y de la doctrina judicial:

a) el funcionario interino, nombrado hasta la cobertura definitiva de la plaza, se vincula por un nombramiento temporal y quedará revocado cuando la plaza se provea por funcionarios de carrera.

b) lo anterior también acontecerá cuando ya no existan las razones de urgencia que motivaron su cobertura interina y, especialmente, cuando la Administración o entidad integrante del sector público considere que han cesado las razones de urgencia que justificaron esa interinidad, tal como indican las SSTs de 11-7-1985 (RJ 1985/3573) y 12-5-1986 (RJ 1986/2912) en una línea jurisprudencial que *“proclama que la relación funcional del interino puede finalizar por libre remoción de la Administración en tanto desaparezcan, a juicio de la misma, las razones de necesidad o urgencia que motivaron el nombramiento, pues no gozan dichos funcionarios del derecho de inamovilidad”* (STSJ de Madrid de 9-6-1996, RJCA/1996/638).

c) en cuanto a la extinción del vínculo jurídico laboral calificado como *“indefinido no fijo”* pero también el más clásico de *“interino en plaza vacante laboral”*, debemos remitirnos al corpus jurisprudencial que se ha consolidado en el periodo 2014-2015.

Todo lo relativo a la naturaleza jurídica de la extinción del contrato de los trabajadores indefinidos no fijos ha generado, a partir del 1998, una abundante doctrina judicial y jurisprudencial y una infinidad de teorizaciones desde la doctrina universitaria. El Tribunal Supremo no ha sentido siempre jurisprudencia pacífica y prueba de ello es la gran diferencia entre lo que afirmó en el 2002 y lo que ha indicado a partir del 2014, en cuanto a la extinción indemnizada o no.

- el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24-6-2014 fijó la doctrina relativa a la extinción del contrato de los indefinidos no fijos en supuestos de amortización de puestos de trabajo ocupados por ellos. En esta sentencia, el Tribunal modifica radicalmente su criterio sostenido hasta ese momento y que se originó a partir de su jurisprudencia del 2002 y que había reiterado, entre otras, en su sentencia de 22-7-2013.

A partir de junio del 2014 concluye que el sistema legal de amortización de puestos de trabajo en la Administración Pública, también para los indefinidos no fijos, es el que prevén los artículos 51 y 52 del ET, en relación con la DA 20ª del ET –actual DA 16ª según RD-leg 2/2015– y en función del número de trabajadores afectados. Por consiguiente, al entender el Tribunal Supremo que en aquellos casos se produce una finalización irregular de los contratos de trabajo indefinidos no fijos, no es ajustado a derecho proceder a la simple amortización del puesto y la extinción contractual sin indemnización y era preciso, tras la reforma laboral del 2012, acudir a las vías legales establecidas expresamente al amparo de la DA 20ª -hoy DA 16ª- del ET y el abono de una indemnización de veinte días por año trabajado con un máximo de una anualidad, siempre y cuando que si no se prueba adecuadamente tal amortización pueda incurrirse en despido improcedente, con mayor quantum indemnizatoria.

- no obstante, hay otra fórmula de extinción, que es la provisión definitiva de la plaza ocupada por el indefinido no fijo. Esto es, el acceso a través de Oferta de Empleo Público o bien la provisión por algún sistema reglamentario, como es el caso de reingreso de trabajador fijo excedente, promoción interna o movilidad interna por provisión de puestos de trabajo. Es decir, cuando la plaza del indefinido no fijo queda cubierta definitivamente bajo un procedimiento que cumpla los requisitos de publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

En este caso, el cese según el Tribunal Supremo tenía lugar como consecuencia de darse la causa válidamente consignada en el contrato, sin indemnización. No obstante, la nueva jurisprudencia del Alto Tribunal incorpora la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considerando que la aplicación de las indemnizaciones previstas en el artículo 49.1.c) del ET se extienden también para los indefinidos no fijos; según la sentencia y en base al auto de 11-12-2014, dictada en el asunto C-86/14 sobre el alcance de la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28-6-1999 relativa a empleo de duración determinada y cese indemnizado, el Tribunal europeo entiende, en primer lugar, que los trabajadores indefinidos no fijos se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva; esto es, se opone a cualquier normativa nacional que no incluya ninguna medida para sancionar los abusos resultantes del uso de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada en el sector público.

