

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR LAS ADMINISTRACIONES.

Algunas cuestiones sobre el personal proveniente de las empresas contratistas^{1*}

María de Sande Pérez-Bedmar**
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA ANTICRISIS EN EL CONTEXTO LABORAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. –1. El recorrido del empleo público por la crisis económica. –2. La situación actual del empleo público: Lo que ha quedado después de un viaje de ida y vuelta. –3. El contexto de la temporalidad en el empleo público: más allá de las fórmulas laborales. II. RÉGIMEN DEL PERSONAL EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. –1. Consideraciones generales. –2. La aplicación del art. 44ET en casos de recuperación de servicios públicos. –3. Integración de los trabajadores provenientes de la contrata en una empresa pública. –4. Otras posibles vías de integración: Declaración unilateral de la propia Administración empleadora. III. INCIDENCIA DE LOS ANTERIORES PLANTEAMIENTOS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA. –1. El reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo al servicio de una administración pública. –2. Distintas posibilidades en torno a la figura del trabajador indefinido no fijo. 2.1 Proceder a la cobertura reglamentaria de las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos. 2.2 Amortización de las plazas y extinción del contrato indefinido no fijo. –3. Diferencias entre el trabajador indefinido no fijo y el trabajador interino por vacante. –4. Delimitación del sector público-administración pública y su incidencia en la figura del trabajador indefinido no fijo.

RESUMEN

El empleo público es una materia plástica que acusa las variaciones experimentadas en nuestra sociedad. Buena muestra de ello la encontramos haciendo un recorrido por el contexto normativo de este sector del ordenamiento a lo largo de estos años “de la crisis”. Se ha transitado un camino de ida y vuelta. Se han efectuado reformas en el modelo que hacía falta aco-

¹ Este trabajo tiene su origen en la intervención que realicé en la Jornada de Debate de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que tuvo lugar en Barcelona en noviembre de 2015. Quiero agradecer a la AEDTSS y en particular a su Secretario General, el profesor Ricardo Esteban Legarreta, la invitación para participar en esa Jornada. Igualmente debo expresar mi satisfacción por haber compartido mesa de debate con la profesora M^a José Rodríguez Ramos y la letrada Eugenia Revilla, moderadas por la profesora Remedios Roqueta Buj.

*Recibido el 25 de febrero 2016, aceptado 16 de marzo 2016

** Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo.

meter pero también se han adoptado medidas coyunturales que hoy se encuentran en proceso o se han revertido ya. Pero en todo caso, de un contexto en el que se analizaba la aplicación de los despidos económicos en el sector público, hemos pasado a un momento en el que se trata de la recuperación de contratos para la prestación de los servicios públicos. En este tránsito, la jurisprudencia y la doctrina han contribuido a marcar un camino complicado. Con estos condicionantes habrá que continuar andando a través de nuevos escenarios.

ABSTRACT

This paper is about the public employment and contracting back in debate. It is a political decision, which cannot be adopted without taking into consideration the requirements demanded by the legal system, both from the labor law. This study aims to contribute to the decision on local services contracting back in, to be a rigorous decision. To do it, explores the requirements and its effects and the adoption procedure. Therefore, the labor law consequences are also analyzed. All factors that can influence decision making”.

Palabras clave: medidas de reforma del sector público, contratación temporal, contratación administrativa, funcionarios interinos, recuperación de contratos, empresas públicas, sucesión de empresa, irregularidades en la contratación, interinos por vacante, indefinidos no fijo, amortización o cobertura de vacantes en el ámbito público.

Key words: Measures to reform the public sector, temporary, administrative contracting temporary staff, recovery of contracts, public enterprises, business succession, recruitment irregularities, indefinite not fixed, amortization or fill vacancies in the public sector.

I. EL MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA INCIDENCIA DE LA NORMATIVA ANTICRISIS EN EL CONTEXTO LABORAL DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

1. EL RECORRIDO DEL EMPLEO PÚBLICO POR LA CRISIS ECONÓMICA

En las Administraciones Públicas se reflejan las necesidades, los consensos y los disensos de cada época y son ellas las que mediante los recursos humanos de que disponen deben cumplir con sus fines y su servicio a la sociedad en la que se insertan. En parte por ello estamos ante uno de los sectores del ordenamiento jurídico que se encuentra permanentemente sometido a revisión. Solo con efectuar un somero repaso de la legislación promulgada podemos obtener esta impresión.

No es preciso remontarse en exceso, ni es esta la ocasión de realizar un análisis pormenorizado de los sucesivos momentos legislativos. Podríamos señalar los años noventa como momento clave, de transición, años en los que de nuevo vuelve a plantearse la oportunidad de reformar con alcance el empleo público. Tras algunos intentos que no vieron la luz, en el año 2004 se constituye la Comisión de Expertos para el Estudio y Preparación de un Estatuto Básico cuyo informe apuntaba en la dirección de abordar el tratamiento normativo de algunos aspectos importantes tales como la unificación del régimen jurídico del personal, la descentralización territorial de la gestión y el avance hacia una gestión flexible de los recursos humanos². Finalmente

² Estatuto Básico del Empleado Público, Informe de la Comisión, abril 2005, INAP, Estudios Gubernales.

se aprobó el EBEP mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, un texto que incorporó parte de lo propuesto por la Comisión de Expertos³ pero del que en líneas generales se puede decir que en su afán de lograr el consenso sindical y el autonómico ha resultado ser un texto legislativo a medio camino del propósito perseguido⁴. En los momentos actuales, tras estos últimos años de reformas en plena emergencia de la crisis, acabamos de asistir a la promulgación de un texto refundido⁵ en el que se ha procedido a integrar en un texto único todas las modificaciones introducidas en la Ley. Poniendo de manifiesto, como señalábamos, la sucesión constante de reformas parciales que se ha dado en el texto desde su entrada en vigor.

2. LA SITUACIÓN ACTUAL DEL EMPLEO PÚBLICO: LO QUE HA QUEDADO DESPUÉS DE UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

Desde finales de año 2007 la intensidad de la crisis económica ha marcado el desarrollo y la aplicación de la legislación y ha obligado a la adopción de medidas con la finalidad de reducir el déficit público e impulsar la economía. En una breve enumeración se puede recordar primero el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo que redujo las retribuciones del personal al servicio del sector público un 5%, la reforma laboral de 2010 (RD Ley 10/2010 y Ley 35/2010) cuyo contenido afectó al personal laboral al servicio de las administraciones públicas y que introdujo previsiones específicas para el sector público⁶. La reforma del art. 135 CE en septiembre de 2011, obliga a todas las Administraciones Públicas a “adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria” y limita el déficit público de carácter estructural y la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, fue desarrollada mediante LO 2/2012 de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las AAPP, a partir de la cual, todas las Administraciones deben presentar equilibrio o superávit presupuestario, dándose prioridad de pago de los intereses y el capital de la deuda pública y estableciéndose medidas correctoras de las desviaciones y la aprobación de planes de ajuste. El RD Ley 20/2011 de 30 de diciembre congeló las retribuciones del personal del sector público y la OPE para 2012 (que se mantendrá congelada en los años 2013 y 2014) y fija la jornada en 37,5 horas de trabajo efectivo. Por su parte, la reforma laboral de 2012 (RD Ley 3/2012 y Ley 3/2012) cuyas previsiones también serán de aplicación al personal laboral, y que continuando la senda ya esbozada, incorpora previsiones específicas para el empleo público⁷. Este escueto recordatorio termina

³ Entre las líneas generales marcadas en su momento por el EBEP, es en todo caso, sabido, que el mismo mantiene la dualidad de regímenes en el empleo público, si bien se avanza en el propósito de ordenar la gestión, de ordenar el sistema desde una común perspectiva, y así, aunque se sigue remitiendo a la aplicación de la legislación laboral, regula junto con la legislación básica del Estado en materia de función pública, las peculiaridades de la relación laboral de empleo público. De ahí la inclusión del término empleo público comprensivo tanto del personal funcionario como del laboral. Otros aspectos de interés son la delimitación de los ámbitos territoriales y funcionales, la regulación de los derechos colectivos, especialmente lo relativo a la negociación colectiva y finalmente la referencia a la normativa preexistente que permanece vigente especialmente, la LMRFP 84 y también algunos preceptos de la LFCE.

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M; “La situación actual del empleo público”, *El cronista del Estado Social y de Derecho* nº 10, 2010, págs. 58 a 67 y más adelante, es interesante su perspectiva en “Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas, en AA.VV. *Crisis económica y función pública*, Thomson Reuters, 2012, págs. 27 y 28.

⁵ RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del EBEP

⁶ Dando redacción a la DA 15 ET sobre aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio determinados y al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas o eliminando restricciones a las ETT,s para su funcionamiento en este ámbito, entre las más señaladas.

⁷ Búsqueda de redimensionamiento de aquellas estructuras administrativas que crecieron desmesuradamente durante la fase de crecimiento económico y que no eran sostenibles desde el punto de vista financiero. Aplicación de los despidos por causas económicas, técnicas y organizativas del personal laboral de sector público, hoy en la DA 16 ET, establece la prohibición de aplicar las causas de suspensión del contrato o de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del art. 47 ET (DA 17). Reformas en materia de retribución e indemnización por desistimiento en los contratos de alta dirección del sector público estatal que se tradujo reducciones de salarios y blindajes.

con la mención del RD Ley 20/2012, de 13 de julio que introdujo diversas medidas de reordenación y racionalización de las AAPP, algunas de las cuales, las más coyunturales han sido revertidas en el último año⁸.

La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas creada en 2012 (CORA) y adscrita al Ministerio de Hacienda, comenzó su andadura a partir de un pormenorizado y revelador análisis sobre la situación del sector público en su informe inicial⁹. Ya en 2015 ha presentado informe de las medidas de reforma y racionalización del sector público¹⁰ y se ha hecho público balance de las mismas¹¹. Cabe destacar el reconocimiento de haber completado hasta en un 60% las medidas proyectadas y como se apunta en estos momentos la necesidad de continuar el trabajo si bien ya no en la misma dirección seguida hasta ahora. Después de una etapa de reestructuración y depuración se entiende llegado el momento de consolidar y fortalecer las organizaciones públicas en un marco más seguro¹².

