

LOS PLANES DE ESTABILIZACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

FEDERICO NAVARRO NIETO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras Clave: Empleo Público, Estabilidad, Temporalidad

Tras un primer acercamiento a la regulación del Estatuto Básico del Empleado Público referida a la planificación estratégica de los recursos humanos en las Administraciones Públicas, el estudio aborda los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público. La alta temporalidad en las Administraciones Públicas está siendo abordada, de manera indirecta, mediante intervenciones judiciales y legales orientadas a la restricción del uso de la contratación laboral temporal y, de manera directa, a través de los planes de empleo con amparo en la habilitación legal contenida en el Estatuto Básico del Empleado Público. El estudio se detiene en el análisis de los requisitos establecidos en dicha norma y en su régimen aplicativo, prestando particular atención a las reglas sobre procesos selectivos y los condicionantes y límites introducidos por la jurisprudencia constitucional y ordinaria al respecto.

ABSTRACT

Key Words: Public Employment, Work stability, Temporality

After making a first approach to The Basic Statute of Public Employees referred to the strategic planning of human resources in Public Administration, the present study is focused on the employment plans as a public employment consolidation tool. The increasing public employment temporality in the Public Administration is being tackled indirectly through judicial and legal interventions oriented to cut back temporary jobs, and indirectly through the employment plans under the legal rules of the Basic Statute of Public Employees. The study analyses those established requisites in such legislative framework and applied law, giving special attention to the rules on selective processes and determining factors under the constitutional ordinary jurisprudence.

ÍNDICE

1. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LOS PLANES DE EMPLEO
 - 1.1. El marco jurídico de los planes de empleo en el Estatuto Básico del Empleado Público
 - 1.2. Los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público
2. LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL DE CARÁCTER ESTRUCTURAL
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. La disposición transitoria 4ª EBEP y su aplicación en los procesos de consolidación del empleo temporal
3. LOS REQUISITOS QUE HABILITAN LA UTILIZACIÓN DE LA DT 4ª EBEP EN LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL
 - 3.1. Justificación excepcional de los procesos de consolidación de empleo
 - 3.2. Carácter estructural de los puestos a cubrir
 - 3.2.1. Marco competencial y cuadro financiero del carácter estructural
 - 3.2.2. Justificación del carácter estructural de las plazas
 - 3.3. Dotación presupuestaria de los puestos de trabajo e inclusión en la correspondiente OEP
 - 3.4. Prestación de servicios por el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo con anterioridad al 1 de enero de 2005
4. EL RÉGIMEN APLICATIVO DE LA DT 4ª EBEP
 - 4.1. Objeto del plan de consolidación del empleo y reglas de procedimiento
 - 4.2. Reglas sobre los procesos de selección
 - 4.3. La consideración de la antigüedad o la experiencia en el puesto como méritos y su compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público

1. LOS PLANES DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS Y LOS PLANES DE EMPLEO

1.1. El marco jurídico de los planes de empleo en el Estatuto Básico del Empleado Público

Se ha llegado a decir que en nuestras organizaciones públicas se hace muy poca política de recursos humanos, algo de gestión y mucho de administración de personal¹. De hecho, el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público* (abril, 2005) destaca que la planificación estratégica de los recursos humanos es una de las grandes debilidades de la gestión de las AAPP. Respondiendo a esta crítica, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) fija como uno de sus objetivos la eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos (art. 1.3 f). Estos obje-

¹ Cfr. Jiménez Asenjo, “*Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*”, en Del Rey (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, 2008, pág. 57.

tivos se plasman en la regulación que el EBEP dedica en su Título V a la “*Ordenación de la actividad profesional*”.

El Capítulo I del Título V se centra en la “*planificación de recursos humanos*” (arts. 69 a 71). De una parte, se recogen los objetivos de la planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas y, de otro, se identifican los principales instrumentos de planificación. Concretamente el art. 69.1 EBEP recoge como objetivos de la planificación la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad. El objetivo es, pues, el de la eficiencia en la gestión de los recursos humanos y su coherencia con los objetivos y finalidades de la organización administrativa general. Los principales instrumentos de planificación se identifican en el EBEP con los *Planes para la ordenación de sus recursos humanos*, la *Oferta de empleo público* y los *Registros de personal*.

En su Capítulo II, arts. 72 a 77, se abordan los instrumentos de estructuración del empleo público (como la Relación de puestos de trabajo –RPT–), estrechamente ligados a los anteriores. Dicho Capítulo comienza significativamente en su art. 72 con la afirmación de que la estructuración de los recursos humanos forma parte de las competencias de autoorganización de la Administración. Con ello se subrayan dos aspectos. De un lado, la autonomía de las distintas Administraciones territoriales en la planificación y gestión de sus recursos humanos. De otro lado, se destaca que, de la misma forma que en el ámbito privado, la organización del trabajo integra las potestades de los poderes directivos de la Administración como empresario ex art. 20 LET.

En particular, el art. 69.2 EBEP dispone que las Administraciones Públicas podrán aprobar “*Planes para la ordenación de sus recursos humanos*”, figura que viene a sustituir los denominados con anterioridad *Planes de Empleo*. Anteriormente, en efecto, con la intención de promover la planificación de los recursos humanos en las AAPP, la Ley 22/1993 procedió a la modificación del art. 18 de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública (LMRFP), recogiendo la figura del *Plan de Empleo*. Posteriormente el art. 2 del RD 364/1995 establece un desarrollo más detallado de este instrumento de planificación para la AGE².

² Conforme a esta última norma, los *Planes de Empleo* podrían adoptar las modalidades de *Planes Integrales de Recursos Humanos* y *Planes Operativos de Recursos Humanos*. Los *Planes Integrales de Recursos Humanos* se definen como el instrumento básico de planificación global de éstos, y deben especificar los objetivos a conseguir en materia de personal, los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideren adecuados para cumplir tales objetivos, las medidas necesarias para transformar la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura

Los planes de ordenación de los recursos humanos, recogidos en el vigente art. 69.2 EBEP, constituyen normas de diagnóstico y de planificación de medidas ya contempladas por el ordenamiento jurídico para la ordenación de los recursos humanos. En este sentido el art. 72 EBEP recuerda que las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a las previsiones normativas del mismo EBEP.

Los planes de ordenación de los recursos humanos, como anteriormente los Planes de Empleo, constituyen por tanto un instrumento para diagnosticar las necesidades y dotaciones de personal, y los procesos de reestructuración de puestos de trabajo y de reasignación de efectivos, incluyendo medidas de formación y movilidad. Son instrumentos cuya elaboración es voluntaria para la AP y cuyos contenidos son flexibles, dejándose su concreción a la propia AP.

Sobre el procedimiento de elaboración no existen reglas específicas, aunque por sus posibles contenidos parece imponerse la activación previa del proceso de negociación colectiva, puesto que el art. 37.1 EBEP establece como objeto de negociación colectiva “*las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos*” (letra c) y “*los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos*” (letra m). El trámite de la negociación se impone igualmente porque dos de los instrumentos de ejecución de los Planes de Empleo, como son la Ofertas de empleo público (OEP) y la Relación de puestos de trabajo (RPT), también son objeto de negociación colectiva en el art. 37.1 EBEP (letra l y letra c respectivamente).

Como se ha indicado, los planes de ordenación de los recursos humanos son instrumentos de planificación que se limitan a prever medidas y actuaciones y que deben ejecutarse a través de las correspondientes previsiones normativas y procedimientos establecidos en el EBEP³:

de personal que se pretenda y las actuaciones necesarias al efecto, especialmente en materia de movilidad, formación y promoción. Los *Planes Operativos de Recursos Humanos* son instrumentos específicos para determinar las previsiones y medidas a adoptar sobre movilidad, redistribución de efectivos y asignación de puestos de trabajo.

³ Se ha indicado en este sentido que son “meras normas habilitadoras de la adopción de medidas ya previstas en el ordenamiento jurídico” como consecuencia del diagnóstico efectuado. Véase, Palomar Olmeda, “*Ordenación de la actividad profesional*”, en Sánchez Morón (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2008, pág. 441.

- en materia de movilidad (arts. 81 a 84 EBEP).
- de formación (con una diversidad de normas de referencia en el EBEP, como los arts. 14, g, 37.1 f, 37.2 f, 49 54.8, 69.2 d, 73.3, 89.4).
- de promoción (arts. 16 a 20 EBEP).
- de selección y provisión de puestos de trabajo (arts. 69 a 80 EBEP).

El mismo apartado 2º del art. 69.2 enumera de forma abierta una serie de contenidos de tales planes:

- a) Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos (art. 69.2 a EBEP)⁴.
- b) Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo (art. 69.2 b EBEP). Estas “previsiones” deben concretarse a través de la RPT (art. 74 EBEP), mediante su modificación⁵.
- c) Medidas de movilidad⁶.
- d) Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa (art. 69.2 d EBEP)⁷.
- e) La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la OEP (art. 69.2 e EBEP), conforme al art. 70 EBEP, que, como instrumento de planificación, sirve a la programación formal e inmediata en la oferta de empleo público⁸.