En consecuencia, la indemnización que corresponde en el caso en cuestión, por ser una medida suficientemente efectiva para corregir los abusos, la prevista en el artículo 49.1.c del ET, esto es de doce días por año trabajador, idéntica a la prevista para los contratos eventuales y contratos de obra o servicio determinado.

2. Por otro lado, es importante señalar que la incorporación de personal temporal e interino, tras el EBEP, requiere que se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad en su selección, aunque ésta se efectúe bajo el prisma de la “*agilidad*”.

El artículo 10.2 del EBEP es claro al respecto y no parece –como veremos a continuación– que sea factible ya recurrir a procedimientos de incorporación directa, salvo en nuestro criterio ante una extraordinaria urgencia sobrevenida que impida que paralice los servicios públicos²⁴–

²⁴ A nuestro juicio, la norma es clara, pero tampoco puede llevar a la distorsión absoluta. Si en un supuesto dado, la Administración o entidad pública requiere contratar o nombrar un empleado no permanente de manera absolutamente urgente, creemos que es factible, siempre y cuando en el expediente se justifique de manera exhaustiva. Pensemos, por ejemplo, en una guardería municipal servida por dos profesoras que en un mismo día, y sin pre-aviso, enferman ambas, quedando desatendido todo el servicio, sin que haya bolsa de trabajo o lista de espera para tales circunstancias. No obstante, en todo caso parece razonable exigir en estos supuestos una acción no sólo rápida y eficaz de la Administración, sino también actos posteriores correctores: en especial, un nombramiento o contratación de corto tiempo y la puesta en marcha de un proceso ágil de selección de conformidad con los principios del EBEP, en la que debe participar sino desea ver extinguido su contrato o nombramiento el empleado seleccionado por vía de urgencia y sin prueba previa.

Cuestión distinta es que el artículo 10.2 del EBEP se irradie a otros aspectos de la relación funcional, como son los posteriores llamamientos y nombramientos entre los incorporados a una hipotética bolsa de trabajo, para el cese cuando el puesto sea cubierto por un funcionario de carrera hasta ese momento desarrollado por un interino.

En este sentido, la STSJ de Galicia de 25-5-2011²⁵ (JUR/2011/224614) considera que no se vulnera el artículo 10.2 del EBEP por aplicar regulaciones *ad hoc* que, a la hora del cese, no den primacía absoluta a la experiencia o antigüedad en la prestación de servicios: “ni puede afirmarse que incurra en desviación de poder la Administración cuando persigue una mayor rotación de interinos, cuando amplía la posibilidad de llamamientos de nuevos candidatos integrados en la bolsa, o cuando, en situación de concurrencia, obliga a cesar al funcionario interino que lleva más tiempo trabajando (...) pues la finalidad perseguida –en el caso en cuestión– es acorde con el interés general que pretende dar posibilidad de llamamiento a mayor número de candidatos en un momento de elevada tasa de desempleo, evitando la petrificación de los llamamientos y propiciando la rotación y movilidad del personal interino”, razonando finalmente que tal finalidad es legítima y forma parte de las diversas alternativas que se confieren a la entidad pública en ejercicio de su potestad de organización de los medios personales: “en efecto, en la fase de establecimiento de un procedimiento para el nombramiento o cese como funcionarios interinos no tiene por qué atenderse exclusivamente a aquellos principios de mérito y capacidad”.

