

Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad

Susana Rodríguez Escanciano

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (ESPAÑA)

Acreditada a Cátedra de Universidad

Sumario: 1.- La progresiva privatización de quehaceres públicos. 2.- Los principios rectores de los procesos de selección de empleados públicos. 2.1.- Su formulación legal. 2.2.- La aplicación práctica de la igualdad, el mérito y la capacidad. 3.- El reclutamiento de personal laboral como expediente al servicio del clientelismo. 3.1.- Posibilidades. 3.2.- La importancia cuantitativa de este tipo de mano de obra. 3.3.- Contratación irregular: evolución jurisprudencial. 3.3.1.- Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo. 3.3.2.- Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados. 3.3.3.- Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo. 3.3.4.- Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente. 3.3.5.- La solución de compromiso de los “trabajadores temporalmente indefinidos”. 4.- La descentralización productiva en el empleo público. 4.1.- La novación subjetiva del adjudicatario del contrato administrativo. 4.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público. 4.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial. 4.1.3.- Reversión a manos de la

Administración de una actividad previamente exteriorizada. 4.2.- Subcontratación de contratos y concesiones administrativas. 4.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público. 4.2.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social. A) La doctrina de los Tribunales del orden social. B) Dificultades para su aplicación. C) Sobre el concepto “propia actividad”. D) La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones. 4.3. - El recurso a las empresas de trabajo temporal. 4.4.- El uso desviado del contrato de servicios. 5.- Conclusión.

1.- La progresiva privatización de quehaceres públicos

Los contornos del sector público, sobre todo cuando los órganos gubernativos intervienen en el mundo de lo económico gestionando servicios para la comunidad y realizando actividades semejantes a las desempeñadas por los particulares, no están ni mucho menos definidos. Antes al contrario, partiendo de que la Administración se encuentra inmersa en un proceso de transformación, uno de cuyos efectos es la “desburocratización” de muchos de sus quehaceres, la consecuencia a seguir es una cascada de supuestos de privatización total o parcial de sus cometidos⁴⁴⁷.

Las exigencias de mayor competitividad derivadas del actual modelo mundial o globalizado inducen así, por una parte, a reducir el peso de lo público en el conjunto de la Economía y, por otra, a aumentar significativamente la eficacia y eficiencia de la Administración, de la cual se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa ordinaria⁴⁴⁸. “Un dogma ha sido

⁴⁴⁷ VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

⁴⁴⁸ VILLAR PALASI, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pág. 262.

expulsado por otro. Ayer el control público de los servicios esenciales se consideraba como una condición *sine qua non* de la contratación del interés general. Hoy es en nombre de éste (la razón por la) que se quiere dar el control de aquéllos al sector privado”⁴⁴⁹.

Se trata de una de las muestras de la denominada “huida del Derecho Administrativo”⁴⁵⁰, conseguida a través de la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras indirectas a través de las cuales los Entes públicos transmiten a entidades de Derecho privado tareas o actividades con el fin de conseguir la oportuna “optimización del bienestar social”⁴⁵¹. “Modernizar”, e ahí la clave; éste es el contexto adecuado para hacer florecer la privatización de actividades administrativas⁴⁵².

A partir del norte trazado por la eficacia, no se trata de cuestionar la posible existencia de una reserva al sector público de recursos esenciales (el hecho de que el Estado deba recurrir a la propia sociedad para garantizar funciones propias del mismo convierte la cuestión en un “encuentro de paradojas”)⁴⁵³, ni menos aún de un servicio público (profundamente vinculado a la “reserva de Administración” y a la iniciativa gubernativa en la actividad

⁴⁴⁹ SUPIOT, A.: “Prólogo”, a la obra de GOMEZ ALVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004, pág. 17.

⁴⁵⁰ Entre muchos, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

⁴⁵¹ MARTIN MATEO, R.: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988, págs. 154 y ss.

⁴⁵² PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, pág. 23.

⁴⁵³ GOMEZ-FERRER MORANT, R.: “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, 1991, pág. 3840.

económica)⁴⁵⁴, sino de adentrarse en los márgenes adjudicados a la gestión para descubrir cómo “podrá hacerlo indirectamente mediante contrato, siempre y cuando el cometido tenga un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares”⁴⁵⁵. El límite quedará fijado en una frontera inamovible (aun cuando en algunos supuestos su oscuridad, buscada a propósito, obligará también aquí a “levantar el velo”⁴⁵⁶): “en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”, situados por los estudios más acabados de la doctrina en las actividades de policía; legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado; Seguridad Social; medios de comunicación y centros educativos (en estos dos últimos casos, por cierto, los arts. 20.3 y 27 de la Constitución Española –CE-- impedirán su privatización absoluta)⁴⁵⁷.