⁴ Se trata de valorar la adecuación entre las actividades y servicios de la AP, su estructura organizativa y los medios de personal. En concreto se trata de valorar si los medios personales son suficientes (valoración cuantitativa) y sus perfiles son adecuados (valoración cualitativa).

⁵ La RPT es un concepto clave en la ordenación del trabajo, ya que a través de él se concreta el derecho de los empleados públicos al desempeño de un puesto de trabajo, sirve a la identificación de funciones, tareas o responsabilidades y sirve para ordenar la selección, la formación y la movilidad (art. 73 EB). En relación con el personal laboral, este precepto debe ser completado con el art. 83 EB que dispone que la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.

⁶ Conforme a las reglas del art. 81 EB, cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, puede disponer la movilidad voluntaria o forzosa (art. 69.2 c EB). Entre las medidas de movilidad podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

⁷ En este sentido existen regulaciones específicas en los arts. 18 y 81.2 EB. Para el personal laboral el artículo 83 EB se remite al convenio colectivo aplicable.

⁸ Estamos ante un aspecto relevante para la efectividad de la planificación porque la planificación de recursos humanos es normalmente plurianual y la OEP es anual.

Las medidas recogidas en el art. 69.2 EBEP son meramente indicativas, de manera que no agotan el contenido posible de los planes de empleo, pudiendo extenderse por ejemplo a medidas de gestión flexible del tiempo de trabajo o de reestructuración de plantillas (como jubilaciones conforme a las previsiones del art. 67 EBEP).

La organización de los contenidos del plan es delicada porque los contenidos referidos forman parte del poder de autoorganización de la Administración, pero al mismo tiempo están condicionados por requerir una fundamentación en su ejercicio (movilidad –art. 81–) o por afectar a derechos individuales de los empleados públicos (el derecho al desempeño en un puesto de trabajo –art. 73.1–, el derecho a la promoción –art. 14.1 c–).

Por otro lado, como se deduce por tanto del art. 69.2 EBEP, la efectividad de los planes de empleo en la ordenación de los recursos humanos va a requerir su coordinación con otros instrumentos de planificación (la OEP) y de estructuración del empleo público (la RPT). Así mismo los planes de empleo deben coordinarse con el sistema de clasificación profesional de los empleados públicos contenido en el EBEP (art. 75 y 76) y en la LET (art. 22 de esta Ley, al que se remite el art. 77 EBEP).

Una vez descrito el marco jurídico y sus antecedentes, hay que añadir que en la práctica los planes de empleo, en cualquiera de sus modalidades antes del EBEP y una vez que éste ha entrado en vigor, han tenido escaso desarrollo. Han sido en la experiencia un instrumento apenas utilizado y en cualquier caso con un papel residual, entre otras razones, por la incapacidad de vincular la OEP y las previsiones de gasto al respecto a las previsiones de los planes, perdiendo así su función planificadora⁹. Sin embargo el plan de empleo ha tenido un cierto desarrollo, como veremos, en el ámbito de los procesos de consolidación del empleo público.

1.2. Los planes de empleo como instrumento de consolidación del empleo público

El plan de empleo es un instrumento adecuado para la racionalización de los recursos humanos de las AAPP en el ámbito de los procesos de consolidación del empleo público. El CES en su Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público*, realiza la propuesta del impulso de la planificación estratégica de empleo en las AAPP. Y añade al respecto que “la elaboración de planes de empleo debería orientarse más claramente hacia la reducción de la

⁹ Cfr. Palomar Olmeda, “*Ordenación de la actividad profesional*”, cit. pág. 438.

temporalidad como política estructural, en coordinación con herramientas específicas como los planes de estabilidad para ámbitos concretos recogidos en el Acuerdo Administración-sindicatos para la mejora y modernización de la Administración pública de noviembre de 2002”.

Los planes de empleo han servido de hecho para la articulación de un proceso de consolidación del empleo temporal de carácter estructural y como medio de regularización de las situaciones laborales susceptibles de ser declaradas irregulares por los tribunales, con respeto a los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público.

Actualmente estos planes de consolidación de empleo encuentran su fundamento en los arts. 69.2 (en relación con los arts. 69.1 y 72) y DT 4ª EBEP. Por otro lado, los planes y los procesos de consolidación del empleo público temporal son considerados por nuestra jurisprudencia como procesos especiales en relación con el acceso al empleo público y los principios que lo rigen (reconocidos en los arts. 9, 23.2 y 103.3 CE). Son procesos especiales donde deben igualmente tomarse en consideración otros valores constitucionales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (art. 40.1 CE), y el objetivo constitucional de la eficacia de la Administración (art. 103.1 CE).

El fundamento y la función de estos planes de empleo están estrechamente ligados a los problemas generados por la alta tasa de empleo temporal en las AAPP, de ahí que convengan algunas ideas generales sobre esta problemática antes de abordar el actual marco jurídico de los planes de consolidación del empleo.

2. LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO TEMPORAL DE CARÁCTER ESTRUCTURAL

2.1. Introducción

La alta tasa de temporalidad es considerada un lastre para el buen funcionamiento de las AAPP (CES Informe 3/2004, *La temporalidad en el empleo en el sector público*). La opinión común es que el volumen de temporalidad en el sector público excede el que parece razonable de acuerdo con las necesidades temporales en la prestación de servicios¹⁰. La problemática de la temporalidad

¹⁰ Sempere Navarro y Areta Martínez, *Comentario a la Disposición Transitoria 4ª del EBEP*, en Palomar y Sempere, (Dirs.), *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 938-939.

en las AAPP, particularmente en el ámbito local, está ligada a una política de restricción presupuestaria, al margen de las necesidades reales de las organizaciones, que se resuelve transitoriamente mediante la contratación laboral temporal; también esta ligada a la falta de bases presupuestarias sólidas que permita la correcta financiación de las actividades. Aunque en ocasiones igualmente es la consecuencia de una inadecuada planificación de los recursos humanos, adscribiendo a funcionarios interinos o a trabajadores temporales a puestos de trabajo que responden a exigencias estructurales o permanentes de la Administración ¹¹. Como se observa en el *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto básico del empleado público* (abril, 2005), “el volumen de temporalidad hoy existente en el sector público parece exceder del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de servicios y actividades públicas de las distintas Administraciones y que, en realidad, se formalizan como interinidades o contrataciones temporales actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. Una parte importante de esa temporalidad tiene, por tanto, un carácter ficticio o artificial”.

La situación ha sido afrontada en las AAPP de España mediante el desarrollo de diversas vías de acceso a la estabilidad en el empleo público. La primera vía es indirecta, y se desarrolla a través de intervenciones judiciales y legales orientadas a la restricción del uso de la contratación laboral temporal. En primer lugar, mediante la conversión judicial de contratos temporales calificados como irregulares en contratos indefinidos, conforme al art. 15.3 LET. En segundo lugar, a través del desarrollo por el legislador de una política orientada a la reducción de los niveles de temporalidad en las AAPP con la previsión del art. 52 e) LET. Indirectamente esta norma trata de evitar la justificación de la contratación temporal ligada a previsiones presupuestarias o subvenciones externas anuales. Finalmente, en tercer lugar, a través del art. 15.5 LET, aplicable expresamente a las AAPP conforme a la DA 15 LET, que incorpora medidas orientadas a evitar el encadenamiento de determinados tipos de contratos temporales (previsión incorporada con la Ley 43/2006).

La segunda vía es directa y se concreta en los procesos de consolidación de empleo para el personal laboral temporal del sector público. Como se ha obser-

¹¹ Se ha observado que esta situación tiene efectos demolidores, afectando a aspectos como los procesos de selección del personal, donde se atenúan las exigencias de igualdad, mérito y capacidad y se adoptan procedimientos de urgencia de mayor menor regularidad en su desarrollo; personal que después se estabiliza mediante procesos donde se valora especialmente los servicios prestados por este colectivo temporal. La regularidad de esta situación es objeto de control por el TC aunque con una jurisprudencia “muy tibia y en absoluto firme”, en opinión de Jiménez Asenjo, “*Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público*”, cit. pág. 55.

vado, la historia reciente en el conjunto de las AAPP está plagada de procesos de consolidación del “empleo estructural”¹².

2.2. La Disposición Transitoria 4ª EBEP y su aplicación en los procesos de consolidación del empleo temporal

El EBEP toma en consideración la problemática del empleo temporal en las AAPP e introduce reglas frente a esta problemática, aunque con significados diversos.