3. Por consiguiente parece meridianamente claro tras el EBEP que la incorporación de personal temporal o interino debe llevarse a cabo de conformidad con lo que prevea la normativa específica en cada entidad integrante del sector. En todo caso, la selección debe articularse mediante un procedimiento de concurrencia plural, en donde se respeten cuatro principios: publicidad, igualdad, mérito y capacidad.

Es evidente también que el EBEP instituye el concepto “agilidad”. Pero ésta, perfectamente asumible en un proceso de incorporación de personal no permanente, no puede entrañar “de ningún modo desatención o detrimento” de los referidos principios antes señalados, lo que implicaría igualmente una necesidad u obligación de hacer pública la convocatoria en el tablón de anuncios de las diversas dependencias municipales y en la web de la entidad pública (STSJ de Madrid de 8-3-2007²⁶, JUR/2007/203812), como criterio –mínimo– de publicidad insoslayable.

¿Qué sucede cuando no hay una norma específica reguladora del acceso a la condición de personal temporal o interino? En estos casos, generalmente habituales en las entidades locales de menor tamaño, pero también en Administraciones autonómicas o esferas específicas del sector público estatal, autonómico o universitario se puede recurrir a diversos procedimientos, como es la lista de personal aprobado en procesos selectivos pero sin plaza, a la formación de bolsas de empleo temporal e incluso también cuando haya una gran urgencia o una dificultad para captar candidatos, y previa memoria justificada, a los servicios públicos de empleo (STSJ del País Vasco, de 5-12-2008²⁷, JUR/2009/201436).

En todo caso, la entidad pública no puede acudir a “una suerte de carta blanca” (STSJ País Vasco de 5-12-2008 *dixit*), en aras de la urgencia y de una mayor flexibilidad y agilidad sin arbitrar un previo procedimiento específico, salvo circunstancias absolutamente excepcionales en donde la balanza del interés público inmediato debe prevalecer por su carácter urgente e insoslayable.

²⁵ Recurso contencioso-administrativo 407/2009, sentencia 559/2011.

²⁶ Recurso contencioso administrativo 697/2004, sentencia 166/2007.

²⁷ Recurso de Apelación 391/2006, sala contencioso-administrativa, sección tercera.

6. LA CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL E INTERINO: LA “SUSPENSIÓN” Y PARCIAL “REHABILITACIÓN” PARA EL 2016 DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª DEL EBEP.

La disposición transitoria cuarta del EBEP fijó la posibilidad de llevar a cabo procesos de consolidación de empleo temporal. En concreto, las Administraciones públicas podían llevar a cabo convocatorias de consolidación de empleo para puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías que estuvieran dotados presupuestariamente y desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero del 2005.

Esta previsión, desde su promulgación, sirvió para consolidar un sinnúmero de empleados funcionarios y laborales no permanentes. Además, las leyes de presupuestos siempre exceptuaron el número total de estas plazas convocadas de la regla de la tasa de reposición; es decir, aunque la tasa de reposición fuera mayor o menor a lo largo del periodo 2008-2011, ésta no afectaba a tales procesos de consolidación, lo que permitió de forma correcta pero también subrepticamente llevar a cabo convocatorias fuera de los límites señalados.

El RD-Ley 20/2011 y la Ley 2/2012 impidieron tal posibilidad para el 2012 y el artículo 23.uno.1 de la Ley 17/2012 reprodujo tal prescripción para el 2013; lo mismo sucedió para el 2014 y de nuevo el artículo 21.uno de la LPGE-2015 señaló que “la limitación contenida en el párrafo anterior alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del EBEP”.

Ello ha variado para el 2016. La redacción es la misma en el artículo 20.uno.1 *in fine* de la LPGE, pero como esa remisión al “párrafo anterior” es un redactado donde se indica que la tasa ya no es cero, sino a unos límites y requisitos establecidos en el 20.uno.2 y 20.uno.3: esto es, criterio general del 50 por ciento de tasa de reposición y criterio especial del 100 por ciento en el listado que va de la letra a) a la letra p) del artículo 20.uno.2 mencionado.