3. EL CONTEXTO DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO: MÁS ALLÁ DE LAS FÓRMULAS LABORALES

Pese a que se ha repetido en innumerables ocasiones lo contrario, el porcentaje de empleados públicos en relación con la población activa en España se sitúa por debajo de la media de los países de la OCDE, en torno al 12%¹³. En todo caso es preciso destacar que si bien durante los años de la crisis se ha reducido empleo público, esta minoración se ha centrado fundamentalmente sobre empleados con vínculo precario. Esto significa que el ajuste en materia de personal en el empleo público no se ha producido, en términos generales, sobre empleados con vínculo estable sino que ha recaído sobre personal laboral temporal, funcionarios interinos o trabajadores indefinidos no fijos de plantilla.

⁸ Sobre la supresión de la Paga extraordinaria de 2012, en los meses de enero y febrero del año 2016 se completa la devolución total de la misma. En cuanto a la reducción de los días de libre disposición y supresión de los días adicionales de antigüedad, tanto en el caso de vacaciones como en el de los días por asuntos particulares, los Presupuestos Generales del Estado para 2016 contienen, además de una ya anunciada subida salarial del 1% y de un nuevo permiso remunerado para las empleadas públicas embarazadas (permiso retribuido para las empleadas públicas en estado de gestación, “a partir de la semana 37 del embarazo”), la recuperación de los días de vacaciones extra por antigüedad (hasta otros tres, con la fórmula clásica: uno a partir del octavo trienio, dos con 10 trienios y tres al alcanzar los 12 trienios) y la recuperación de todos los días libres (“moscosos”) que tenían antes de la crisis (mediante la devolución del tercer y último día adicional de permiso por asuntos particulares que quedaba, toda vez que, de los 3 que se suprimieron en julio de 2012, uno fue devuelto ya en diciembre de 2013 y otro, el segundo, en septiembre de 2014, por disposición de la Ley 15/2014 de racionalización del sector público).

⁹ En él se ponía de relieve lo que se consideraban los mayores problemas de la Administración: Había crecido mucho e indebidamente. Mientras que entre enero de 2008 y el tercer trimestre de 2011 se perdieron 2,5 millones de empleos privados, el sector público aumentó en 386.000 asalariados. Pero en sanidad y educación el incremento fue completamente marginal, el aumento se produjo sobre todo en altos cargos, empresas públicas, fundaciones y consorcios. También señala problemas importantes de gestión. Y la necesidad de efectuar un análisis exhaustivo de los defectos para su corrección.

¹⁰ Entre ellas, vid. las recogidas en la Ley 15/2014 de racionalización del sector público. En la EM se efectúa una abundante referencia a las medidas aprobadas por la CORA.

¹¹ *Informe ejecutivo, Balance CORA*, Oficina para la ejecución de la reforma de la Administración, noviembre 2015. Vid. también su *Informe de Progreso* publicado en enero de 2015.

¹² Porque, en efecto, según el informe, el porcentaje de empleados públicos sobre la población activa total es a fecha de 2015, del 13%, el mismo nivel que en 2002. Y hoy el 16,5% de los ciudadanos que trabajan lo hacen en el sector público, cuando este porcentaje llegó a estar en el 18%. La media de los países de la OCDE es del 15,5%. Pueden verse, en este sentido, las declaraciones del Subsecretario de Estado de Presidencia, encargado del Plan de reforma del sector público al diario *Expansión*, 9 de febrero de 2015.

¹³ Vid. la referencia al 17,1%, porcentaje en el que se situaba el ratio, según el primer informe inicial de la CORA si bien entonces se admitía que “estaba en vías de corrección”.

Aun así la tasa de temporalidad del empleo público en España sigue siendo alta. Y a estas altas cifras de temporalidad que existen en nuestras administraciones ayuda la regulación normativa, no solo la propia de las fórmulas de temporalidad laboral, sino más aún incluso la regulación existente de otras formas de prestación de servicios por tiempo determinado. Me refiero a la prestación de servicios mediante contratación administrativa, o mediante la fórmula de la colaboración social y destacadamente al nombramiento de funcionarios interinos.

La contratación administrativa a través del contrato de servicios no puede seguir siendo utilizada como un mecanismo “flexible” de reclutamiento de personal. No es que no se puedan concertar contratos de servicios por parte de las administraciones con empresas contratistas para cubrir determinadas finalidades, tales como gestión de actividades culturales o deportivas, ayuda a domicilio u otras actividades de carácter social, para ello es posible la contratación administrativa a través de los arts. 10 y 277.1 LCSP, pero la realidad que trasluce a través de los incontables pronunciamientos judiciales¹⁴ demuestra que hay bastantes ocasiones en las que al amparo formal de dicha posibilidad legal, se producen en realidad contrataciones de personal sin asumir los costes de una contratación laboral. Hay signos de mejora en la regulación legal actual pero aún que habrá que esperar a ver cómo se van interpretando jurisprudencialmente. De momento, las instrucciones sobre buenas prácticas son un elemento positivo de actuación por parte de las administraciones en esta misma línea, a ellas haremos referencia más adelante¹⁵.

La colaboración social, por su parte, a pesar de su naturaleza diferenciada con respecto a la contratación temporal, no ha dejado de plantear problemas en torno a la delimitación y aplicación de la norma jurídica. La Sala Cuarta había venido sosteniendo que los preceptos legales aplicables excluían de “forma clara y tajante toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos”¹⁶. Pero a finales del año 2013, el Tribunal Supremo rectificó en parte su doctrina¹⁷ y declaró que en aquellos casos en que los servicios prestados mediante colaboración social se correspondan con las actividades normales y permanentes de la Administración sin que se haya justificado ningún hecho determinante de temporalidad y habiéndose mantenido la relación durante más de dos años a partir de sucesivas prórrogas, la contratación efectuada no tendría amparo en el art. 213.3 LGSS, ni en el Real Decreto 1445/1982 y, en consecuencia, no jugaría la exclusión de laboralidad prevista en el primero de tales preceptos.

En el año 2014, ante la ratificación del mencionado cambio de doctrina judicial, la Disposición Final 2ª del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, introdujo una previsión *ad hoc*¹⁸. Estableció la continuidad de las actividades de colaboración social

¹⁴ STSJ Islas Canarias 1 de septiembre de 2014 (rec. nº 798/2013) o STSJ Andalucía 24 de julio de 2014 (rec. nº 1802/2013)

¹⁵ Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores (Secretarías de Estado de administraciones públicas y presupuestos y gastos, 20 de diciembre 2012).

¹⁶ SSTS de 11-12-08, rcud. 69/08, y también en las SSTS de 24-4-00, rcud. 2864/99, 30-4-01, rcud. 2155/00, 9-5-11, rcud. 2928/10 y 24-11-11, rcud. 4743/10)

¹⁷ Después del abundante número de sentencias que reiteraban que la vinculación a una Administración Pública para la realización de una obra social durante un tiempo limitado, aunque sea en desarrollo de una función que pueda considerarse normal en la Administración, tenía *ex lege* un carácter temporal y no podía tener una duración mayor a la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiera reconocido, las SSTS/4ª de 27 diciembre 2013 (rcud. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012) del Pleno de la Sala, matizaron esa doctrina: “La rectificación es necesaria porque la temporalidad que define en términos legales el tipo contractual no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la de la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato”.

¹⁸ Según la misma, los perceptores de prestaciones por desempleo que hubieran iniciado la realización de trabajos

con las Administraciones públicas desempeñadas por perceptores de prestaciones de desempleo hasta la finalización de la percepción de sus prestaciones. La justificación que se dio a esta medida legal encierra en sí misma el reconocimiento de que este tipo de prestaciones de colaboración social de los desempleados ha representado para las administraciones un aporte extra de mano de obra en tiempos de restricciones presupuestarias¹⁹.

Y en tercer lugar es muy importante poner en relación la temporalidad en la prestación de servicios con la regulación de la figura de los funcionarios interinos contenida en el art. 10 EBEP, hasta el punto de que resulta evidente la existencia de un punto de fuga con la relación a esta figura²⁰, nótese cómo la regulación que efectúa el EBEP de los supuestos previstos para el nombramiento de funcionarios interinos se aproxima a los supuestos de la contratación laboral temporal. Así, se ha observado cómo, en paralelo a una regulación laboral paulatinamente restrictiva, se profundiza en la flexibilidad para el nombramiento de interinos²¹.

Este es el contexto de la temporalidad actualmente en nuestro empleo público y, como se ve, una parte considerable de esta temporalidad no pasa por vínculos laborales. Tener esto en cuenta es imprescindible para evaluar adecuadamente el impacto de las medidas de reforma pues éstas han actuado en diferentes frentes y con desiguales efectos. En todo caso es fácil comprender por qué ciertas medidas de redimensionamiento o reestructuración han incidido más sobre estas fórmulas que sobre los contratos de trabajo. Y aquí vemos también la estrecha relación que tiene la figura del trabajador indefinido no fijo con las irregularidades habidas a través de estas fórmulas y no solo como consecuencia de irregularidades en la contratación laboral.

Finalmente, también es necesario recordar que en la medida en que ha existido un considerable número de servicios públicos gestionados indirectamente a través de contratos de servicios o por medio de contratos administrativos de gestión de servicios públicos, los trabajadores al servicio de las empresas contratistas, no siendo técnicamente trabajadores al servicio de las

de colaboración social en las Administraciones Públicas con anterioridad al 27 de diciembre de 2013, en virtud de lo previsto en el apartado 3 del artículo 213 de la Ley General de la Seguridad Social y que continúen desarrollando dicha actividad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley, podrán seguir desarrollando dicha colaboración hasta la finalización de la percepción de sus prestaciones, con sujeción a dicho régimen legal, cualesquiera que sean las actividades que desarrollen para la Administración correspondiente.