De este modo, cuanto queda extramuros de la reserva de autoridad no deja de ser servicio público, en tanto responda a un interés merecedor de igual calificativo (si aquél desaparece entrará a formar parte de las mencionadas “actividades en nada diferentes a las realizadas por los particulares”, y cualquier cupo previo podrá ser abandonado a la dirección bajo forma privada)⁴⁵⁸, pero sí admitirá técnicas de llevanza indirecta mediante contrato o de gestión pública sometida al mercado y sus leyes, en virtud de las cuales la

⁴⁵⁴ LOPEZ GUERRA, L.: “Funciones de gobierno y dirección política”, *Documentación Administrativa*, núm. 215, 1988, págs. 15 y ss.

⁴⁵⁵ TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, pág. 272.

⁴⁵⁶ GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S.: “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *Revista Española de la Administración Local y Autonómica*, núms. 274-275, 1997, págs. 380 y ss.

⁴⁵⁷ SORIANO GARCIA, J.E.: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993, págs. 35 y ss.

⁴⁵⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 20.

Administración proporciona prestaciones a los administrados a través de empresas especializadas⁴⁵⁹.

Tal fenómeno, creciente en los últimos tiempos, no puede ser planteado como una mera alternativa del ordenamiento público frente al Derecho Civil-Mercantil-Laboral, habida cuenta sería encerrar la polémica en un prurito academicista difícil de resistir. Consiste más bien en medir la verdadera dimensión de reacción a la que conduce el movimiento pendular desde un sector del sistema jurídico hacia otro, para tratar de averiguar el eje justo de la rotación sin caer en los extremos de una extensión incontrolada del primero capaz de ahogar la iniciativa privada, o de una restricción de aquél a partir del cual impedir a la Administración desempeñar eficazmente la labor social a la que está llamada⁴⁶⁰.

En este contexto, la externalización comprende las más diversas técnicas operativas que permitan a la Administración contratar con otras personas ajenas a ella y a sus estructuras organizativas, servicios propios y muy especialmente los de carácter instrumental y secundario pero necesarios o convenientes para el cumplimiento de sus funciones o actividades principales. Puede aplicarse incluso a los supuestos en los que ésta encomienda contractualmente a una empresa, no ya tales servicios complementarios sino —siempre bajo su supervisión—la gestión en bloque de determinados esenciales al conjunto de los administrados⁴⁶¹. En esta tensión patente tercia de manera decisiva y decisoria un quehacer necesitado de urgente recuperación frente al desconcierto y desmoronamiento en que la Administración se va sumiendo, fragmentaria y asistemáticamente, al compás de contrarias reacciones

⁴⁵⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 647.

⁴⁶⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pág. 14.

⁴⁶¹ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L.: “Servicios públicos y papel del particular entre instancias de solidaridad y mercado competitivo”, en AA.VV.: *Le esternalizzazioni. Tai del XVI Convengo degli amministrativisti italo-spagnoli*, Genova, 25-27 maggio 2006, Bolonia, 2007, pág. 87.

y adaptaciones frente a los problemas; con expansión, en todo caso, del paradigma privado (de naturaleza económica) hasta el reducto nuclear del Estado-poder, no en vano los Entes públicos necesitan “justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, precisan la legitimación proveniente de la eficiencia en la resolución de los problemas sociales”⁴⁶², siempre y cuando se reserve a la titularidad pública la capacidad de control global de todo tipo de actuaciones que afecten al reconocimiento o limitación de derechos de los ciudadanos.

En definitiva, la externalización de servicios públicos consiste en la transferencia de una actividad pública a una organización especializada mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo. Su éxito se hace descansar en dos argumentos. El primero consiste en la mayor eficiencia en la prestación de servicios de interés general que aporta el recurso a la empresa privada. El segundo alude, no ya al menor coste económico que representa frente al mantenimiento de personal y medios propios, sino a la mayor capacitación e idoneidad de los recursos que proceden de las organizaciones privadas, en un mundo como el actual, en el que el conocimiento a menudo ya no se encuentra dentro sino fuera de la Administración pública. Surge, así, una alternativa a los clásicos modos de acción de una Administración burocrática, incapaz de cumplir eficazmente los fines que la justifican, máxime cuando, junto a la aplicación de otras técnicas propias del “*management*”, contribuye a solucionar los problemas a los que se enfrentan nuestras Administraciones, necesitadas de acomodarse a la nueva sociedad, bien distinta de aquélla en la que se conformaron y consolidaron⁴⁶³.