- En primer lugar, se “legaliza” en el art. 11 EBEP la figura del personal laboral indefinido no fijo, aunque sin delimitar con precisión su régimen jurídico diferenciado del laboral fijo¹³.
- En segundo lugar, se amplían los supuestos en que se admiten los funcionarios interinos. Concretamente, el art. 10.1 c) EBEP recoge el supuesto de contratación temporal para programas; y el art. 10.1 d) EBEP recoge el supuesto de contratados eventuales. El resultado es que se permite a las AAPP la contratación temporal por la vía no laboral, evitando así las consecuencias del art. 15.3 y 15.5 LET.
- En tercer lugar, se trata de dar una respuesta global a la estabilización del empleo temporal mediante una habilitación legal contenida en la DT 4ª EBEP.

En particular, la DT 4ª EBEP responde a lo acordado en la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, suscrita por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de las Administraciones Públicas (UGT, CC OO y CSI-CSIF) el 21 de septiembre de 2004, en el que las partes firmantes se comprometen a fomentar la estabilidad laboral reduciendo la tasa de temporalidad existente en el empleo público. Por lo demás, la DT 4ª EBEP da continuidad a una política del derecho que tiene importantes antecedentes normativos y negociales¹⁴.

¹² Cfr. Palomar Olmeda, “Ordenación de la actividad profesional”, cit. pág. 452.

¹³ En este sentido, véase Boltaina Bosch, “Clases de personal”, en Del Rey (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit. pág. 178 y sigs.

¹⁴ Así cuenta con antecedentes normativos en la DT 6ª LMRFP y en una diversidad de leyes autonómicas, entre ellas la Ley 6/1985, de ordenación de la función pública andaluza (DT 6ª.2.1). Las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido dando cobertura legal a los procesos de consolidación del empleo público. Igualmente, dentro del marco de reducción de la temporalidad en el empleo público en la Administración General del Estado, pensando en aquellos ámbitos donde exista un importante volumen de empleo temporal de naturaleza estructural y permanente, se ampara la sustitución de este empleo temporal por empleo fijo, a través de las

3. LOS REQUISITOS QUE HABILITAN LA UTILIZACIÓN DE LA DT 4ª EBEP EN LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL

Establece la DT 4ª EBEP, en su apartado 1º, que “*las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005*”. Estamos ante una medida potestativa para las AAPP (“*las Administraciones Públicas podrán...*”) que puede aplicarse tanto al personal funcionario interino como al personal laboral temporal.

La DT 4ª exige para su aplicación diversas condiciones:

1. En primer lugar, se trata de una DT que habilita legalmente procesos de consolidación de empleo con carácter extraordinario, es decir, al margen del marco ordinario de los procesos de selección de empleados públicos.
2. En segundo lugar, debe tratarse de una vía de consolidación referida a puestos de carácter estructural, que estaban siendo ocupados por empleados temporales.
3. En tercer lugar, debe de tratarse de puestos de trabajo dotados presupuestariamente.
4. En cuarto lugar, el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo debe haber comenzado a prestar sus servicios con anterioridad al 1 de enero de 2005.

Vamos a pasar al análisis de cada una de estas condiciones.

normas reglamentarias que aprueban la oferta de empleo público (art. 11 del RD 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2007 y art. 10 del RD 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2008, que además ya no emplea como justificación la previsión de la correspondiente ley presupuestaria, sino directamente la DT 4ª EB). A estos antecedentes normativos se unen los antecedentes negociales, en concreto los Acuerdos entre la Administración y los sindicatos orientados a la consolidación del empleo temporal. Así cabe citar el Acuerdo Administración-Sindicatos para la modernización y mejora de la Administración Pública, de 13 de noviembre de 2002, que dedica los capítulos XI y XIII a la consolidación del empleo temporal de naturaleza estructural. También el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas sobre medidas retributivas y de Oferta de Empleo Público para los años 2007/2009 de 25 de septiembre de 2006 incide en el asunto al indicar en el párrafo segundo del apartado 3 que las Administraciones Públicas, en aquellos ámbitos donde se detecte un importante volumen de empleo temporal de naturaleza estructural y permanente, podrán proceder a su sustitución por empleo fijo.

3.1. Justificación excepcional de los procesos de consolidación de empleo

Como hemos observado anteriormente, la jurisprudencia parte de la premisa de que los procesos de consolidación de empleo público temporal son procesos especiales en relación con el acceso al empleo público (sometidos a los principios reconocidos en los arts. 9, 23.2 y 103.3 CE que deben regir tal acceso), que se justifican en atención a valores igualmente constitucionales, como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (art. 40.1 CE).

La jurisprudencia constitucional admite estos procesos de consolidación del empleo temporal en un determinado contexto histórico caracterizado por la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, pero lo hace a partir de tres premisas (SSTC 27/1991; 151/1992; 185/1994; 16/1998; 12/1999; 16/1998).

En primer lugar, su carácter excepcional. Indica el TC que estos sistemas de acceso “han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2 CE, si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional”. En segundo lugar, entiende el TC que resulta legítima esta solución “cuando sólo se acude a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional para una situación igualmente excepcional”. En tercer lugar, se requiere que esté “expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración”.

Aunque las previsiones legales habilitadoras de la consolidación del empleo público temporal y su legitimación por el TC en los términos indicados se sitúan en un contexto histórico de construcción del Estado autonómico y de consolidación de unas Administraciones emergentes, lo cierto es que con la DT 4ª EBEP el legislador ha entendido que estos procesos excepcionales pueden justificarse en el momento presente siempre que existan razones excepcionales y se den los requisitos previstos en la norma.

La idea de Administración emergente, construida sobre la provisionalidad de servicios y medios financieros y humanos, es predicable de organizaciones administrativas que durante las décadas pasadas observan un constante avance en la elaboración del mapa de servicios, acompañado de un plan de dotación de medios humanos, técnicos y materiales para dar soporte a las prestaciones que deben garantizar.

Puede servir para ilustrar en concreto sobre esta singularidad la situación de los institutos y servicios sociales locales, cuyo nacimiento y desarrollo está ligado a una regulación legal y a un marco financiero que sólo hasta tiempos recientes sale de una situación de provisionalidad y encuentra bases de estabilidad en servicios y financiación¹⁵. La característica histórica del desarrollo de la organización administrativa de los servicios sociales en Andalucía, que recae en buena medida en las Administraciones locales, es la de una gestación y desarrollo de una manera improvisada y con un presupuesto muy inestable¹⁶. Esta situación ha llevado a los servicios sociales de las Entidades Locales a constituir un buen ejemplo de la problemática de la temporalidad en las AAPP, siendo perceptible una diferencia notable en la actualidad entre la elevada plantilla de empleados públicos laborales en tales servicios y la ausencia de reflejo de tal realidad en la RPT¹⁷.

3.2. Carácter estructural de los puestos a cubrir

El carácter estructural debe deducirse en particular de dos órdenes de argumentos:

¹⁵ En Andalucía, los Servicios Sociales Comunitarios tienen su reconocimiento legal en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía de 1988 y su plasmación y desarrollo en el Plan Concertado de la Administración Estatal, Autonómica y Local del mismo año sobre Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en Corporaciones Locales. Habrá que esperar al Decreto 11/1992, de 28 de enero, sobre naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios, para poder hablar de su consolidación. Tanto las diputaciones Provinciales, como los municipios andaluces de más de 20.000 habitantes organizan administrativamente los servicios sociales bien directamente dentro de la misma estructura administrativa de la Diputación o Ayuntamiento, mediante un Servicio o Área de servicios sociales, o bien a través de entes autónomos como Patronatos, Fundaciones o Institutos.

¹⁶ La inestabilidad del sistema es destacada en tiempos recientes por el Defensor del Pueblo andaluz (*Informe sobre la situación de los servicios Sociales comunitarios en Andalucía*, de marzo de 2006), que observa: “la gestión directa de prestaciones básicas de Servicios Sociales por parte de dispositivos públicos adscritos a la Junta de Andalucía, unida a la falta de desarrollo y materialización de las revisiones de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía en materia de delegación de las competencias de gestión de los Servicios Sociales Comunitarios en Diputaciones y Ayuntamientos, hace necesario un urgente replanteamiento de estos aspectos a fin de acordar un sistema operativo y racional de atribución de las competencias y de los medios correspondientes para la prestación de estos Servicios, en el marco del proceso de ordenación del Sistema Público de Servicios Sociales”.

¹⁷ El *Informe sobre la situación de los servicios Sociales comunitarios en Andalucía*, de marzo de 2006, del Defensor del Pueblo Andaluz aporta los datos de las distintas estructuras administrativas provinciales de servicios sociales al respecto (págs. 118 y sigs.).