¹⁹ Vid. la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, "la provisión por las Administraciones Públicas de los recursos humanos necesarios para realizar las tareas que se desarrollan a través de esas formas de colaboración exige la previa dotación y provisión de los respectivos puestos de trabajo. Para ello, y a fin de evitar que mientras se realiza, los servicios públicos carezcan de los recursos humanos correspondientes, la disposición final segunda del Real Decreto-ley, habilita para que quienes ya desarrollaban dicha colaboración puedan continuar haciéndolo".

²⁰ En estos términos se expresaba BOLTAINA BOSCH, X; en su intervención "Flexibilidad externa: modalidades de contratación y regulación de empleo del personal al servicio de las administraciones públicas" en la Jornada de Debate *Novedades en materia de gestión de personal y servicios en las administraciones públicas*, AEDTSS, noviembre 2015.

²¹ Es posible el nombramiento de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto. El personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas. Previsiones introducidas en el art. 10 EBEP (Letra c) del número 1 y número 6) por el artículo 28 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa («B.O.E.» 17 septiembre).

administraciones públicas, se inscriben en su radio de acción y también han acusado los efectos de la crisis y de las medidas adoptadas para hacer frente a la misma. A una y otra cuestión se dedican las páginas siguientes.

II. RÉGIMEN DEL PERSONAL EN CONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Dentro de la amplitud de la materia relativa al régimen del personal en las contratas de obras y servicios en las administraciones públicas y de entre la variedad de aspectos que en ella pueden ser abordados, sobresalen algunas cuestiones controvertidas. Una de ellas se plantea en casos de recuperación de servicios hasta ahora prestados por empresas contratistas, casos en los que hay que determinar si procede la aplicación del art. 44 ET y si como consecuencia de ello se produjera la integración de los trabajadores, cuáles serían las condiciones en las que quedarían en caso de que se diera. También es posible plantearse la existencia de condiciones diferentes de integración en función de los distintos ámbitos públicos.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Las expresiones “municipalizar” o “recuperar servicios públicos” o “rescatar contratas” hacen referencia cada una de ellas a situaciones distintas y jurídicamente complejas. Comúnmente cuando se quiere hacer referencia a la vuelta a la gestión directa de un servicio público previamente externalizado al haber sido prestado mediante gestión indirecta mediante contratas administrativas de gestión de servicios públicos, se utiliza el término “remunicipalizar”, si bien en todo momento estamos ante servicios municipales con independencia del modo de prestación y gestión de los mismos²². La opción por una gestión indirecta (externalizada) de un servicio público resulta posible en el marco normativo, pero igualmente resulta posible la gestión directa del servicio. Ambas tienen cabida en nuestro sistema y serán decisiones de oportunidad, basadas en una mayor eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos, las que determinen un modelo u otro de gestión.

Así pues estamos ante una cuestión, que además de ser jurídica, encierra un debate acerca de cómo mejorar la calidad de los servicios públicos que se prestan a los ciudadanos, servicios que se financian con cargo a los presupuestos públicos, servicios cuya competencia en la prestación y en la gestión puede situarse en el ámbito local, pero no solo, también en el autonómico, incluso en el estatal. Por tanto, cualquier reflexión sobre esta materia no debe dejar de lado estas consideraciones. Es necesario saber si lo que se quiere es recuperar la gestión directa de un servicio para que ésta sea pública o si de lo que se trata es de reforzar la exigencia del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las empresas que gestionan un servicio público y el reforzamiento, a través de cláusulas sociales, de una mayor calidad en el empleo de esas empresas o un mayor control sobre las mismas. Es esta una cuestión previa cuya respuesta es importante porque determinará los pasos a seguir en uno y otro caso. Si estamos hablando de lo segundo, no será preciso analizar los efectos de la recuperación de la gestión de un servicio, sino que habría que actuar en las fases de la contratación administrativa, en los pliegos y en los procedimientos de contratación²³.

²² Por eso SÁNCHEZ MORÓN, M; proponía denominar estos procesos como de “reinternalización” en contraposición a la externalización que se había producido sobre ellos anteriormente. Así se pronunciaba en la sesión “La remunicipalización de servicios públicos” dentro del “Seminario de Gobierno y Derecho Local” organizado por la Gerencia de la Ciudad (Dirección General de Organización, Régimen Jurídico y Formación) y el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, el 14 de diciembre de 2015.

²³ Buen exponente de lo que es posible hacer en torno a las cláusulas sociales en los procesos de contratación administrativa fue la intervención de Lluís Torrens, Director de recursos, planificación e innovación del Área de Derechos Sociales del Ayuntamiento de Barcelona en la Jornada de Debate *Novedades en materia de gestión de personal y servicios en las administraciones públicas* organizada por la AEDTSS y el propio Ayuntamiento en Noviembre 2015.

Pero si nos situamos, por el contrario, en el escenario de la recuperación de un servicio para efectuar la prestación del mismo de modo directo por la propia administración o a través de una entidad pública, entramos en el campo de lo que estamos llamando remunicipalización y ello obliga al análisis de sus efectos sobre las empresas contratistas, en concreto a los efectos sobre los trabajadores al servicio de las empresas contratistas que se verán afectados. Hay además otra cuestión conectada como es la relativa a si esa gestión de servicios se puede llevar a cabo por medio de entidades mercantiles de capital público y si esa circunstancia determinaría una situación distinta para los trabajadores provenientes de las contratadas.

En todos los casos estamos ante escenarios complejos porque hay múltiples circunstancias que se deben tener en cuenta para poder determinar con seguridad que una determinada asunción de la gestión directa determinará a su vez estos u otros efectos sobre los trabajadores. Se trata de marcos que producen inseguridad desde el punto de vista jurídico. Lo primero porque hay que atender a cada caso concreto de integración (o reinternalización, o reversión) para que con fundamento en las circunstancias concurrentes se puedan determinar sus efectos. Y segundo, también porque ante la incorporación de trabajadores provenientes de las contratadas en el sector público, en el supuesto de que tal integración se pudiera producir, que ése sería el primer punto que hay que analizar con cuidado, la misma se produciría en unas condiciones concretas que a su vez van a plantear debate por cuanto pueden suponer la precarización de las condiciones de trabajo de los trabajadores que se integren en el sector público o bien plantear problemas en torno al acceso a ese empleo público.

2. LA APLICACIÓN DEL ART. 44ET EN CASOS DE RECUPERACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

En un escenario de vuelta a la gestión directa por la Administración Pública de servicios hasta ahora gestionados indirectamente, hay que analizar la cuestión relativa a si en esos supuestos existe o no sucesión de empresa a los efectos del art. 44ET y existe por lo tanto obligación de subrogación por la administración. En el marco de la gestión indirecta, los problemas se han ido resolviendo en aplicación de la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo que establece que ni la sucesión de contratadas, ni de concesiones administrativas constituyen supuestos de sucesión de empresa, porque ni la una ni la otra son unidades productivas a los efectos del art. 44 ET. Esto es así, salvo que se produjera la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, es decir que se transmitiera “una entidad socioeconómica productiva”²⁴. En supuestos de sucesión de contratadas, no obstante, la subrogación de la empresa entrante como empleadora de los trabajadores de la contratista saliente se producía por aplicación de las cláusulas convencionales establecidas y de conformidad a lo dispuesto en ellas, y en supuestos de concesiones administrativas por aplicación de las previsiones impuestas en los pliegos, en su caso. Por otra parte, también hay que recordar que en casos en los que la actividad de que se trate descansa fundamentalmente en la mano de obra, la asunción por parte de la empresa entrante de una parte significativa del personal podría determinar la existencia de sucesión de empresa del art. 44 ET, en lo que se conoce como asunción de plantilla.

Ese era el marco más frecuente hasta ahora en un contexto de gestión indirecta mediante contratadas/concesiones administrativas, pero en la actualidad el planteamiento es distinto, como vemos, pues estamos ante supuestos en los que la administración decide asumir la prestación directa de actividades o servicios antes prestados por empresas contratistas o concesionarias

²⁴ Incluso en esos casos en los que hay transmisión de medios materiales pero esos medios patrimoniales pertenecieran a la Administración que los hubiera puesto a disposición previamente, hay pronunciamientos que han entendido que tampoco se darían los requisitos de la sucesión de empresas en los términos del art. 44 ET (STS 30 mayo 2011, rec 2192/2010). Esta es la conocida teoría de la reversión que resulta hoy de difícil cabida en el marco de la normativa comunitaria, como veremos en sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42 y particularmente en la STJUE de 26 de noviembre de 2015 sobre ADIF.

y la pregunta es si ante esos casos los trabajadores afectados podrían llegar a integrarse en la propia administración o en alguna entidad perteneciente al sector público.

En este marco también contamos de partida con una jurisprudencia elaborada sobre la que se pueden señalar ciertas consideraciones. Las Administraciones Públicas no vienen obligadas a hacerse cargo del personal de las contrataciones cuando decidan continuar con la prestación del servicio *siempre que lo vayan a hacer con su propio personal o con otro contratado para tal fin*. Así resolvió la STJUE de 21 de enero de 2011 recurso C-463/2009 estableciendo que en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla²⁵.

Por otra parte, las obligaciones subrogatorias derivadas de un convenio no pueden ser impuestas a una Administración que no ha negociado y no es parte del acuerdo. Si tenemos que precisar si es o no aplicable a una Administración Pública una cláusula subrogatoria establecida en convenio sectorial, la jurisprudencia establece la inaplicación de tales cláusulas a la Administración²⁶. También en casos en los que a la finalización de una contrata no se produce transmisión de elementos patrimoniales a la Administración y ésta, a su vez, no reanuda los servicios objeto de la contrata pero el convenio colectivo aplicable establece la previsión subrogatoria, se ha reiterado la argumentación respecto a la inaplicación a la Administración de las previsiones sobre sucesión de contrataciones establecidas en convenio colectivo²⁷.

En cuanto a los Pliegos de Condiciones Administrativas particulares de los contratos de servicios, tratándose de supuestos en los que va a ser la propia administración la que realice o preste la actividad que antes realizaba el contratista, no va a existir un nuevo pliego, si bien es verdad que convendrá revisar el clausulado del anterior para comprobar que no hubiera limitaciones en las facultades de contratación del anterior concesionario de cuyo posible incumplimiento se derivarían responsabilidades²⁸.