⁴⁶² PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, págs. 16 y ss.

⁴⁶³ ORTEGA ALVAREZ, L. y ARROYO JIMÉNEZ, L.: “La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites”, en AA.VV.: *Le*

Bajo tales premisas, la aparición en el horizonte de la idea de sostenibilidad económica hace que la Administración encauce sus actuaciones dentro de una política de marcada contención del déficit pero sin descuidar los estándares de eficacia, marco en el cual el contrato administrativo pasa a ser un instrumento indispensable⁴⁶⁴. También lo es, y no en menor medida, la necesidad de incrementar el número de empleados públicos sometidos al régimen laboral en detrimento de los funcionarios, no en vano este sector del ordenamiento aporta una gran variedad de técnicas, caracterizadas por su flexibilidad y ductilidad en la gestión de la mano de obra, capaces de contribuir a acentuar la denominada “crisis del modelo burocrático”⁴⁶⁵. Buena muestra de ello son, de un lado, las manifestaciones de laboralización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario –personal médico en formación—o en el universitario –personal docente e investigador laboral—y, de otro, la existencia de numerosos organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias o fundaciones públicas, nutridas por personal contratado según el Derecho del Trabajo⁴⁶⁶. Todo ello ha motivado que la contratación laboral en las Administraciones públicas sea tan frecuente que, en determinados contextos, este tipo de personal –tanto indefinido como a término— supere en número al funcional.

esternalizzazioni. Tai del XVI Convegno degli amministrativistiitalo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006, Bologna, 2007, págs. 123 y ss.

⁴⁶⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2008, pág. 3.

⁴⁶⁵ MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, 1995, pág. 487.

⁴⁶⁶ MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 11”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, M.P. Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 176 ó BOLTAINA BOSCH, J.: “Clases de personal (arts. 8 a 12)”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 205.

2.- Los principios rectores de los procesos de selección de empleados públicos

No cabe duda de que una Administración, capaz de servir con objetividad los intereses generales, precisa de unos servidores que sean seleccionados, igualmente, conforme a unos criterios no subjetivos o arbitrarios⁴⁶⁷, no en vano la eficacia y calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos dependen de que se produzca la elección del personal más preparado⁴⁶⁸. Así, para acceder a la condición de funcionario, a través de una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo, es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, no en vano todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichas pautas neutras deben fundarse, además, en los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad⁴⁶⁹.

Estos principios reconocidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE y, con la importancia que merecen, en el art. 55.1 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), son, por tanto, "los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con probidad, de los intereses generales"⁴⁷⁰. Adoptada la decisión, dotados los medios para proveer nuevos puestos de funcionarios y efectuada la convocatoria por el órgano competente, es en la selección de quienes van

⁴⁶⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 55.

⁴⁶⁸ MARINA JALVO, B.: "Consideraciones para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público", *Justicia Administrativa*, núm. 29, 2005, pág. 19.

⁴⁶⁹ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, pág. 249.

⁴⁷⁰ PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, pág. 84.

a merecer tal condición donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni siquiera en el caso de la especie atípica de los funcionarios interinos, a pesar de que excepcionalmente y con carácter transitorio haya sido modalizado y moderado su rigor)⁴⁷¹, las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (*merits system*), a las cuales el Tribunal Constitucional ha unido otra más, la de publicidad⁴⁷², y el art. 55.2 EBEP adiciona, también, las de “transparencia, imparcialidad, profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y originalidad, sin perjuicio de la objetividad”⁴⁷³.

2.1.- Su formulación legal

La importancia de este último precepto estatutario, en cuanto añade, a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, otros que son instrumentales a ellos y están destinados a garantizar su efectividad, exige abrir un breve paréntesis para hacer referencia –siquiera breve-- al contenido de los mismos⁴⁷⁴:

a) El principio de publicidad de las convocatorias y de sus bases supone la difusión efectiva de unas y otras por los medios de adecuados y legalmente previstos de manera que se haga posible su conocimiento por cualquier candidato potencial. Se satisface, de una parte, con las ofertas de empleo público que anualmente son publicadas por las respectivas Entidades administrativas, y, de manera más específica, con la publicación de la convocatoria de cada proceso selectivo en los

⁴⁷¹ STCo 27/1991, de 14 de febrero.