3.2.1. *Marco competencial y cuadro financiero del carácter estructural*

En el ejemplo que hemos traído a colación para ilustrar nuestra argumentación, los servicios sociales locales, existe un marco competencial y un cuadro financiero justificativo del carácter estructural de los puestos de trabajo. Claramente puede verse en la ordenación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía, donde las EELL actualmente cuentan con competencias propias y con competencias que la Comunidad Autónoma delega en ellas de manera permanente por vía legal¹⁸. Se cuenta, por otra parte, con un marco financiero estable para la cobertura de tales servicios¹⁹.

¹⁸ El art. 84 del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que la Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con los servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias dentro de la Comunidad Autónoma. En este sentido la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales en Andalucía, estableció en su Título III el reparto competencial en esta materia, atribuyéndole a la Junta de Andalucía la titularidad y responsabilidad de este sistema público, otorgándole a tal fin las competencias horizontales necesarias para ello, y a las Diputaciones y Ayuntamientos, por vía de delegación, determinadas competencias de gestión. En desarrollo de la Ley 2/1988 se han dictado normas encaminadas a estructurar los Servicios Sociales Comunitarios. Finalmente, el Decreto 11/1992, 28 enero regula la naturaleza y prestaciones de los servicios sociales comunitarios. Las EELL, en particular las Diputaciones Provinciales, cuentan con marco orgánico a través del cual se instrumentan las competencias de Servicios Sociales. Por tanto, respecto de los Servicios Sociales Comunitarios contamos con un marco normativo e institucional estable. Con respecto a programas específicos hay que destacar su continuidad. Esto es claro en el caso de los programas de drogas. La Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en materia de drogas, en su art. 28, dispone que las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos ejercerán sus competencias en esta materia, tanto propias como delegadas, en el marco de lo previsto en la Ley y de acuerdo con los criterios y directrices del Plan Andaluz sobre Drogas; en particular, prevé el art. 28.3 que las Diputaciones desarrollarán el correspondiente apoyo técnico y económico de cara a las actuaciones de información, prevención e integración social en los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes. Por su parte, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2002–2007) prevé una estructura provincial de coordinación y gestión. Dentro de dicho Plan, a las Diputaciones Provinciales les corresponderá la gestión de los recursos provinciales en drogodependencias y adicciones, así como la ejecución de los programas de desarrollo local y provincial.

¹⁹ La financiación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía se canaliza principalmente a través del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en Corporaciones Locales y los correspondientes Contratos-programas. Sin embargo, una cierta estabilidad financiera viene garantizada por la existencia de un marco normativo regulador de los compromisos financieros como respaldo a la asunción de competencias por las EELL. Cabe mencionar los siguientes datos normativos destacables: la Ley 2/1988, de Servicios Sociales en Andalucía, en su artículo 27; el Decreto 11/1992, 28 enero, en su DA 1ª; finalmente, el Decreto 203/2002, de 16 de julio, sobre financiación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía, que compromete a la Junta de Andalucía a distribuir, para su gestión, entre las Diputaciones

3.2.2. *Justificación del carácter estructural de las plazas*

Existe una jurisprudencia sobre el uso de modalidades contractuales laborales temporales para ejecutar una actividad ordinaria o permanente en la Administración o para la ejecución de planes o programas públicos que ha conllevado en ciertos supuestos la sanción judicial de la conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, conforme al art. 15.3 LET. Esta doctrina judicial aporta criterios que deben ser contemplados para valorar el carácter permanente o no de los puestos de trabajo y la posibilidad o no de su cobertura mediante contratos de duración determinada del art. 15 LET (*apartado a*). Por otra parte, el legislador es consciente de la proliferación de contratos laborales temporales vinculados a programas y de una práctica de encadenamiento de contratos temporales que se justifica en muchos casos por servir de cobertura a puestos de trabajo estables, de ahí que introduzca nuevas reglas como las contenidas en el art. 52 e) LET y extienda la aplicación del art. 15.5 LET a la AP (DA 15 LET) (*apartados b y c*). Finalmente, el legislador habilita a la negociación colectiva para fijar reglas de limitación de la contratación temporal (*apartado d*).

- a) *La respuesta judicial al uso del contrato para obra o servicio determinado para actividades permanentes y subvencionadas: la conversión del contrato temporal en indefinido no fijo*

El objeto del contrato para obra o servicio determinado es “*la realización de una obra o servicio determinados con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta*” (arts. 15.1 a) del ET y 2.1 del RD 2720/1998). La jurisprudencia observa reiteradamente la importancia de dos elementos que son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado del art. 15.1 a) LET: a) que la ejecución de la obra o servicio determinado no sea de tal naturaleza que suponga la ejecución de tareas permanentes y de duración indefinida en la empresa, al exigir la ley que se trate de una actividad “*limitada en el tiempo*” aunque “*de duración incierta*”; b) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto. Los requisitos mencionados resultan de aplicación en

y Ayuntamientos andaluces los recursos asignados a tal fin en los Presupuestos de la Administración Autonómica y en la del Estado que le sean transferidos, obligándose, por lo que refiere a las cantidades a aportar por la Junta de Andalucía, a mantener las del ejercicio anterior actualizadas al IPC de cada año, o al índice oficial que lo sustituya.

las contrataciones efectuadas por las Administraciones Públicas, que tampoco pueden recurrir a la modalidad contractual de obra o servicio para ejecutar una actividad ordinaria o permanente²⁰.

Los tribunales vienen rechazando el uso de esta modalidad contractual para las actividades de prestación mínima obligatoria y también para actividades permanentes no obligatorias de la organización administrativa. Esta doctrina se ha desplegado especialmente en relación con la Administración Local, cuando su actividad de prestación cubierta con empleos laborales temporales no está condicionada por un elemento objetivo y externo que limite la prestación de la actividad. Concretamente en supuestos como la prestación de servicios por los trabajadores en un servicio de guardería infantil de una entidad local²¹; en el caso de un Convenio de Colaboración Interadministrativo entre la Consejería y la Diputación Provincial, para el funcionamiento de las Oficinas Comarcales de Viviendas en la provincia²²; en el caso de prestación de servicios por el Ayuntamiento mediante una serie de contratos para obra o servicio determinados, que se desarrolla en el ámbito del Convenio suscrito entre la Consejería de Bienestar Social y el Ayuntamiento para el desarrollo del Centro Social Polivalente, con carácter anual²³; en supuestos de Agente de Empleo y Desarrollo

²⁰ Entre otras, STS 11-5-2005 (RJ 2005, 4981).

²¹ STS 2-6-2000 (RJ 2000, 6890)

²² En el caso de la STSJ Extremadura 30-4-2008 (AS 2008, 1737) estamos ante un Convenio de Colaboración Interadministrativo entre la Consejería de Vivienda, Urbanismo y Transportes y la Diputación Provincial de Badajoz, para el funcionamiento de las Oficinas Comarcales de Viviendas en la provincia de Badajoz. En dicho Convenio se pone de manifiesto que tanto la Diputación como los municipios de la provincia tienen competencias en materia de ordenación, urbanismo y vivienda, calificando de responsabilidad compartida entre administraciones la adopción de medidas en materia de vivienda, utilizando para ello la infraestructura y los medios de las Oficinas Técnicas Comarcales de la Diputación Provincial, consecuencia de lo cual se atribuyen a dichas Oficinas las funciones de Oficinas Comarcales de Vivienda, para la gestión y asesoramiento de las actuaciones en esta materia, pactándose la cofinanciación de los costes de las oficinas gestoras, y el desarrollo de sus funciones con el personal que se considere necesario, sin que tenga ningún tipo de relación laboral en la Consejería de Vivienda, Urbanismo y Transporte; y en lo que atañe a la duración de los contratos, era inicialmente por un año, pactándose no obstante la voluntad de prorrogar de forma automática, para los siguientes ejercicios económicos, a reserva de la existencia de dotación presupuestaria disponible para su financiación en los ejercicios económicos a que afecte. Para el TSJ, “las funciones que los demandantes desempeñan se corresponden con una actividad no ocasional o excepcional, sino que ha devenido permanente de la Administración contratante, lo que efectivamente se pone de manifiesto por el largo período de tiempo que los demandantes llevan prestando servicios para la demandada de forme ininterrumpida”, concluyendo que existe una concurrencia de fraude de Ley y la condición de trabajadores vinculados a la demandada mediante relación laboral por tiempo indefinido, no fija, en aplicación de constante doctrina jurisprudencial

²³ STSJ Castilla-La Mancha 31-1-2008 (AS 2008, 2562)

local contratado por un Instituto Municipal para el Empleo y la Formación Profesional Empresarial²⁴.