En consecuencia, la improcedencia de incorporar nuevo personal alcanzó hasta el 2015 también por el procedimiento de plazas incursas en procesos de consolidación de empleo previstos en la DT 4ª, disposición que para el 2016 ha quedado reconducida en su aplicación, pues se permite su aplicación, pero siempre teniendo en cuenta que debe respetarse la tasa de reposición de efectivos, lo que no sucedió en la legislación vigente hasta el año 2011, inclusive.

Por tanto, la DT 4ª del EBEP ha vuelto “a la vida” de manera parcial para el 2015, tras cuatro años de suspensión (de 2012 a 2015); aunque ello puede ser importante, debe señalarse que el transcurso del tiempo ha diluido su aplicabilidad “fossilizada” a 1 de enero del 2005, esto es a los puestos o plazas cubiertos temporal o interinamente ya hace más de once años; es muy factible que esta disposición deba ser sustituida en el futuro por otra nueva norma para así hacer frente a una bolsa de interinidad y temporalidad tan crítica como la existente antes del 1 de enero del 2005.

Aunque los datos son referidos a 2010²⁸, ya en ese momento y sin la DT 4ª en suspenso, el panorama no era nada halagüeño: más del 10% de los servidores públicos no tenían un empleo permanente y la temporalidad iba *in crescendo*.

Según datos de UGT de esa misma época, la temporalidad o interinidad ascendía al 8% en la Administración General del Estado, un porcentaje mucho mayor en las autonomías y alcanzaba al 20% en los ayuntamientos por término medio.

²⁸ http://economia.elpais.com/economia/2010/05/28/actualidad/1275031973_850215.html.

Para el ámbito autonómico, el sindicato CSI-CSIC, en el 2010, apuntaba que la mayor parte de los contratados y de los interinos se ubicaban en la docencia y en la sanidad, en tanto que esta modalidad de empleo público temporal no se daba en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

Seis años después la disfunción es aún más grande, salvo en aquellas entidades del sector público –no pocas– que han prescindido de interinos y temporales para aligerar sus plantillas, ante la crisis financiera sufrida precisamente a partir de ese año 2010 y que continúa vigente para muchas de ellas y que ha supuesto en el ámbito local, por citar un ejemplo lacerante, una pérdida de 100.000 empleos públicos: en julio de 2014, el Registro Central de Personal del Ministerio cifraba en 550.000 empleados locales de todo tipo; en enero de 2010, el mismo Registro Central de Personal situaba el número en 658.000; una sangría de cien mil empleos en tan solo cinco años. Finalmente, a enero del 2015 había recuperado algo las cifras del 2014 y se situaba en 577.164 empleados, esto es 27.000 más en sólo seis meses, pero mayoritariamente temporales e interinos.

En realidad, la bolsa de interinidad ha pasado a convertirse en una pesadilla en muchas Administraciones con capacidad económica suficiente para regularizar sus empleados no permanentes sin opciones de actuar y aún más lamentablemente cuando se trata de regularizar a los indefinidos no fijos –que sólo pueden pasar a fijos a través de un proceso público no excepcionado de los límites de la tasa de reposición– y sólo acaso la flexibilización de tal tasa, en algunas circunstancias, del 50 o 100 por ciento para el 2016, permitan aligerar la presión interna de las organizaciones sindicales y también el desánimo de los empleados en permanente estado de pendencia, que sitúa a todo un colectivo enorme de empleados públicos, anterior y posterior al 2005, en el Reino de Hades, hasta el punto de que algunos normas colectivos han empezado a incorporar previsiones en el sentido de que *ad futurum*, para los interinos que hayan cumplido determinado límite de edad –por ejemplo los 55 años– su plaza nunca sea convocada en oferta de empleo público, para evitar un disloque organizativo pero también humano, si son expulsados del empleo público tras una convocatoria selectiva, previsión que siendo de dudosa legalidad, parece ser dictada en base a criterios de tutela de los empleados afectados.