⁴⁷² STCo 85/1983, de 25 de octubre.

⁴⁷³ Llama la atención que entre los principios rectores no aparezca el de libre concurrencia, que ha sido relegado a una característica de los procesos selectivos (art. 61.1 EBEP). LAZARO, J.L.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 677.

⁴⁷⁴ SANCHEZ MORON, M.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2008, págs. 398 y ss.

Boletines Oficiales de las Administraciones correspondientes. Ello no impide que dichas convocatorias puedan ser difundidas también en periódicos y otros medios de comunicación, si bien esta forma de publicidad debe ser complementaria y no sustitutiva de la oficial⁴⁷⁵.

b) El principio de transparencia se refiere más bien a la práctica del procedimiento en todos sus trámites, de modo que: 1) los criterios que se utilicen para la selección, incluso si no están pautados o baremados previamente, sean claros y conocidos; 2) el proceso de designación de los miembros del órgano calificador sea diáfano; 3) los actos de trámite sean conocidos por los afectados; 4) las decisiones aparezcan suficientemente motivadas, sin perjuicio del carácter reservado de las deliberaciones internas; y 5) la revisión de las pruebas realizadas sea facilitada.

c) El principio de imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano de selección significa: en primer lugar, que éstos deben ser ecuanímenes, quedando excluidas aquellas personas en las que concurren determinadas circunstancias que, desde el punto de vista subjetivo u objetivo, hagan perder la probidad de criterio, ya se traten de relaciones previas inconvenientes con los candidatos, ya de vínculos estrechos y regulares con alguno de ellos; y, en segundo término, que cada uno de los componentes del tribunal ha de tener conocimientos sobrados que les permitan valorar los méritos y capacidad de los aspirantes⁴⁷⁶. Esta exigencia es incompatible, además, con la presencia en el órgano de selección de cargos políticos o sindicales (o personas designadas por éstos) que no posean la especialización necesaria para valorar la aptitud de los candidatos. Repárese en que la exigencia de profesionalidad se predica no del órgano en su conjunto sino de cada uno de sus miembros. En su caso, la falta de profesionalidad de algunas de

⁴⁷⁵ PEREZ GOMEZ, J.M.: “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 492.

⁴⁷⁶ SSTCo 5/2004, de 16 de enero; 240/2005, de 10 de octubre; 306/2005, de 12 de diciembre y 55/2007, de 12 de mayo.

esas personas podría determinar la nulidad del proceso selectivo, al menos en los casos en que su intervención haya sido decisiva⁴⁷⁷.

d) La independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección supone, de un lado, que éstos no pueden estar sujetos a injerencias, presiones externas, ni a instrucciones de ningún tipo y, de otro, que su valoración o juicio no puede ser sustituida por ningún otro órgano, administrativo o judicial, en vía de recurso o revisión de oficio, salvo que se constate algún vicio de procedimiento o de formación de la voluntad del órgano o de la libertad de decisión de sus miembros o –cómo no-- la existencia de desviación de poder.

Según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “ni el art. 24 ni el art. 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica, pues debe recordarse que, frente a esta cualidad que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de un ‘prudente y razonable’ arbitrio, nunca excesivo”⁴⁷⁸, “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican, en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación; una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla ‘si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado’, entre otros motivos por fundarse en patente error debidamente acreditado por la parte que lo alega”⁴⁷⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado que “la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la

⁴⁷⁷ CAVAS MARTINEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L. et alii): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 590.

⁴⁷⁸ STCo 138/2000, de 29 de mayo.