En estos supuestos resulta de nuestro interés la doctrina conforme a la cual el límite temporal no está en la actividad en sí misma, ni en las condiciones de su prestación, ni en el hecho de que no se configure la actividad como una actividad de obligada prestación por la Administración en cuestión; el dato relevante es que la actividad sea posible en el marco de las prestaciones de servicios por dicha Administración y efectivamente se configure como actividad permanente²⁵. Ello se completa con la afirmación de que “no es la existencia de

²⁴ STSJ Madrid 19-11-2008 (RJ 2009, 201); STSJ Madrid 15-10-2008 (AS 2008,3136).

²⁵ STS 2 de junio de 2000 (RJ 2000, 6890), en relación con el servicio de guardería que presta un Ayuntamiento. En los supuestos concretos de Programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios, la doctrina judicial es clara en el sentido de excluir la existencia de una actividad permanente de la Administración Local en estas materias porque ni estamos ante competencias propias que se señalan en el Art. 25 de la misma, ni tampoco que se enmarquen en una eventual actuación por delegación en los términos del Art. 27. No puede entenderse que su intervención en la creación y funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, pueda ser calificada como una actividad permanente (STSJ Andalucía 12-11-2008 (AS 2009, 81) 5-11-2008 (AS 2009, 402). De la doctrina del Tribunal Supremo antes recordada se infiere que la subvención no condiciona por sí misma la duración del contrato y que esta circunstancia se ha de deducir de la obra o servicio objeto del mismo, pero también que la persistencia de la subvención necesaria para la subsistencia del contrato, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por obra o servicio determinado, y a partir de ello debe entenderse que la contratación por los Ayuntamientos, a través de la actuación de la Comisión Mixta creada al efecto, para la operatividad de actuaciones en materia de colocación, empleo, ayudas al fomento de empleo y formación profesional al amparo de Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de Empleo, salvo apreciación en supuestos concretos de un actuar en fraude de ley, no es una actividad permanente de las Corporaciones Locales, aunque el objeto material de tales proyectos, de naturaleza temporal por imposición legal, en cuanto así se explicita en la normativa de aplicación antes citada, se traduzca en la realización de obras o servicios de utilidad pública o interés social, ya que la finalidad que constituye la esencia de la contratación es la formación, teórica y práctica, como medio de acceso al empleo, mediante fórmulas de trabajo en obra real, con el fin de que a su término exista una capacitación para el desempeño adecuado del oficio aprendido, debiendo mantenerse por ello que la contratación del personal directivo, docente o de apoyo para el funcionamiento de las Escuelas Taller, Casas de Oficios y Talleres de empleo promovidos por las Corporaciones Locales a lo largo de las diferentes fases en que se dividen los correspondientes proyectos, es encuadrable, por su objeto y finalidad, en la figura del contrato para obra determinada, salvo apreciación de actuación en fraude de ley, como antes se indicaba, que en el caso que ahora se analiza no resulta deducible de ninguno de los presupuestos de hecho que se consignan en la resolución recurrida. El contexto de las escuelas taller: En relación con los Programas de Escuelas Taller y Casas de Oficios para jóvenes en paro y con especiales dificultades de inserción laboral e integración social, por Real Decreto 467/2003, de 25 de abril (RCL 2003, 1167),

una subvención un elemento determinante de la temporalidad de la contratación, ni el objeto del contrato (...) tiene la autonomía y sustantividad necesaria para justificarlo, al tratarse de una actividad propia y ordinaria de la Agencia para el empleo (...), al constar que constituye su propio objeto, de acuerdo con los fines establecidos en sus Estatutos, lo que evidencia que no existe obra o servicio que pueda justificar la temporalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”²⁶.

La clave justificativa del uso de la modalidad contractual se sitúa en el carácter permanente o no de la actividad en sí misma. La doctrina judicial viene a afirmar que las actividades que una Administración asume como permanentes, por tratarse de competencias propias o por delegación en los términos legales correspondientes, no pueden ser desarrolladas por el contrato para obra o servicio, aunque se encuentren financiadas mediante subvenciones de otra Administración que han de ser renovadas periódicamente²⁷.

se aprueba el acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias prevista en Disposición Transitoria Segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en cuyo Anexo –apartado B.2c)– se prevé que la Comunidad Autónoma asume la gestión y control de los talleres de empleo y casas de oficios y, en consonancia con ello, en la Orden de 8 de marzo de 2.004 (Boja de 15/4/04) se regulan los Programas de Escuelas Taller, Casas de Oficios, Unidades de Promoción y Desarrollo y Talleres de Empleo, que se configuran como programas mixtos de empleo y formación. Como circunstancias más significativas se establece una duración específica para la realización de cada proyecto (hasta dos años para las Escuelas Taller y un año para las Casas de Oficios y Talleres de Empleo), se concretan como posibles entidades promotoras, entre otras, a las Corporaciones Locales, y se dispone que la selección de los alumnos/trabajadores, así como la del personal directivo, docente y de apoyo será efectuada por una Comisión Mixta, constituida entre la entidad promotora y la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, la cual ha de someterse en su funcionamiento a los criterios señalados al efecto por la norma (Art. 12), levantando actas de sus actuaciones, uno de cuyos ejemplares ha de remitirse a la Dirección Provincial antes mencionada para su constancia y seguimiento.

²⁶ STSJ Madrid 19–11–2008 (RJ 2009, 201), STSJ Madrid 15–10–2008. (AS 2008,3136).

²⁷ Ilustrativo de esta doctrina es el caso de la STS 21–3–2002 (RJ 2002 5990) donde se debate la cuestión de si son o no válidos los contratos para obra o servicio determinado en los que, como causa justificativa de su temporalidad se hace constar que su objeto y duración es la realización del Proyecto Subvencionado por la Comunidad Autónoma y Ministerio de Asuntos Sociales, denominado Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999. En el supuesto, no ha quedado justificada la causa de la temporalidad que se invoca en el contrato suscrito por el Ayuntamiento y el trabajador. Para el TS, en primer lugar, el contrato no cumple con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto, dado que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al «Proyecto subvencionado» entre las distintas Administraciones, o al «Plan Concertado de Prestaciones Básicas para los Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999». De su literalidad

En el supuesto particular de utilización del contrato de trabajo para obra o servicio determinado para los programas temporales de las Administraciones que se reiteran anualmente y que dependen de la correspondiente dotación presupuestaria o subvención, el TS mantiene que la financiación externa no puede ser en sí causa de temporalidad.

Observemos la evolución de la jurisprudencia al respecto. El TS indica inicialmente que una de las peculiaridades de la Administración Pública que puede obligar a matizar el cumplimiento de los requisitos indicados es la posibilidad de acometer la ejecución de obras o servicios determinados con dotaciones presupuestarias ajenas, limitadas en el tiempo y variables. Esa circunstancia, observa el TS, “constituye un factor que puede no ser neutro, a la hora de valorar si la obra o servicio tiene o no sustantividad propia y autonomía dentro de lo que constituye su actividad laboral normal y si su ejecución está limitada en el tiempo”. A partir de esta premisa, la jurisprudencia de los años 90 ha sido flexible a la hora de justificar el uso de esta modalidad contractual para efectuar actividades normales y permanentes en el caso de los programas temporales de las Administraciones Públicas sujetos a las disponibilidades de financiación anuales²⁸.

se desprende que el Plan abarca todos los Servicios Sociales Básicos del Ayuntamiento. La misma utilización del plural, «servicios sociales», supone la existencia de, no un solo servicio determinado, sino de varios de ellos. Para el TS “resulta palmario pues que la genérica alusión en el contrato que se examina a los «servicios sociales básicos» del Ayuntamiento, cuando éstos son tan numerosos y diferentes y tan distintos los lugares de actividad, dejó en la más absoluta indefinición el servicio concreto en que el trabajador debía desempeñar la suya”. En segundo lugar, observa el TS que del carácter anual del Plan no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian. Si, conforme a la legislación autonómica en materia de servicios sociales, se trata de servicios de prestación obligatoria y permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contrato celebrado. No es posible asumir el argumento de que el servicio para el que fue contratado el trabajador no respondía a una actividad permanente del Ayuntamiento puesto que dependía de consignaciones presupuestarias ajenas. Podría sostenerse así, de alguna obra o servicio determinado muy concreto y específico que el Ayuntamiento no estuviera obligado a desarrollar o que sólo le fuera posible hacerlo, por su magnitud económica, si es financiado por otra Entidad. Así podría por ejemplo justificarse en contratos temporales que se originan por Programas de Apoyo al Empleo y la Formación.

²⁸ En este sentido pueden citarse las sentencias de 10-6-1994 (RJ 1994, 5422), 3-11-1994 (RJ 1994, 8590), 10-4-1995 (RJ 1995, 3038), sobre los programas de prevención de incendios forestales; las de 18-5-1995 (RJ 1995, 7579) y 21-7-1995 (RJ 1995, 6324), sobre el Plan de Formación e Inserción Profesional; las de 18-12-1998 (RJ 1999, 307) y 28-12-1998 (RJ 1999, 387), sobre servicios de ayuda a domicilio y las más recientes de 10-12-1999 (RJ 1999, 9731) y 30-4-2001 (RJ 2001, 4613), sobre servicios de guardería.