Pero aunque en supuestos de recuperación de un servicio no es posible generalizar que la consecuencia sea la subrogación, ello no excluye por completo la misma. Existirá en casos en los que se produzca la asunción de “una plantilla de personal organizada” para continuar la administración con la prestación de un servicio que descansa fundamentalmente en la mano de obra²⁹. O en los supuestos en los que existe transmisión de elementos patrimoniales con independencia de que inicialmente pertenecieran a la propia Administración. Esto es, que en absoluto puede concluirse con carácter general que el mecanismo sucesorio de la ley laboral no se aplique y se pueda afirmar sin género de dudas que no existe transmisión de empresa.

²⁵ Véase en ese sentido de la sentencia citada en el texto, sentencia CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, el apartado 41.

²⁶ SSTs 26-7-12, rec. 3627/2011, 11-7-2011, rec 2861/2010 y 12-6-2011, rec 2855/2010.

²⁷ STS 21-4-2015 rec 91/2014; esta misma sentencia se refiere además a la previsión del art. 301.4 del Texto Refundido de la LCSP, RD 3/2011 que prohíbe que una vez extinguido el contrato de servicios, se consoliden como personal público las personas que han realizado los trabajos objeto del contrato, sin advertir que tal previsión legal se aplica en los contratos de servicios (un tercero al que se le encarga prestar un servicio a la administración misma) para los que está prevista, no estándolo para los contratos de gestión de un servicio público (en los que se encarga a un tercero la prestación de un servicio a los ciudadanos) y son estos últimos los que resultan concernidos en los supuestos que estamos tratando.

²⁸ Vid. en este sentido, la contestación a la consulta acerca de las vías para que opere la sucesión de trabajadores en el caso de servicios públicos de la administración local, en *El Consultor de los Ayuntamientos* nº 15, agosto 2015, ref. 1775/2015, pág 4/6.

²⁹ Así, aunque en el caso de un Ayuntamiento y no una empresa pública, en caso de que se haya asumido parte importante de la plantilla, aún cuando los trabajadores hubieran accedido por concurso oposición (¡como funcionarios interinos!), se ha declarado la existencia de transmisión de empresa también por entender el tribunal probada la transmisión desde la empresa privada al ayuntamiento de la totalidad de elementos materiales, vid. STSJ País Vasco (Bilbao) de 6 de octubre de 2015 (Rec nº 1732/2015).

Además se pueden dar casos en los que se aprecie que ha habido cesión ilegal y por aplicación del 43 ET se producirá la incorporación de los trabajadores. A este respecto, hay que hacer referencia a las ya mencionadas Instrucciones de Buenas Prácticas en la Contratación de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y Presupuestos y Gastos de 28 de diciembre 2012, que contienen previsiones tendentes a evitar situaciones que pudieran llevar a la consolidación de personal. De su texto es posible concluir que tanto de manera indirecta como directa también, figura entre sus previsiones la posibilidad de que se produjera la declaración judicial de condena por cesión ilegal y la declaración de existencia de personal con la condición de indefinido no fijo.

De conformidad con el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica. Aplicando esto a los supuestos de remunicipalización la jurisprudencia ha reiterado que debemos tomar en consideración todas las circunstancias presentes en cada proceso. En concreto, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, si se han transmitido elementos materiales como edificios o bienes muebles, el valor del activo inmaterial, si el nuevo sujeto encargado de la prestación del servicio se hace cargo o no de la mayoría de los trabajadores afectos al mismo, si se ha transmitido o no la clientela o qué grado de analogía existe entre las actividades ejercidas antes y después de la transmisión.

Por ello, todo debe verse, debe analizarse en su conjunto y caso por caso. Si se trata de una actividad basada en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si la administración no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla, pero en casos en los que la actividad requiere un equipamiento importante que resulta indispensable para llevar a cabo la actividad de que se trate, la transmisión de los mismos determinaría la existencia de sucesión de empresa³⁰. Ello con independencia de que los medios hubieran pertenecido desde el inicio a la administración, porque la cuestión de si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales carece de pertinencia a efectos de aplicar la Directiva 2001/23³¹. Aunque los elementos materiales asumidos no pertenecieran al anterior empresario sino que hubieran sido puestos a disposición por la propia administración y ahora revertieran en la misma, ello no puede excluir la existencia de una transmisión de empresas.

La segunda cuestión controvertida es que si a la terminación de la contrata se produce transmisión de elementos patrimoniales a la Administración o se produce la asunción voluntaria de la plantilla para continuar con la prestación del servicio se darían los requisitos para poder hablar de sucesión de empresas en los términos del art. 44 ET. Así, entonces, cuando concurren las circunstancias que determinen la aplicación del art. 44 ET, será entonces importante determinar la condición con la que se integran los trabajadores a la Administración, por ejemplo, en el caso de que ya fueran trabajadores permanentes de la contratista.

A este respecto es necesario diferenciar dos supuestos. Que dicha sucesión determinara la integración de los trabajadores en las administraciones públicas o que la misma se diera en el seno de una empresa pública. En el supuesto de que la integración se produjese en el seno de las administraciones públicas en sentido estricto, los trabajadores provenientes de la contrata pasarían a ser trabajadores indefinidos no fijos: los contratos de los trabajadores son indefinidos pero no pueden “consolidar” una condición de “fijeza” sin superar los procedimientos reglados de selección, más adelante se dedican unas páginas al examen de la situación jurídica de esta figura a día de hoy. Pero, si ello resulta claro en lo que respecta al ámbito de las administraciones públicas en sentido estricto, hay que ver en qué condiciones se podrían integrar en el seno de una empresa pública, dentro de lo que podemos denominar sector público empresarial.

³⁰ STSJ Castilla y León (Valladolid) 29 de octubre de 2015 (rec. n° 1726/2015)

³¹ Con apoyo en la STJCE de 26 de noviembre de 2015 (ADIF), véase en este sentido, la sentencia Abler y otros, C-340/01, EU:C:2003:629, apartado 42

3. INTEGRACIÓN DE LOS TRABAJADORES PROVENIENTES DE LA CONTRATA EN UNA EMPRESA PÚBLICA

Dado que es la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso la que justifica la existencia de la figura del trabajador indefinido no fijo, en el supuesto de que la integración se produjese en el seno de las administraciones públicas en sentido estricto, los trabajadores provenientes de la contrata pasarían a ser trabajadores indefinidos no fijos. Como decimos, en el apartado siguiente analizamos la posición jurídica de los trabajadores que ostentan esta condición. Pero lo que cabe cuestionarse ahora es si los mismos principios resultan aplicables por igual en todo el sector público.

En virtud de lo dispuesto en el art. 55 EBEP, los principios de acceso serán de aplicación a las Administraciones Públicas, entidades y organismos referidos en el art. 2.1 EBEP, esto es, en aquellos ámbitos públicos coincidentes con el concepto más estricto o restringido de administración pública³². Pero la DA 1ª EBEP dispone que también se aplican dichos principios rectores del acceso a las entidades del sector público que no estén incluidas en el art. 2 EBEP. Ello permite concluir que los principios de acceso, además de regir en todo caso en AGE, CCAA, EELL, OOPP (OOAA y EPE) y Agencias estatales, se aplican también a otras entidades de derecho público aunque se regulen por el derecho privado. De manera que con arreglo a la literalidad del EBEP no cabe duda de que dichos principios deben regular también el acceso del personal en las empresas públicas. Cuestión distinta será la concreción de esos principios en los procesos selectivos del sector público empresarial en el que hay que tener en cuenta también otros criterios tales como la celeridad y la agilidad en la selección sin que ello suponga en modo alguno arbitrariedad o desconocimiento de los principios que el EBEP aplica también a estas empresas.

Además, otras disposiciones normativas, como las Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de contrataciones de servicios son muy indicativas a mi juicio de la pertinencia de distinguir ámbitos. Por ejemplo, en estas instrucciones se diferencia con toda claridad a los efectos de la aplicación de su contenido, entre Administración Pública y Sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público. Para estos últimos, las instrucciones funcionan como criterios de aplicación. Podría hacerse esto mismo con respecto a la recepción de los principios rectores en el acceso a las sociedades mercantiles de capital público³³.

La cuestión es si cabe diferenciar estos ámbitos a efectos de graduar la aplicación y el juego de los principios de mérito y capacidad en el acceso. Ciertamente contamos con ejemplos en otras normas que sí diferencian ámbitos a efectos de aplicar su regulación; por ejemplo, para la aplicación de los límites de duración del contrato por obra o servicio y del encadenamiento de contratos de las administraciones públicas, la DA 15ª ET sí diferencia dentro de este extenso sector público para dejar fuera a los efectos de aplicación del límite al encadenamiento a los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia.

Y la DA 16ª TRLET, para la aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sí circunscribe, también, mucho más el ámbito y distingue entre Ad-

³² Administración General del Estado, Administración de las CCAA y Ciudades de Ceuta/Melilla, las Administraciones de las EELL, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. Las Universidades Públicas.

³³ Vid las Instrucciones, en concreto el apartado 3 del ámbito de aplicación, en virtud del cual, las instrucciones podrán servir de base a los criterios que se establezcan en relación con las entidades que sin estar incluidas en el art. 3.2 LCSP formen parte del sector público estatal. A tal fin, los distintos Departamentos ministeriales deberán velar porque los principios y prácticas contenidos en la instrucción orienten la actuación de las fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público estatal.

ministración Pública en sentido estricto y sector público en extenso. Y lo hace para diferenciar el procedimiento, para la delimitación de la concurrencia de las causas y, señaladamente a nuestros efectos, para reconocer la figura del trabajador indefinido no fijo.

Por lo tanto, los principios de mérito y capacidad en su aplicación en sociedades mercantiles sometidas al derecho privado y en régimen de competencia con él, no tienen por qué concretarse en procedimientos idénticos a los previstos para las administraciones públicas. En las sociedades mercantiles públicas, los principios de mérito y capacidad en el acceso se pueden hacer valer de modo diferenciado, lo cual no significa que éstas no se deban regir en el acceso por ellos, ni que la incorporación de trabajadores pueda darse al margen de su observancia.