⁴⁷⁹ SSTCo 353/1993, de 29 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero y 73/1998, de 16 de marzo.

actividad evaluadora, que prácticamente quedarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados – cuando éstos existan--, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”⁴⁸⁰.

e) La adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones y tareas a desarrollar queda garantizada por la fiabilidad y la validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad de los aspirantes, teniendo en cuenta su identidad para evaluar las competencias que forman parte del perfil previamente definido, y por la eficacia de los procesos de selección previa limitación de las pruebas de conocimientos generales y meramente memorísticas a favor de un incremento de las de tipo práctico⁴⁸¹.

f) La pretendida agilidad, sin perjuicio de la objetividad, tiende a salvaguardar la eficiencia del proceso selectivo sobre todo si el número de aspirantes fuera elevado. Medidas como la creación de varios tribunales que actúan de manera paralela, la introducción de exámenes preeliminares tipo test, que permiten una corrección rápida, la utilización de medios informáticos para el procesamiento de los ejercicios, etc., son instrumentos a utilizar para conseguir la celeridad perseguida. De todas formas, difícilmente se podrá anular un proceso de selección por falta de agilidad a menos que exista una norma expresa de caducidad por el transcurso de un determinado plazo.

g) En fin, la libre concurrencia, aunque no ha sido proclamada en el art. 55 EBEP, ha de entenderse plenamente aplicable, pues el art. 61 EBEP alude a ella como criterio configurador de los procesos selectivos, presidiendo su regulación, al disponer que dichos “procesos

⁴⁸⁰ STS, Cont-Admtivo, 14 julio 2000 (RJ 7714).

⁴⁸¹ SSTCo 47/1990, de 20 de marzo; 353/1993, de 29 de noviembre; 193/1997, de 4 de junio ó 30/2008, de 25 de febrero.

tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto”⁴⁸².

2.2.- La aplicación práctica de la igualdad, el mérito y la capacidad

El art. 23.2 CE ampara el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los empleos públicos con las condiciones que establezcan las leyes. La igualdad (que sirve fielmente a las ideas de integración y actuación democrática en lo público, garantía de la necesaria imparcialidad en los elegidos y eficacia administrativa⁴⁸³) no otorga, *ex art. 23.2 CE*, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a participar (cuando proceda) bajo las mismas condiciones en las pruebas de selección⁴⁸⁴; lo hace, además, de forma concluyente, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico ("no, por tanto, uno más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado"⁴⁸⁵), "y

⁴⁸² LOPEZ GOMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Madrid, 2009, pág. 155.

⁴⁸³ AGUILAR LUQUE, L. y GONZALEZ AYALA, M^a.D.: "El art. 23.1 y 2. El derecho a participar en los asuntos públicos", en AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid, 1985, págs. 649 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A.: "La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992, págs. 87-132; LOPEZ FRIA, A.: "El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. XIII Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, T. II, Madrid, 1993, págs. 1607-1631; MARI, A.: *Acceso e carriera nelle pubbliche amministrazioni*, Milán, 1996, especialmente págs. 72 y ss. ó PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, 1991, págs. 42-52.

⁴⁸⁴ SSTCo 50/1986, de 23 de abril; 67/1989, de 18 de abril; 200/1991, de 28 de octubre; 217/1992, de 1 de diciembre; 293/1993, de 18 de octubre; 38/2004, de 11 de marzo ó 31/2006, de 1 de febrero. En el mismo sentido, STS, Cont-Admtivo, 14 febrero 2003 (Ar. 911).

⁴⁸⁵ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: "Comentario al art. 23 de la Constitución", en

diferente al reconocido en el mismo precepto a los cargos públicos"⁴⁸⁶. Así, lejos de poderlo considerar una mera especificación del art. 14 CE, lleva a una relación regla general/particular en la cual precisamente lo primero va a ser el respeto a las condiciones del art. 23.2 CE, mientras el art. 14 sólo actúa como referente especial sobre el número de supuestos tasados que expresamente contempla⁴⁸⁷: "aun cuando el derecho consagrado en el art. 23.2 es una especificación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), es incuestionable el mayor alcance y operatividad de aquél en su proyección al régimen jurídico funcional"⁴⁸⁸. Así, si no se alega ninguno de los motivos de discriminación específicamente previstos en el art. 14 CE, es doctrina constitucional reiterada que, al concretar el art. 23.2 el derecho a la igualdad en relación con el acceso a la función pública, la genérica invocación del art. 14 debe entenderse comprendida en la más específica del art. 23.2⁴⁸⁹.

El compromiso enunciado en el art. 23.2 CE va a encontrar traducción, por ende, en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a esa situación (también en momentos posteriores relativos a la provisión de un cargo o puesto de trabajo, singularmente en los concursos de traslado⁴⁹⁰ y en la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su plaza, de conformidad con lo dispuesto en las leyes⁴⁹¹), llevando a excluir o

AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit., pág. 293.