En una segunda fase matiza el TS que “la admisión de la aplicación de esta modalidad contractual en tales supuestos no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración”²⁹. De esta manera, en esta segunda fase el TS restringe la utilización de esta modalidad contractual a los supuestos en que la prestación del servicio por parte de la Administración dependía de la persistencia de una subvención procedente de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria de la Administración contratante³⁰.

Finalmente, tras la reforma de la LET por la Ley 12/2001, el TS afirma que la financiación externa no puede ser en sí causa de temporalidad. El Alto Tribunal niega haber elevado “en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal”, precisando que “del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”, puesto que es obvio que pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones³¹. En suma, de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Para el TS es decisivo el nuevo apartado e) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, introducido por la Ley 12/2001, que, al reconocer como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o de otro orden de los planes y programas que no tengan un sistema estable de financiación, está reconociendo que la financiación en sí misma no puede ser causa de la temporalidad de la relación³².

Para el TS, más que el dato de la existencia de la subvención, lo relevante es la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal del art. 15.1 a) LET, y fundamentalmente que la singularidad de la obra o servicio quede

²⁹ STS 19-2-2002 (RJ 2002, 6464).

³⁰ Indica el TS que “hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado”. Véase, STS 19-2-2002 (RJ 2002, 6464).

³¹ SSTs 7-2-2.007 (AS 2007, 1343), 22-3-2.004 (RJ 2004, 2942).

³² STS 8-2-2007 (RJ 2007, 1900).

suficientemente determinada y concreta, y a ella quede adscrito el trabajador contratado. En sentencias dictadas en controversias que afectaban a trabajadores contratados por AAPP, ha observado el TS que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos, guarderías infantiles, etc.) debe quedar suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en el art. 15.1 a) LET. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, el TS ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención³³.

Al igual que ocurre con el resto de empresas, la contratación temporal en fraude de ley por las Administraciones provoca la conversión del contrato temporal en contrato *indefinido no fijo* (art. 15.3 LET). El contrato temporal en fraude de ley conlleva la conversión del contrato en indefinido, pero ello no supone que el trabajador pase a ser fijo de plantilla de la Administración incumplidora. La jurisprudencia trata así de conciliar los principios y normas laborales (orientados a la tutela de la estabilidad en el empleo) y administrativas (de tutela de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público), pero otorgando preferencia relativa a las normas administrativas que desarrollan el derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad al empleo público.

La doctrina actual del TS es la de que en caso de irregularidades sustanciales la consecuencia no será que el trabajador contratado pasa a “fijo de plantilla”, sino a considerarse “indefinido”; sin beneficiarse en este caso de determinados derechos ligados a aquellos. Para el TS, la condición de fijo de plantilla está ligada a la contratación por el procedimiento reglamentario, pues en otro caso se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. El carácter “indefinido” del contrato implica que éste no está sometido a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones públicas. En consecuencia, el trabajador temporal cuyo contrato se convierte en indefinido

³³ STS 21–3–2002 (RJ 2002 5990).

no puede beneficiarse de una adscripción definitiva del puesto de trabajo, debiendo la Administración adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato del trabajador temporal³⁴. La extinción del contrato laboral indefinido conforme a esta jurisprudencia debe justificarse por darse la cobertura reglamentaria de la vacante o su amortización. En otro caso estaríamos ante un despido no justificado que debería ser calificado como despido improcedente.

Dos normas legales deben ser contempladas como complemento de esta argumentación.

b) El art. 52 e LET

Dicha norma ha sido diseñada por el legislador para posibilitar a la Administración la extinción justificada de los contratos cuando desaparecen los programas y subvenciones que sirven de soporte a los puestos y contratos de trabajo. De manera que la continuidad de los convenios y subvenciones (aunque sea incierta en un largo plazo) justifica el carácter permanente de los empleos y el carácter indefinido de los contratos, para cuya extinción por finalización de los convenios o subvenciones se ha previsto el art. 52 e) LET.

c) La respuesta legal en supuestos de encadenamiento de contratos temporales: el art. 15.5 LET

Esta norma ha sido concebida por el legislador para los supuestos de encadenamiento de contratos temporales y al objeto de posibilitar, en el caso de las AAPP, la conversión de los contratos temporales en indefinidos no fijos. Establece la norma que los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa (mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada), adquirirán la condición de trabajadores fijos. Esta previsión legal resulta aplicable a las modalidades contractuales del art. 15.1 LET para obra o servicio y eventual, quedando excluida su aplicación a los contratos de interinidad.

³⁴ SSTs 20-1-98 -RJ. 1000-; 21-1-98 -RJ 1138); 8-2-2000 -RJ 1744-; 29-11-2000 -RJ 1440-; 18-7-2007 -RJ 2007 6738-).

Esta norma no está regulando un supuesto de contratación temporal en fraude de ley, sino que directamente está fijando límites temporales a la contratación temporal. La norma se centra en el supuesto de dos o más contratos temporales para obra o servicio determinado o eventual con el mismo trabajador en el mismo puesto de trabajo.

Tal previsión normativa también resulta de aplicación a las Administraciones Públicas (disp. Ad. 15ª LET). No obstante, añade dicha disposición que ello tendrá lugar sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Esta DA 15ª está haciéndose eco de la jurisprudencia sobre la figura del laboral indefinido no fijo a la que hemos hecho referencia, y tiene como función igualmente la tutela equilibrada entre la estabilidad en el empleo y el acceso en condiciones de igualdad al empleo público. Por tanto, la consecuencia del encadenamiento, no necesariamente ilícito, de contratos temporales en el sector público no puede ser la conversión de la relación de trabajo temporal en fija sin más, porque ello contravendría los citados principios, sino la obligación de la organización pública de cubrir con carácter fijo el correspondiente puesto de trabajo, siguiendo para ello el procedimiento legal que corresponda.

Mientras la organización pública procede a la cobertura ordinaria y con carácter fijo del puesto de trabajo afectado por el encadenamiento de contratos temporales, el trabajador temporalmente contratado tiene derecho a permanecer en su puesto, pero con la condición no ya de temporal sino de indefinido no fijo de plantilla

d) La habilitación a la negociación colectiva para fijar reglas de limitación de la contratación temporal

Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos (art. 15.7 párr. 2º LET). Además, se habilita a la negociación colectiva para que, atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, establezca requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva en los supuestos de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo (art. 15.5 párr. 2º LET).

Es posible encontrar previsiones de planes de consolidación de empleo en los convenios colectivos. Los convenios colectivos fijan reglas sobre los procesos de consolidación del empleo temporal bien directamente en el texto

del convenio bien remitiéndose a la comisión de administración o una comisión específica. Las reglas se refieren a la elaboración de estudios donde se identifica el empleo susceptible de ser objeto de procesos de consolidación, las características, el calendario y los criterios que habrán de regir los procesos selectivos. Estas reglas y criterios se concretan posteriormente en pactos de empleo.

3.3. Dotación presupuestaria de los puestos a cubrir e inclusión en la correspondiente OEP

Hay que tener en cuenta que, conforme al art. 70 EBEP, la OEP requiere la correspondiente asignación presupuestaria. Esto supone además que debe existir una vinculación entre la oferta anual de empleo y la correspondiente ley presupuestaria anual. Por tanto, ha de planificarse el proceso de consolidación para que la cobertura de vacantes no sobrepase los créditos presupuestarios para gasto de personal fijados en la ley de presupuestos.

Hay que tener en cuenta que antes de la aprobación del EBEP era la misma Ley de Presupuestos Generales del Estado la que al mismo tiempo que fijaba el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público, establecía la siguiente excepción: *“Con independencia de lo dispuesto en el párrafo primero de este apartado, las Administraciones públicas podrán convocar los puestos o plazas correspondientes a sus distintos cuerpos, escalas o categorías que, estando dotados presupuestariamente e incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo o catálogos, así como en las plantillas de personal laboral, se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, no computando estas plazas a efectos de la correspondiente oferta de empleo público”* (art. 22.1 de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007).

Tras la aprobación en 2007 del EBEP la citada excepción desaparece, pasando a recogerse en la DT 4ª EBEP, pero sin indicarse nada en las leyes de presupuesto sobre su coordinación con las previsiones limitadoras de oferta anual de empleo. La cuestión se resuelve en la OEP para 2008 porque se prevé expresamente la sustitución de este empleo temporal por empleo fijo con base en la DT 4ª EBEP. Sin embargo, en la normativa reglamentaria sobre OEP anual para 2009 (RD 248/2009, de 27 de febrero) desaparece esta previsión³⁵.