La Sala Cuarta de Tribunal Supremo, si bien es cierto que con ocasión de resolver un supuesto distinto al que aquí se plantea³⁴, ha concluido que la figura del trabajador indefinido no fijo no es aplicable al sector privado y tampoco a las sociedades mercantiles públicas. Bien es verdad que dichas sentencias se dictan, como decimos, para resolver un proceso inverso al que tratamos aquí pues se trata de un sector de AENA que se privatiza y en el que los trabajadores indefinidos no fijos provenientes del ámbito público pasan a ser indefinidos sin más en el ámbito privado. Por lo tanto no sería prudente extrapolar y concluir sin más su aplicación al caso inverso, en caso de que se “recupere” un servicio. Porque si entendemos que no cabe la figura del indefinido no fijo en una empresa pública habrá que determinar la condición tendrán los trabajadores incorporados a ella al margen de proceso selectivo alguno, por aplicación del art. 44 ET si se diera una sucesión de empresa entre la contratista y la sociedad pública.

La STSJ País Vasco de 2 de diciembre de 2014 (rec. nº 2143/2014) ha sostenido que “las sociedades mercantiles de capital público, a diferencia de las empresas privadas, no están facultadas para contratar libremente a su personal, sino que deben hacerlo a través de procedimientos de selección que garanticen los principios anteriormente reseñados, y, por ende, que sus empleados, para adquirir la condición de fijos, tengan que superar los correspondientes procesos de selección presididos por tales principios, sin que puedan lograrla con fundamento en las irregularidades cometidas en su contratación temporal” Luego habrá que atender a la normativa por la que se regula cada entidad, a la ley de creación, para determinar el grado de vinculación en lo tocante al procedimiento para la selección de su personal mediante convocatoria pública que garantice los mentados principios.

Este es un problema de difícil solución. Podemos coincidir en que la figura del trabajador indefinido no fijo no tiene sentido en un ámbito sometido al derecho privado, incluso podría decirse que el confuso art. 8 EBEP que contiene las clases de empleados públicos diferenciando entre fijos, indefinidos y temporales, no resulta aplicable a las empresas públicas³⁵. En las empresas públicas, como en las privadas, los trabajadores pueden ser indefinidos o temporales. Pero el hecho es que dichos trabajadores no pueden adquirir tal condición en una empresa pública sin superar ningún procedimiento de acceso en virtud de los principios de mérito y capacidad. Ante esta situación la empresa pública que resultase responsable tendría que extinguir el contrato con las consiguientes obligaciones indemnizatorias o bien estaría obligada a realizar procesos selectivos en abierto para cubrir esas plazas y de no ser cubiertas por los trabajadores afectados, indemnizarles.

Y todo ello sin olvidar el contexto del que venimos, porque es imposible ignorar que con el contexto normativo actual existen importantes restricciones. La LPGE 2016 establece estrictos condicionantes para la contratación de nuevo personal por parte de las empresas públicas en las DA 15^a y 16^a, si bien es cierto que el límite de la tasa de reposición de efectivos, es ahora más amplio³⁶. En todo caso, hay que tener en cuenta los límites derivados del principio de es-

³⁴ SSTS de 18 de septiembre de 2014 (RJ 2014/ 5218) y (RJ 2014/5219).

³⁵ DA 1^a EBEP

³⁶ Art. 20 LPGE regula por funciones, 50% en general, llegando hasta el 100% en educación, sanidad, servicios sociales, para las sociedades mercantiles, las DA 15^a y DA 16^a contienen límites similares, si bien las DA 15^a y DA 16^a

tabilidad presupuestaria con carácter general, en un contexto de reestructuración del sector público empresarial³⁷.

Al amparo del art. 85.2 y de la Disposición adicional 9ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), las administraciones locales que no estén en la actualidad sometidas a las exigencias de un plan económico-financiero o un plan de ajuste, pueden en la actualidad, crear una sociedad mercantil pública para la gestión directa de un servicio o actividad municipal, en la medida en puede ejercer con plenitud su potestad de auto-organización (art. 4.1 a) LBRL), lo que incluye la elección de la forma de gestión de un servicio dentro de las previstas en el art. 85.2 LBRL. Esto incluye, obviamente, la gestión directa mediante sociedad mercantil enteramente pública. Si bien es cierto que esta opción organizativa ha de cumplir con ciertas cargas de justificación, las fijadas por el art. 85.2 LBRL. Pero por otra parte, para la creación de empresas públicas existen importantes condicionantes que restringen o, en todo caso, someten su creación a un estricto procedimiento que pasa entre otros aspectos por la necesaria aportación de una memoria justificativa, en la cual habría que incluir la dotación de personal y los gastos asociados. Ello sería vinculante posteriormente, no pudiendo excederse en esos límites. La memoria justificativa debe entrar en la rentabilidad de la creación de la empresa y esa rentabilidad se debe entender proyectada también sobre los recursos humanos de que se vaya a dotar. Si, como decimos, se incorpora el personal proveniente de las empresas contratistas que realizaban por gestión indirecta la prestación de esos servicios o si se produjera la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, es decir si se transmitiese una entidad productiva, es fundamental tener en cuenta que se darían los elementos de la sucesión de empresa, y la empresa pública tendrá la obligación ex art. 44 ET de subrogarse en las obligaciones salariales y de seguridad social de las anteriores.

4. OTRAS POSIBLES VÍAS DE INTEGRACIÓN: DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN EMPLEADORA

Llegados a este punto, cabe preguntarse por la viabilidad de algunas fórmulas que se han extraído de la jurisprudencia o de la legislación³⁸. Por un lado, se ha planteado la posibilidad de que se firmen acuerdos en los que se puedan establecer obligaciones subrogatorias³⁹. Con apoyo en tal posibilidad podría inferirse la existencia de una vía basada en que la Administración que prevea recuperar servicios pueda suscribir acuerdos subrogatorios en términos tales que

se refieren a cada una de las empresas. La tasa general para las AAPP y sus OOPP es una tasa global, pero en cambio para empresas públicas, las DA 15 y 16 establecen una tasa que se computa empresa por empresa, aquí no hay una regulación global. Si han tenido beneficios una tasa y si no, otra. Con apoyo en esta interpretación, de que no hay una tasa de reposición global para el sector público empresarial, sino empresa por empresa, se ha sostenido como una posible vía para la incorporación de personal en una empresa pública de nueva creación que no se le aplica la tasa de reposición, SÁNCHEZ MORÓN en la sesión “La remunicipalización de servicios públicos” dentro del “Seminario de Gobierno y Derecho Local” organizado por la Gerencia de la Ciudad (Dirección General de Organización, Régimen Jurídico y Formación) y el Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, el 14 de diciembre de 2015. En todo caso, también destacaría el apartado Dos de la DA 15ª: “En el caso de las sociedades mercantiles y las entidades públicas empresariales estatales, la contratación indefinida de personal requerirá, en todo caso, además de lo establecido en el apartado Uno, informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del accionista mayoritario. Asimismo, la contratación temporal en las citadas sociedades y entidades públicas empresariales, teniendo en cuenta lo indicado en el apartado anterior, se hará de conformidad con los criterios e instrucciones que, previo informe favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se dicten por el accionista mayoritario de las respectivas sociedades”.

³⁷ Vid. el contenido de la DA novena LRBRL, Redimensionamiento del sector público local.

³⁸ Mencionados por ALFONSO MELLADO, C; en su intervención “Gestión de servicios por entidades mercantiles de capital público con incorporación de los trabajadores de las contratas de servicios” en la Jornada de Estudio *Efectos laborales de la municipalización de servicios públicos y situación de los trabajadores indefinidos no fijos*, UCLM, octubre 2015.

³⁹ STS (3ª) de 30 de abril de 2014, rec nº 1416/2013.

delimiten la posición del personal afectado de manera que éste quedara “afecto” a la prestación del servicio sin consolidar una plaza en el empleo público sino estando vinculado a ese servicio público. Así, en caso de que dicho servicio ulteriormente volviera a la gestión indirecta, también el personal afectado volvería al sector privado.

En términos próximos se sitúa también alguna solución legal⁴⁰, que ante la modificación de la estructura de una antigua institución autónoma del Estado para dotarla de un nuevo estatuto, contempla un régimen para el propio personal contratado en régimen de derecho laboral como personal “a extinguir” en la entidad pública resultante. Se regula una situación que podríamos llamar “congelada”, los trabajadores incorporados no podrán presentarse a las plazas generales, tratándose de un personal que no puede salir de esa “bolsa”, luego en ese sentido, no habría un incremento de plantilla.

En todo caso, se trata de caminos inseguros, pero en todo caso hay que tener en cuenta que en los supuestos en los que se ha decidido volver a prestar el servicio gestionándolo la administración directamente, resulta difícil también la cobertura de los puestos de trabajo. Podría hacerse contando con personal propio de la organización administrativa, pero eso en el supuesto de que se contara con personal, con efectivos ya existentes y cualificados para ello; de ser así podría ponerse en marcha un concurso de traslado. Otra vía, sería convocar nuevas plazas funcionariales o laborales, pero sin olvidar que en este punto contamos con las limitaciones presupuestarias existentes con respecto a la tasa de reposición de efectivos y el riesgo de que con dichas convocatorias se consuman todas las posibilidades de convocatoria de nuevas plazas, que son limitadas y hay que tener en cuenta otros colectivos pendientes. En tercer lugar está la “tentación” de nombrar personal interino con los problemas que a la larga pueden ocasionarse y que hemos tratado al principio. Por todo ello, podrían explorarse otras posibilidades de integración si se llevan a cabo de manera respetuosa con los principios que regulan el acceso.

III. INCIDENCIA DE LOS ANTERIORES PLANTEAMIENTOS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO DE PLANTILLA

La figura del trabajador indefinido no fijo ha sido traída a colación en varias momentos de las páginas anteriores porque se trata de una figura contractual que es, por sí misma, expresión de la interdependencia de las normas administrativas y laborales que rigen en el empleo público. Así pues resulta necesario analizar su posición desde el punto de vista de la organización en la que se inserta ya que podría ser ésta la figura resultante en según qué casos de integración.