³⁵ Respecto de las EELL únicamente se indica en la Disposición Adicional Primera que las Corporaciones Locales que aprueben su oferta de empleo público deberán remitir los acuerdos aprobatorios de la misma a la Administración General del Estado a los efectos de lo establecido en el artículo 56.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, respetando la tasa de reposición de efectivos del 30 por 100 que establece con carácter básico la Ley 2/2008.

3.4. Prestación de servicios por el personal laboral temporal que ocupa dichos puestos de trabajo con anterioridad al 1 de enero de 2005

Los procesos de consolidación del empleo temporal se admiten con carácter excepcional y siempre que dicha previsión esté “expresamente prevista en una norma con rango de ley”, conforme exige la jurisprudencia constitucional.

Los procesos de consolidación de empleo temporal estructural han contado con una previa habilitación legal que, entre otros contenidos, establece el periodo temporal o el límite temporal dentro del cual los puestos deben encontrarse desempeñados interina o temporalmente. La DT 4ª establece la regla de la anterioridad a 1 de enero de 2005. Con posterioridad a dicha fecha ha de seguirse el proceso ordinario de acceso al empleo público.

No obstante ha de tenerse en cuenta que el criterio de la antigüedad o experiencia en el puesto como mérito en una fase de concurso (como ocurre en la DT 4ª EBEP) es considerado como regla en la normativa anual sobre OEP. Así, el Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2009, dispone que en los procesos selectivos en los que exista una fase de concurso, se contemplará, específicamente entre otros méritos, la valoración de la experiencia acreditada por los candidatos que, con carácter interino o temporal, hubieran desempeñado funciones análogas (art. 4 g).

4. EL RÉGIMEN APLICATIVO DE LA DT 4ª EBEP

4.1. Objeto del plan de consolidación del empleo y reglas de procedimiento

La DT 4ª EBEP se conforma como una vía excepcional a través de la que dar una salida a estas situaciones de temporalidad, favoreciendo la consolidación del empleo respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los principios y reglas legales sobre selección de personal por la AP.

En términos formales la concreción de manera objetiva de la necesidad estructural debe seguir los mismos pasos que las reglas generales para la contratación de nuevo personal laboral fijo. Es decir, la correspondiente dotación presupuestaria de las vacantes, la inclusión de las mismas en la oportuna relación de puestos de trabajo y, finalmente, su reflejo en la oferta anual de empleo público. Se puede decir que estos aspectos previos a los procesos de selección son los que permiten cuantificar las necesidades de personal fijo conforme a los principios constitucionales orientadores de la actividad de la Administración Pública, los de objetividad y eficacia del artículo 103.1 CE.

El objeto del plan de empleo por tanto debe comprender:

1. La modificación y aprobación de la relación de puestos de trabajo.
2. La modificación y aprobación de la plantilla de personal.
3. La elaboración y aprobación de la oferta de empleo público.
4. La aprobación de las bases para la selección del personal laboral y convocatoria de los procesos selectivos.

Paralelamente el plan de empleo debe venir acompañado del correspondiente acuerdo en la mesa de negociación. Ya hemos indicado que estamos ante una materia que puede ser objeto de negociación colectiva. Tratándose de personal laboral no existe impedimento a este respecto dado que conforme al art. 85.1 LET “*los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo*”. Se puede incluir el contenido del pacto de empleo, bien como revisión del convenio vigente (mediante una disposición transitoria que remita al plan de empleo como anexo al convenio), bien como contenido de un futuro convenio (remitiendo nuevamente al plan como anexo al convenio).

Conviene recordar no obstante que, aunque con dudas, parece que la regulación de las materias objeto de negociación contenida en el art. 37 EBEP resulta aplicable tanto a la negociación colectiva de funcionarios como del personal laboral. Si ello es así hay que tener en cuenta que ciertas materias relacionadas con la planificación estratégica de recursos humanos pueden ser objeto de negociación con eficacia jurídica directa, pero limitada al establecimiento de “criterios generales”:

- Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos. (art. 37.1 letra c) EBEP).
- los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos. (art. 37.1 letra m) EBEP).
- Los criterios generales sobre ofertas de empleo público (art. 37.1 letra l, en coordinación con el art. 37.2 e) EBEP).

Por otra parte, el art. 37.2 EBEP excluye de la negociación, entre otras materias, la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público. Como hemos indicado, los criterios generales son considerados objeto de negociación en el

art. 37.1 EBEP. De esta manera lo que puede ser objeto de negociación es la normativa que rige estas materias, pero no las concretas bases de cada proceso de selección.

4.2. Reglas sobre los procesos de selección

El EBEP, como normativa básica estatal, establece como principio general que “*los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia*” (art. 61.1 EBEP)³⁶. Pero admite algunas excepciones a esta regla general. De un lado las excepciones recogidas en el art. 61.1 EBEP (la promoción interna y las medidas de discriminación positiva previstas en el art. 59 del EBEP). De otro lado, las excepciones recogidas en la DT 2ª (que establece la posibilidad de funcionarización del personal laboral fijo) y la norma objeto de nuestro análisis, esto es, la DT 4ª.

Por otra parte, hay que observar que el marco normativo de los sistemas selectivos del personal laboral fijo es más flexible que el marco previsto para los funcionarios en el art. 61.6 EBEP. Concretamente el art. 61.7 EBEP establece que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso–oposición o concurso de valoración de méritos. Mientras que los sistemas selectivos ordinarios de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso–oposición y con carácter excepcional el sistema de concurso (art. 61.6 EBEP). No obstante, la DT 4ª EBEP fija reglas mínimas sobre los tipos de procesos selectivos, concretamente se establece el sistema de concurso–oposición (que es el habitualmente empleado en el marco normativo anterior al EBEP para los procesos de consolidación del empleo temporal).

En el caso particular del personal laboral temporal la consolidación se concreta en su conversión en personal laboral fijo, a través de los correspondientes procesos selectivos en los que tienen que respetarse las previsiones de los apartados 2º y 3º de la DT 4ª.

Los procesos de consolidación de la DT 4ª, como todo proceso selectivo en las AAPP, deben llevarse a cabo con sometimiento a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (apartado 2º de la DT 4ª). Esta previsión es coherente con el principio del artículo 55.1 EBEP que establece que “*todos los ciudadanos tiene derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de acuerdo con lo previsto en el presente Estatuto*”³⁷.

³⁶ El art. 91 LBRL dispone en su apartado 1º, que las Corporaciones locales formarán públicamente su oferta de empleo, ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal.

³⁷ Es conforme también con el apartado 2º del art. 91 LBRL, que establece que “*la selección de todo el personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de*

Además los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 EBEP (a los que nos remite el apartado 3.2 DT 4^a). Del conjunto de estas normas se deducen los siguientes condicionantes:

- 1) La exclusión de procesos selectivos restringidos.
- 2) La necesidad de desarrollar el proceso de selección mediante el sistema de concurso–oposición.
- 3) Los procesos selectivos, en aplicación del art. 61.3 EBEP, establecerán las preceptivas pruebas de capacidad (fase de oposición). El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria (apartado 3º DT 4ª EBEP en relación con el art. 55 e) –que lo recoge como principio– y art. 61.2 EBEP –que lo recoge como norma general–).
- 4) Los procesos selectivos, conforme al apartado 3º de la DT 4ª, contarán con una fase de concurso en la que *“podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”*. No obstante, en esta fase, la valoración de méritos de los aspirantes no puede ser determinante, puesto que sólo podrá otorgar a dicha valoración *“una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”* (art. 61.3 EBEP).
- 5) En la fase de concurso podrán considerarse *“otros méritos”*, distintos a los mencionados anteriormente (apartado 3º de la DT 4ª). En este sentido, el art. 61.5 EBEP indica que *“para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas”*.

Estas previsiones constituyen elementos delicados por cuanto favorecen la posición de los empleados temporales en estos procesos formalmente abiertos, como pretende ciertamente la DT 4ª EBEP. De un lado, por la conexión que se reclama entre los contenidos de las pruebas y las tareas y funciones de los puestos a cubrir. De otro lado, por la valoración como mérito del tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los

empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso–oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.

concretos puestos de trabajo objeto de convocatoria. La novedad de la DT 4^a respecto de previsiones anteriores (por ejemplo la Ley 42/2006 de PGE, art. 22.1, último párrafo) radica en que establece expresamente la posibilidad de incorporar los aspectos citados dentro del proceso de selección³⁸.

La ventaja para los empleados temporales se refuerza en la DT 4^a porque se privilegia específicamente la antigüedad en la Administración convocante y porque la experiencia que se valora especialmente es la acumulada en el concreto puesto objeto de cobertura. Por todo ello, la DT 4^a no ha dejado de plantear dudas de constitucionalidad³⁹. En efecto, la concreción de estos elementos en las bases de la convocatoria es un aspecto sensible porque puede plantear problemas de compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público.

4.3. La consideración de la antigüedad o la experiencia en el puesto como méritos y su compatibilidad con el principio de igualdad en el acceso al empleo público

Como se sabe, es doctrina del TC que no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14 de la CE sino únicamente aquella que carece de una justificación objetiva y razonable. No obstante se añade que para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con la misma se persigue, sino que, además, resulta indispensable que las consecuencias jurídicas de tal diferenciación sean adecuadas y superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional. En suma, se exige una justificación objetiva y razonable y el respeto del principio de proporcionalidad para que la situación de desigualdad sea considerada legítima desde el punto de vista constitucional.

En nuestra temática, conforme a la doctrina del TC, “el principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrados en el artículo 23.2 de la Constitución, ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución y referido a los requisitos que señalen las leyes, lo que concede al legislador un “amplio margen” en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, si bien que esta libertad aparece limitada por

³⁸ Cfr. Boltaina Bosch, “*Clases de personal*”, cit. pág. 168.

³⁹ Cfr. Sánchez Morón, “*Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios*”, en Sánchez Morón (Dir.), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, cit. págs. 414–415.

la necesidad de no crear desigualdades que resulten arbitrarias en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad enunciados” (STC 86/1987).

Conforme a la doctrina constitucional entiende que existe un fundamento objetivo y razonable para la consolidación del empleo público temporal. Se observa que las elevadas tasas de temporalidad deben reducirse a través de instrumentos absolutamente rigurosos en el cumplimiento de los principios básicos en el acceso al empleo público pero que, al mismo tiempo, tengan en cuenta la experiencia alcanzada en el desempeño del puesto con carácter temporal o interino.

La jurisprudencia constitucional indica que “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas”; añadiéndose que “la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”⁴⁰. En conclusión, como afirma la STC 27/1991, “la experiencia es, desde luego, un mérito, y conferir relevancia a su disfrute no sólo no es contrario a la igualdad, sino que, en tanto que cualidad susceptible de justificar una diferencia de trato, se coherente perfectamente con el art. 14 de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración pública”.

El peligro radica en que, aunque nos situemos formalmente ante un concurso de libre acceso al empleo público, la sobrevaloración de la experiencia y antigüedad en el baremo de los méritos y la finalidad confesada del proceso selectivo (la consolidación de empleo temporal) lleve a la conclusión de que realmente se está ante unas pruebas restringidas.

Por eso son importantes los matices de la doctrina constitucional:

⁴⁰ STC 106/2003. Para el TC la razonabilidad del trato de favor dispensado a los empleados temporales en la valoración de sus méritos no es contraria al principio de igualdad en la medida en que no se excluya de entrada la participación en el proceso selectivo de quienes no sean empleados temporales. De otro lado, los requisitos específicos, al igual que los méritos o capacidades a valorar, deben configurarse en base a referencias abstractas y generales, nunca individuales ni concretas, de modo que ni directa ni indirectamente supongan reservas ad personam (SSTC 47/1990; 27/1991 y 48/1998).

- 1 En primer lugar, que del artículo 23.2 de la Constitución deriva el que las reglas de procedimiento para el acceso a los cargos de funciones públicas y, entre ellas, las convocatorias de concursos y oposiciones “se establezcan en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas”⁴¹.
- 2) En segundo lugar, se indica que siendo un criterio razonable, la antigüedad debe superar el juicio de proporcionalidad, en este sentido, se imponen dos reglas, de un lado, no debe ser el único criterio valorable; de otro, no puede suponer un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes carezcan de dicha antigüedad. Ello puede tener lugar: a) cuando la consideración como mérito de los servicios prestados se constituye en un requisito necesario para poder participar en el concurso; b) por la relevancia cuantitativa desproporcionada que pueda atribuir la convocatoria a dichos servicios; c) por operar doblemente, en distintas fases del procedimiento de selección⁴².

Así, la STC 281/1993 en un supuesto de la impugnación de las bases establecidas por el Ayuntamiento para proveer, por el procedimiento de concurso de méritos, plazas de administrativos de la plantilla de personal laboral observa que “contraría abiertamente al principio constitucional de igualdad el que en un concurso de méritos que, como el de autos, se articula alrededor de la experiencia adquirida en diversos puestos administrativos, se prime desafortadamente y de manera desproporcionada –y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso– la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante). Un baremo en el que, tratándose de un concurso de méritos, se privilegie la experiencia adquirida en un puesto idéntico o similar a aquel de cuya provisión se trata no sería contrario a la igualdad aun cuando a los restantes méritos alegables les fuera concedida una valoración menor, incluso considerablemente menor. Sin embargo, en el supuesto de autos no se trataba propiamente de favorecer genéricamente a quienes hubieran desempeñado puestos idénticos o similares a los ofertados, sino sólo de privilegiar a las concretas personas que los hubieran ocupado en el propio Ayuntamiento autor de la convocatoria”.

A partir de esta doctrina constitucional, la jurisdicción ordinaria mantiene, en primer lugar, que es constitucional y legalmente imposible la transformación

⁴¹ STC 50/1986.

⁴² SSTC 60/1994, 83/2000.

automática, sin sujeción a un proceso selectivo público; en segundo lugar, admite excepcionalmente que el sistema de valoración de méritos prime, incluso de manera notable, los servicios prestados en una Administración. Los distintos Tribunales Superiores de Justicia han venido ateniéndose a aquella jurisprudencia constitucional en el enjuiciamiento de regulaciones legales autonómicas o recogidas en convenios colectivos sobre consolidación de empleo temporal en las AAPP (STSJ Galicia 18-4-2008 –AS 2008, 1265–).

- Se observa en la SAN 17-10-2006 (JUR 2006 251201), “la valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa no puede estimarse, pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación del empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”.
- La STSJ Canarias 29-12-2005 (JUR 2006, 64053) indica que una norma autonómica que aprueba un plan de empleo operativo “no convierte ni podría convertir a los trabajadores públicos con vínculo indefinido de la Comunidad Autónoma en trabajadores fijos, sin sujetarse a los principios constitucionales de mérito, capacidad y publicidad, que requieren –inexcusablemente– la realización del proceso selectivo público que exigen los arts. 19 y ss. de la Ley Estatal citada [LMRFP] y los correspondientes de la Ley autonómica. Este proceso podrá ser lo sencillo que la Administración estime oportuno, incluso exclusivamente por concurso, excluyendo el sistema de oposición o el mixto de concurso–oposición y en el que, para facilitar la consolidación de los trabajadores temporales, se les otorgue a éstos una sustanciosa puntuación por el tiempo en que llevan prestando servicios (aunque a tales servicios los prestaran sin someterse a un proceso selectivo) facilitando así extraordinariamente su conversión a fijo), pero lo que es constitucional y legalmente imposible es la transformación automática, sin sujeción a un proceso selectivo público”.
- En el caso de la STSJ Galicia 18-2-2004 (JUR 2004, 260937), en relación con la valoración mayor de los servicios previos al personal temporal al que se refieren ciertas disposiciones transitorias de la Ley 4/88, de la función pública de Galicia, concluye que “constituye una circunstancia excepcional y puntual que tiende a regularizar la situación de interinos y contratados laborales de larga duración que en su día hubieron de sufrir la inseguridad e inestabilidad derivada de la ausencia de regulación normativa autonómica (...) Era un modo de

compensar a ese personal que hubo de permanecer tiempo en situación de transitoriedad forzosa mientras no se regulaba la función pública de esta Comunidad Autónoma”.

- Del mismo modo se pronuncia la STSJ Comunidad Valenciana 4-10-2007 (JUR 2008, 5123) respecto de la valoración de la experiencia y los servicios previamente prestados como mérito en los Planes de Estabilidad Laboral en la CA valenciana.

De la doctrina de los Tribunales se extraen dos limitaciones importantes, sobre todo para el caso de que el proceso selectivo se limite a una fase de concurso. En primer lugar, los Tribunales rechazan por no estimarse objetivo y razonable una diferencia notable en la valoración de la experiencia del personal de una Administración frente a los empleados públicos de otras Administraciones, cuando no difiere sustancialmente las tareas o funciones prestadas por los funcionarios de las distintas Administraciones⁴³. Esta incompatibilidad se agrava en los supuestos en que el sistema de selección se limita a un concurso de méritos⁴⁴. En segundo lugar, se estima desproporcionada la consideración como mérito de la experiencia cuando el sistema de selección se concreta en un concurso de méritos y a la experiencia en el puesto de trabajo representa el 45% de los méritos⁴⁵.

⁴³ STSJ Castilla La Mancha 8-2-2003 (JUR 2003, 112258)

⁴⁴ STSJ Andalucía 8-11-2002 (JUR 2003, 71658).

⁴⁵ STSJ Andalucía 16-3-2006 (RJCA 2006, 379).