El ordenamiento laboral defiende la estabilidad en el empleo frente a actuaciones que prevaleciendo de la posición más débil del trabajador en la relación laboral, trata de imponer una temporalidad no justificada, una cesión ilegal de mano de obra o un cambio en la persona del empleador. El ordenamiento administrativo consagra unos principios de selección que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo en el empleo público, sirviendo además los principios de mérito y capacidad como garantía de eficacia de la

⁴⁰ Vd. L 15/2014, de 16 de septiembre (BOE 17) de racionalización del sector público cuyo arts. 3 regula una situación congelada en caso de extinción de un organismo de derecho público que en la nueva entidad pública seguiría desarrollando como personal “a extinguir” sus funciones en su puesto de trabajo. “El actual personal propio contratado en régimen de derecho laboral por la Obra Pía de los Santos Lugares tendrá la consideración de «a extinguir», amortizándose los puestos de trabajo que actualmente ocupa el mismo cuando queden vacantes por fallecimiento, jubilación o cualquier otra causa legal, y se podrán dar de alta, en su caso, en la misma condición de personal laboral, siempre que sea necesario para garantizar la continuidad del ejercicio de las funciones que vienen desarrollándose a través de los mismos y como personal del ámbito del Convenio Colectivo único de la Administración General del Estado”.

Administración Pública al servicio de los intereses generales. El resultado es que el contrato del trabajador es indefinido pero no puede “consolidar” una condición de “fijeza” sin superar los procedimientos reglados de selección.

Son varios los aspectos que se plantean en torno a esta cuestión, estando todos ellos relacionados. Por un lado, en casos en los que se produjera una recuperación de un servicio, se sitúa la cuestión del reconocimiento o la adquisición de la condición de indefinido no fijo; en segundo lugar, y una vez nos encontramos con esta figura, la cuestión es si obliga ello a la administración o entidad de que se trate a la creación de la plaza, si esta no existiera. Esto es, como veremos, a su dotación presupuestaria, a la inclusión de la misma en los catálogos o plantillas o relaciones de puestos de trabajo y a la puesta en marcha de la provisión reglamentaria de la misma, mediante su inclusión en la oferta pública de empleo en las administraciones públicas en sentido estricto o la puesta en marcha del correspondiente proceso de acceso en la entidad pública de que se trate. Porque también cabría preguntarse si la organización administrativa puede acordar la amortización de la plaza/la extinción de los contratos y con qué límites y con arreglo a qué procedimiento. Incluso es posible plantearse la existencia de vías intermedias de actuación con respecto a estos trabajadores indefinidos no fijos⁴¹.

Así pues, estas son las cuestiones que se van a tratar a continuación; primero si en la mencionada posibilidad de declaración unilateral de la administración cabría el reconocimiento de la condición de los trabajadores afectado como indefinidos no fijos, en segundo lugar qué posibilidades hay para la administración empleadora con respecto a esta clase de trabajadores (también es importante diferenciarlos del concepto de interinidad por vacante porque no son lo mismo) y si, como estamos viendo, los diferentes ámbitos del sector público influyen en esta consideración.

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO AL SERVICIO DE UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Con carácter general, el reconocimiento de la condición de trabajador indefinido no fijo en la Administración se produce por sentencia judicial, ya sea como consecuencia de irregularidades graves habidas en su contratación, ya sea por aplicación del art. 43 ET, ya sea como estamos viendo, con todas las cautelas ya expresadas, como consecuencia de la recuperación de un servicio en el caso de que resultara de aplicación el art. 44 ET.

La pregunta es si cabría el reconocimiento de tal condición con carácter unilateral llevado a cabo por la propia administración. Un reconocimiento que sería un acto de la administración como empleadora que, en principio, tendría cabida siempre que no se vulneren las normas reguladoras del acceso al empleo público. Pero al que se podrían oponer serias objeciones, pues no solo se plantean dudas acerca de la naturaleza jurídica que tendría tal reconocimiento o declaración unilateral, sino sobre sus efectos y el riesgo de que fuera una fórmula arriesgada que acabara regularizando una situación irregular.

Dado que en la mayoría de las ocasiones la declaración de existencia de trabajadores con tal condición de indefinidos no fijos se produce al hilo de la resolución judicial, un acto unilateral de reconocimiento contribuiría a reducir una excesiva judicialización. Pero es preciso advertir que ello no puede suponer en modo alguno la consolidación de trabajadores al margen de los principios que regulan el acceso al empleo público. Así pues, sin perjuicio de la posibilidad de explorar estas fórmulas, ninguna de ellas puede evitar que más tarde o temprano sea preciso consolidar la figura del trabajador indefinido no fijo por los procedimientos reglamentarios, o bien amortizar la plaza.

⁴¹ En ese sentido se puede explorar la movilidad y ponerla en relación con el derecho al cargo en la función pública, vid. en esta línea de reformulación del derecho al cargo, las reflexiones sobre la relación existente en derecho administrativo entre el derecho al puesto y la forma de acceso a los puestos de trabajo en la función pública, en DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M; Empleo y prestación de servicios en la administración pública, 2007, págs. 358 y ss.

Retomando el planteamiento de partida, consideramos que un trabajador que tiene la condición de indefinido no fijo no es un trabajador temporal, es un trabajador permanente que no ha adquirido la "fijeza", la condición de fijo de plantilla (y en consecuencia carece de derecho al puesto) porque no ha accedido al mismo de conformidad con el procedimiento reglamentario establecido para los puestos de carácter permanente. Así, puede decirse que ha accedido al empleo público siguiendo el procedimiento previsto para la contratación temporal, que si bien no está exenta de garantías en el derecho del empleo público, éstas son de menor intensidad habida cuenta de carácter temporal de las contrataciones y de la necesidad de agilidad en las mismas⁴². O bien ha adquirido tal condición por la vía del art. 43 ET o del 44ET, sea como fuera la cuestión para la Administración o la entidad pública de que se trate es la necesidad de valorar las diferentes posibilidades en torno a estos trabajadores.

2. DISTINTAS POSIBILIDADES EN TORNO A LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La Administración o entidad en cuestión puede poner en marcha el procedimiento para la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo ocupado por esta figura, en el supuesto de que el puesto exista formalmente hablando. También podría acordarse la amortización del puesto, lo que conllevaría la extinción de los contratos o podrían explorarse fórmulas de gestión flexibles que entrando en la lógica de un puesto de naturaleza permanente sin embargo jugaran con la idea de que no están provistos de la inamovilidad que proporciona el derecho al cargo en el empleo público.

2.1 Proceder a la cobertura reglamentaria de las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos

En el contrato de trabajo del indefinido no fijo existe una condición que es la cobertura reglamentaria del puesto. Es más, ha habido normas laborales en los últimos años, por ejemplo, con ocasión de la reforma laboral de 2010 en las que (DA 15^a ET) expresamente se hace referencia a una *supuesta* obligación de la Administración de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate. Pero sobre esta cuestión, advertimos que tal "obligación" es matizable porque cabe preguntarse hasta qué punto se puede afirmar que existe una obligación de proceder a la cobertura de la plaza, de poner en marcha el proceso para su cobertura. Esto se encuentra muy condicionado como veremos y guarda relación con las facultades de auto-organización de la Administración.

Hay ejemplos de ello; las Instrucciones de buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios (diciembre 2012), en aquellos supuestos en los que por sentencia judicial se reconozca a un trabajador la condición de indefinido no fijo, prevén que el Departamento o la unidad afectada procederá a analizar si se trata de una situación "que obedezca a necesidades estructurales de dicho ámbito administrativo, o si la prestación de servicios obedecía a motivos coyunturales. En función de ese análisis, se procederá, bien a tramitar la amortización de la plaza, bien a proceder a su provisión interna mediante los mecanismos previstos".

Ciertamente, si esos trabajadores vienen desempeñando tareas permanentes (no en vano su contrato se ha convertido en indefinido), habría razones para entender que dichas necesidades permanentes del organismo público existen y está justificada la provisión de puestos de tal carácter (así pues no habría por qué no entender que se puede instar el proceso de cobertura

⁴² El art. 61.7 EBEP establece que los sistemas de selección del personal laboral fijo serán la oposición, el concurso-oposición o concurso de valoración de méritos. Las AAPP podrán negociar formas de colaboración en el marco de los convenios colectivos (bolsas de trabajo). En el art. 35 RGI (RD364/1995) se dispone únicamente que los contratos de trabajo temporales "se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad y ajustándose a las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal laboral y de acuerdo con los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las AAPP".

reglamentaria de esas plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos, crearlas, dotarlas, publicarlas y convocarlas para su cobertura reglamentaria de conformidad con un procedimiento que asegure la igualdad, el mérito y la capacidad en el acceso...) ⁴³. Cada Administración (y aquí deberíamos añadir también, cada entidad pública) debe evaluar sus necesidades de personal, determinar cuáles de esas necesidades pueden satisfacerse con los efectivos de que ya dispone (mediante procedimientos de provisión de puestos de trabajo, promoción interna, redistribución o reasignación) y ofertar públicamente al mercado de trabajo las plazas o puestos vacantes que desee cubrir con personal de nuevo ingreso.

Es necesario que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio. En las administraciones públicas, como sabemos, existe una fuerte vinculación entre la oferta pública de empleo y los instrumentos de ordenación, como las plantillas y las relaciones de puestos de trabajo de manera que sólo pueden ofertarse plazas que estén dotadas presupuestariamente y que figuren en las relaciones (o catálogos, o plantillas). Por otra parte, las ofertas de empleo tienen que ajustarse necesariamente a los límites cuantitativos que pudieran establecer las leyes de presupuestos, estrictas en tiempos de crisis económica ⁴⁴.

Pero, con todo y con ello, llegado el caso de la inclusión de la plaza en la oferta pública de empleo y teniendo en cuenta que ésta es un acto administrativo o resolución de carácter general que crea legítimas expectativas, vincula a la Administración, y así, aprobada la oferta, los Departamentos procederán a la convocatoria de los procedimientos selectivos de acceso (art 9 RGIPP). La aprobación de la oferta comportará la obligación de convocar los procesos selectivos (art 71.1 EBEP) en el plazo de tres años, si bien, en ocasiones las administraciones no aprueban anualmente sus ofertas de empleo público y tienden a cubrir sus necesidades de personal con funcionarios interinos o contratados laborales de carácter temporal (también incluso fuera de las fórmulas laborales, por ejemplo, a través de contratos administrativos o por medio de trabajos de colaboración social, como hemos mencionado anteriormente).

Pero ello no obsta al reconocimiento de esta obligación. Se trata de una lógica legal y reglamentaria que se puede observar también en el art. 10.4 EBEP relativo a los funcionarios interinos en que se establece la obligación de incluir las vacantes cubiertas con interinos en la oferta pública del año en el que se produce su nombramiento o, si no fuera posible, en la siguiente convocatoria, salvo amortización de la plaza aunque esta obligación legal no siempre se cumple puntualmente ⁴⁵.

⁴³ La provisión de una plaza en el empleo público es uno de los elementos en los que se constata la interdependencia derecho administrativo-derecho del trabajo. Estamos continuamente haciendo referencia a la provisión de la plaza ocupada por un trabajador indefinido no fijo (o a su amortización) pero para que se produzca tal provisión es preciso el seguimiento de un procedimiento. 1º la plaza debe estar dotada económicamente en el presupuesto, 2º la plaza dotada debe estar incluida en la RPT. 3º Una vez incluidas las plazas dotadas en la RPT se tiene que proceder a su oferta a través de la Oferta de Empleo Público.

⁴⁴ La Jurisprudencia ha reconocido de algún modo esa vinculación de la OEP a las determinaciones presupuestarias y sus directrices legales: STS de 20 de noviembre de 2013 RJ 2009/3729.

⁴⁵ Pero parece clara la vinculación de la oferta en relación con el personal laboral y los funcionarios interinos. La STSJ Aragón de 10 de febrero de 2012, en el supuesto de una Administración que no sacó todas las plazas de interinos, declaró que no cabe alegar motivos económicos y de autoorganización pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos. Se declaró la Infracción del art. 23.2 CE). El Tribunal se pronuncia también en relación a las plazas de personal laboral interino por vacante llegando a la misma conclusión, excepto aquellos supuestos en los que haya reserva de puesto, estén incurso en procesos de provisión o se decida su amortización. Así pues, una vez convocada, la OEP vincula, *salvo que se decida su amortización*, este matiz es importante por lo que luego diremos.

Considerando lo anteriormente expuesto, es posible diferenciar entre dos momentos: antes de la convocatoria estamos en el terreno de las competencias de organización de la administración de que se trate. Después de la convocatoria, sin embargo, sí puede hablarse de la existencia de una obligación de instar los procedimientos selectivos para la cobertura⁴⁶.

Incluso si la plaza ya hubiera sido consignada presupuestariamente, si ya hubiera convocatoria pública, esto es, si la propia administración hubiera iniciado el proceso y por ello estuviera vinculada, aún en esos casos, cabría que por ley de presupuestos se paralizara el proceso en marcha. La Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las administraciones públicas, refuerza los mecanismos preventivos y correctivos de manera que el cumplimiento de los objetivos se tendrá en cuenta para autorizar emisiones de deuda, conceder subvenciones o suscribir convenios. Por otra parte, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez de las CCAA y EELL, está condicionado a un Plan de Ajuste y ya conocemos que mientras éste exista se dará una fuerte restricción. Por lo tanto, antes de la convocatoria existe un grado de discrecionalidad que desaparece una vez efectuada la misma, quedando la administración vinculada por ella, salvo que por ley se decida la amortización de las plazas o la paralización de la convocatoria.

La siguiente cuestión planteada, una vez efectuada la convocatoria y habiéndose producido la cobertura de la plaza, ésta actúa como causa de finalización del contrato de trabajo. Responde a la propia naturaleza del vínculo existente entre la Administración Pública y el trabajador. Es una causa distinta de las del art. 51 y 52 ET⁴⁷. Con arreglo a la doctrina jurisprudencial más reciente⁴⁸, la cobertura reglamentaria de la plaza, no es causa válida del art. 49.1b) pero sí del 49.1.c) con la correspondiente indemnización de 8/12 días, en línea con el ATJUE 11-12-2014 (C-86/14). Un cambio que se debe a la tesis jurisprudencial que considera estos contratos, también el de interinidad por vacante, como contratos sometidos a término y no sujetos a condición resolutoria⁴⁹.

En este punto, como decíamos, se podría hacer referencia a otras formas de movilidad alternativas a la extinción del contrato en el supuesto de que el trabajador indefinido no fijo no sacara la plaza, podría esto ser enlazado con el derecho al cargo y su vinculación con el modo de acceso y las formas de movilidad interna y su regulación, pero, en todo caso, como decía con respecto a los actos declarativos, ninguna de estas alternativas evita que más tarde o temprano sea preciso consolidar la figura del trabajador indefinido no fijo por los procedimientos reglamentarios o bien amortizar la plaza.

2.2 Amortización de las plazas y extinción del contrato indefinido no fijo.

Decíamos más arriba que la administración o la entidad de que se trate tienen capacidad para efectuar un análisis previo acerca de la conveniencia de convocar las plazas o proceder a la amortización de las mismas. Esta segunda opción supondrá extinguir los contratos y en este punto son varias las cuestiones de interés desde el punto de vista de la incidencia de la norma administrativa en esta figura. Dejando a un lado la posible existencia de un plan de ajuste en cuyo contexto pudiera acordarse la extinción de los contratos de los indefinidos no fijos⁵⁰, el otro

⁴⁶ La casuística es elevada, pues puede que se trate de puestos que sencillamente no existen (esto es, que no hayan sido creados formalmente), pero también es posible que existiendo administrativamente hablando (estén dotados, figuren en la RPT, en el catálogo...etc.), no se hayan incorporado a la OPE, o estén reservados a funcionarios públicos, lo cual entraría en el terreno, no de los procesos de consolidación de personal, sino más bien en los procesos de funcionarización.

⁴⁷ M. Arenas Viruez, "Extinción del contrato indefinido no fijo por cobertura y por amortización de la plaza" *Temas Laborales* 129/2015.

⁴⁸ STS de 6 de octubre de 2015 (rec. n.º 2592/2014). Y STS 31 Marzo 2015 (2156/2014)

⁴⁹ SSTS de 8 de julio de 2014 (rec. n.º 2093/2013) y de 29 de octubre de 2014 (rec. n.º 1746/2013).

⁵⁰ Los PLANES DE AJUSTE, en el art. 7 del RD Ley 4/2012 por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a proveedores de las entidades locales pueden configurar los despidos como una suerte de "mecanismos correctivos o preventivos."

aspecto que se plantea en torno a la extinción de los mismos es que la plaza ocupada por los trabajadores indefinidos no fijos “exista” en sentido administrativo y la Administración decida amortizarla o que no existiendo plaza, se opte por la extinción de los contratos puesto que son dos aspectos que se superponen y es nuevamente un reflejo de la paralela realidad laboral y administrativa⁵¹. La doctrina tradicional de la Sala Cuarta⁵² había aproximado el régimen de la extinción del contrato indefinido no fijo al contrato temporal de interinidad por vacante. Al entender que ambos estaban sometidos a la condición resolutoria de la provisión de la plaza o de su amortización y que ello extinguía automáticamente el contrato en virtud de lo dispuesto en el art. 49.1b) ET, sin necesidad de recurrir a los procedimientos de los arts. 51 y 52 ET, aunque sin perjuicio de la correspondiente indemnización.

Pero con arreglo a la doctrina jurisprudencial actual⁵³, la amortización de la plaza exige acudir a los procedimientos previstos en los artículos 51 y 52 ET. La extinción de los contratos supondría el despido de los trabajadores por causas económicas u organizativas. En estos momentos, transcurridos unos años desde que se introdujo en la LET la DA^a 20^a, (ahora 16^a en el TRLET) que regula el despido colectivo en las administraciones públicas contamos con la perspectiva que nos suministra la aplicación práctica, el enjuiciamiento jurisprudencial y la valoración doctrinal. La impresión es que su aplicación está siendo más complicada de lo que seguramente se esperaba y a día de hoy se constata la incertidumbre con respecto a la definición de los supuestos y el desarrollo de los procedimientos que permiten la utilización de esta medida.

Con respecto a la concurrencia de las causas económicas en las administraciones públicas propiamente dichas, aún seguimos sin saber con exactitud que cabe entender por insuficiencia presupuestaria. La doctrina judicial evidencia que la mera invocación de crisis económica no es suficiente, guarda muchas relación con las dificultades derivadas de la propia técnica presupuestaria en una entidad pública que son de difícil solución porque aparecen mezcladas con imposiciones legales coincidentes en el tiempo que afectan a la redacción de los presupuestos y que obligan a la inexistencia de déficit público⁵⁴. La situación se ha complicado aún más a raíz de la STS (Sala 3^a) de 19 de mayo de 2015 (rec. n.º 836/2012) que ha anulado parte del artículo 35.3 del Reglamento que regula los despidos colectivos en el sector público por considerar contrario a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores la definición que hace de la insuficiencia presupuestaria que determina la existencia de causas económicas justificativas de despido colectivo. No es la mera insuficiencia presupuestaria sino la “sobrevvenida” y “persistente”. Así pues, de momento cabe decir que hay causa económica cuando una administración debe reducir gastos debido a una reducción de los recursos, ya sea como consecuencia de la coyuntura económica, ya sea debido a “decisiones de política económica que tienen sus repercusiones presupuestarias”⁵⁵.

Otras reflexiones añadidas pueden hacerse sobre el elemento causal en el ámbito público que condiciona también el presente escenario. La causa en el despido colectivo ha sido recientemente matizada en su aplicación en el ámbito del empleo público⁵⁶. En el ámbito de las administraciones públicas solo los despidos que se fundamenten en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción deben tramitarse conforme al art. 51 ET, si no concurren estas causas, las extinciones, por numerosas que sean, no deberán sujetarse a tal procedimiento,

⁵¹ Vid. DESDENTADO BONETE, A; en “Los despidos colectivos en el empleo público. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” CGPJ, noviembre 2015, pág. 9.

⁵² Que puede verse en la STS de 22 de julio de 2013 (rec. n. 1380/2012).

⁵³ Que puede verse en la STS de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), que rectificó la doctrina en el caso del cese por amortización de vacantes cubiertas por contratos de interinidad por vacante de la UPM.

⁵⁴ “Pero esa obligación legal hace decaer la fuerza que el concepto de déficit puede tener en el ámbito público” Vid. Palomar Olmeda, A; *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilidad*, Lex Nova, 2015.

⁵⁵ Así, de manera clarificadora lo expresa DESDENTADO BONETE, A; en “Los despidos colectivos en el empleo público. Reflexiones sobre la jurisprudencia reciente” CGPJ, noviembre 2015.

⁵⁶ SSTs de 21 de abril de 2015, R^o 125/14 y de 27 de abril de 2015, R^o 1458/14, entre otras muchas.

así pues, en casos, como los apuntados anteriormente, en los que la necesidad de acordar las extinciones provenga de una decisión del legislador a pesar de que ésta no constituye en sí misma una causa económica, técnica, organizativa o de producción, “sí integra un típico supuesto de *factum principis* calificable como fuerza mayor y que debería tramitarse por la vía del art. 51.7 ET”⁵⁷.

Y por último, en el supuesto de la amortización de las plazas por parte de las administraciones públicas en sentido estricto, es necesario hacer referencia al desarrollo del periodo de consultas, al modo según el cual las administraciones y sus interlocutores intervienen en el mismo y el ámbito de aplicación del principio de buena fe. Los Tribunales han puesto señalado en este sentido que no se trata de superar un mero trámite para ejecutar una medida previamente tomada⁵⁸, y que el deber de negociar y de participar en el periodo de consultas es un condicionante real de la aplicabilidad de la medida, máxime en el ámbito público, en el que destaca la importancia del procedimiento como garantía del interés general⁵⁹. De modo singular, también estas consideraciones cabe hacerlos con respecto a las empresas públicas, pues también para ellas existen obligaciones procedimentales derivadas de su pertenencia al sector público⁶⁰.

3. DIFERENCIAS ENTRE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS Y LOS TRABAJADORES TEMPORALES INTERINOS POR VACANTE.

El trabajador indefinido no fijo y el trabajador interino por vacante son figuras distintas, desde el punto de vista de su origen y finalidad y por ello deberían tener un tratamiento distinto en lo tocante a su extinción. Sin embargo, la doctrina judicial que se desprende de la STS 24 de junio de 2014 (rec. nº 217/2013) ha equiparado la extinción del contrato indefinido no fijo por amortización de la plaza a la extinción por esta causa del contrato de interinidad por vacante: la extinción de los contratos exigirá acudir a los procedimientos previstos en los artículos 51 y 52 ET. La Sala entiende que los contratos de interinidad por vacante “son contratos temporales sujetos al cumplimiento del término pactado: cobertura reglamentaria de la plaza ocupada interinamente”, por lo que estamos ante una obligación a plazo, a término y no ante una obligación sujeta a condición resolutoria explícita o implícita”. La amortización de la plaza en el caso del contrato de interinidad por vacante, no conlleva la automática extinción de la relación laboral. Habrá que acudir a los procedimientos previstos para el despido objetivo o colectivo.

Pero esta interpretación provoca distorsión. Podemos decir que el interino por vacante se extingue por la cobertura reglamentaria de su plaza. La relación laboral se vincula al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse⁶¹ pero es claro que la Administración puede decidir más

⁵⁷ Vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A; “Causa y ausencia de causa en el despido colectivo: un análisis a través de la doctrina judicial reciente”, *Trabajo y Derecho*, 10/2015 págs 101.

⁵⁸ STS de 18 de febrero de 2014 (rec nº 59/2013), vid. también la STSJ Murcia de 10 de junio de 2013 (JUR 2013/248227).

⁵⁹ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M; *Reformas laborales y Administraciones Públicas*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013, pág. 127.

⁶⁰ En los casos de despido colectivo del personal laboral al servicio del sector público que no tenga la consideración de administraciones públicas en el sentido del art. 3.2 LCSP, el art. 34.3 RD 1483/2012 se remite a la regulación general de los despidos colectivos en el sector privado, tanto en lo tocante a las causas (incluyéndose, aquí sí, las productivas), como en lo referido al procedimiento. Con una única peculiaridad con respecto al sector privado: entre la documentación que se debe aportar en los procesos de despido colectivo, los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público, deberán indicar, además, la relación de las causas del despido con los principios contenidos en la LO 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la norma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que dicha norma se refiere. Vid. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M; en AA.VV. (Cruz Villalón, García-Perrote, Goerlich Peset y Mercader Uguina, dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Lex Nova, 3ª ed. 2016.

⁶¹ STS de 13 de mayo de 2013 (rec 1666/2012): Tratándose de interinidad por vacante, la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue. Pues

conveniente o necesario amortizar dicha plaza que cubrirla, y siempre que lo haga con arreglo al procedimiento y respetando la ley, la extinción de los contratos de interinidad por vacante no sería sino una extinción de un contrato temporal (con abono de 12 días de salario por año) por desaparición de la vacante porque la Administración no está obligada a convocar la cobertura de la plaza⁶². En cambio, los contratos indefinidos no fijos, a diferencia de los anteriores, no son contratos temporales y la amortización de la plaza sobre la que se encuentran por razones económicas o razones organizativas conllevará la tramitación de un despido por estas causas de conformidad con lo establecido en los arts. 51 y 52 ET.

Ayuda a sostener esta interpretación el hecho de tener en cuenta la incidencia de la norma reguladora administrativa y ver cómo en el art. 10 EBEP se regula respecto a los funcionarios interinos que no hay vinculación si se amortiza la plaza pues en el art. 10.1.4 EBEP se establece que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta pública correspondiente al ejercicio en el que se produce su nombramiento y si no es posible en la siguiente, *salvo que se decida su amortización*.

4. DELIMITACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO-ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU INCIDENCIA EN LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO.

Los principios de mérito y capacidad en el acceso son los que justifican la existencia de la figura del trabajador indefinido no fijo. Más arriba en estas páginas nos hemos preguntado dónde rigen, siguiendo la delimitación entre el entero sector público y las Administraciones Públicas en sentido estricto⁶³. A las reflexiones que allí se hacían, nos volvemos a remitir.

No parece incompatible diferenciar entre ámbitos a efectos de una mayor o menor intensidad regulatoria en el acceso y la salvaguarda de los principios constitucionales de mérito y capacidad que deben regir en el mismo. Como decíamos, igual que entendimos coherente y de buena técnica jurídica que la DA 16^a diferenciara por referencias a la LCSP entre sector público extenso y Administraciones Públicas propiamente dichas, para modular la concurrencia de las causas e incluso del procedimiento en los despidos del art. 51 y 52 ET, puede coincidir en que la figura del indefinido no fijo es extraña dentro de una sociedad mercantil pública por más que esté vinculada en el acceso por los principios de mérito y capacidad, porque esos principios y su aplicación no tienen por qué conllevar una misma forma de acceso, por oposición, siempre cuando estamos hablando de sociedades mercantiles sometidas al derecho privado y en régimen de competencia con él. A mayor abundamiento podría decirse que en las empresas públicas no resulta aplicable el art. 8 EBEP que contiene las clases de empleados públicos.

Nos encontramos ante un panorama muy incierto en el que no caben respuestas generales sino que es necesario examinar los supuestos caso por caso y tener claro cuál es el objetivo que se pretender alcanzar porque, dependiendo del mismo, las vías pueden ser más o menos complicadas. Puede ser que mediante una actuación en las fases de la contratación administrativa, con un mayor control y supervisión en los pliegos o mediante el establecimiento de cláusulas sociales se pueda garantizar un mejor servicio público y mejores condiciones de empleo para los trabajadores al servicio de esas contratas.

no se va a incorporar ningún titular de la plaza ni la Administración está obligada a la provisión de la plaza que estima innecesaria y que ha acordado suprimir.

⁶² Salvo que ya hubiera sido consignada presupuestariamente, ya hubiera convocatoria pública y demás y aún en esos casos, cabría que por Ley, LLPPGG, por ejemplo, se paralizara, entonces sí podríamos preguntarnos si estaríamos ante una causa del art. 51.7ET y habría que tramitarlo de conformidad con el procedimiento legal para este tipo de despidos.

⁶³ Al hilo de unas primeras conclusiones que se pueden sacar de las STS de 18 de septiembre de 2014 (RJ 2014/5218) y (RJ 2014/5219). De las citadas sentencias se puede destacar la afirmación de que la figura del indefinido no fijo no es aplicable al sector privado, ni siquiera a las sociedades mercantiles públicas. En ese contexto, adquieren la condición de indefinidos sin más. No pueden ser sustituidos por otros trabajadores que cubran la plaza por el procedimiento reglamentario.

Si se decide la recuperación de la gestión, hay que tener en cuenta que con la doctrina judicial vigente, la subrogación no operará en un buen número de casos, aunque como hemos visto, hay vías. Ahora bien, si la integración se produjera en el ámbito estricto de las administraciones públicas, ese personal no podrá consolidar una situación de fijeza, sería personal indefinido no fijo. En cuanto a otras posibles vías, incluida la declaración de la propia Administración, no hay que olvidar que ese reconocimiento sería un acto de la administración empleadora que en principio tendría cabida siempre que no se vulnerasen las normas reguladoras del acceso al empleo público. Si tal integración se produjera en una sociedad mercantil pública, habida cuenta de la dificultad o escasa pertinencia de la figura del indefinido no fijo en una empresa pública, ésta integración supondría la consideración de los trabajadores como indefinidos sin más, y ello significa que sin perjuicio del respeto a los principios rectores que regulan el acceso, la plasmación de los mismos en este ámbito no es tan rígida ni tan extensa por definición. Siendo, con todo, imposible ignorar que existen fuertes restricciones para la creación de empresas públicas.