⁴⁸⁶ Anticipando el sentido último y verdadero del precepto, por su claridad y la contundencia de sus argumentos, SANCHEZ MORON, M.: "Comentario al art. 23.2 de la Constitución", en AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentario a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, cit., págs. 673-674.

⁴⁸⁷ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994, pág. 200.

⁴⁸⁸ FERNANDEZ FARRERES, G.: "El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo", en AA.VV.: *Función pública*, Madrid, 1993, págs. 56-57.

⁴⁸⁹ SSTCo 363/1993, de 13 de diciembre; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero y 83/2000, de 27 de marzo.

⁴⁹⁰ SSTCo 75/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero; 47/1989, de 21 de febrero ó 4/1991, de 14 de enero.

⁴⁹¹ SSTCo 76 y 133/1989, de 29 de abril y 19 de julio.

admitir determinadas conductas en atención a la arbitrariedad o razonabilidad --respectivamente-- de las pautas de conexión eventualmente fijadas para atender como conviene a la diversidad de tareas a realizar por la Administración⁴⁹² (con carácter general, pero también en cada una de sus especies⁴⁹³), las cuales admiten el trato diferenciado de unos aspirantes frente a otros siempre y cuando no conduzca a la discriminación; circunstancia que por sí sola no puede ser presumida, en tanto no parece desproporcionado pensar en el establecimiento de determinados requisitos previos en atención a aquella diversidad funcional significada⁴⁹⁴.

Formulado de otra manera, y a partir de dicho referente, "exige permitir la participación de todo ciudadano en los procedimientos selectivos para el empleo público, sin establecer requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas capaces de generar discriminación (igualdad de oportunidades); [también, y] en segundo término, que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios (no en cambio, que éstos lo sean necesariamente, pues el proceso puede quedar desierto sin merma del principio, sino tan sólo su no preterición)"⁴⁹⁵. "El art. 103.3 no significa que todos cuantos se consideren capaces y con méritos puedan pretenderse aspirantes a una cierta función o la provisión de una vacante, sino que, delimitado el círculo de candidatos por una norma no disconforme con el art. 23.2 CE,

⁴⁹² GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: "Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", cit., pág. 524.

⁴⁹³ Baste remitir a las apreciaciones formuladas por CARRILLO BARROSO, E.: *Gestión de recursos humanos, presupuestación y Hacienda Local en España*, Madrid, 1991, pág. 78 ó CASTILLO BLANCO, F.A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada, 1993, pág. 17.

⁴⁹⁴ SANCHEZ BLANCO, A.: "La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981, págs. 206-207 ó PULIDO QUECEDO, M.: "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, págs. 176 y ss.

⁴⁹⁵ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Madrid, 2004, pág. 124.

la resolución del procedimiento de selección habrá de guiarse sólo por aquellos criterios de mérito y capacidad"⁴⁹⁶.

Así, y como con acierto se ha dicho, "el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad... Para la Administración son los únicos criterios de selección utilizables, debiendo concretar su contenido en cada caso con el objetivo de dar cumplimiento a la doble finalidad de escoger a los más idóneos y garantizar la igualdad en el proceso. Y para los Tribunales son conceptos jurídicos indeterminados, cuyo control es obligado a la hora de dilucidar si ha sido lesionado o sacrificado indebidamente un derecho fundamental"⁴⁹⁷.

En definitiva, el art. 23.2 CE no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio, y otorga una prerrogativa de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria y, en último extremo, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad⁴⁹⁸. Así, en cuanto derecho fundamental, goza de la tutela judicial reforzada a que se refiere el art. 53.2 CE, pudiendo ser defendido ante los tribunales de justicia frente a las decisiones administrativas que lo conculquen mediante el procedimiento especial en materia de derechos fundamentales, regulado en los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso Administrativa (o, si se prefiere,

⁴⁹⁶ STCo 148/1986, de 25 de noviembre.

⁴⁹⁷ FEREZ FERNANDEZ, M.: "Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Jornadas sobre la selección de personal en las Administraciones Públicas (Vitoria-Gasteiz, 1996)*, Oñati, 1997, pág. 57.

⁴⁹⁸ SSTCo 56/1986, de 23 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 193/1987, de 9 de diciembre; 200/1991, de 13 de mayo; 293/1993, de 18 de octubre; 353/1993, de 29 de noviembre; 99/1999, de 31 de mayo ó 166/2001, de 16 de julio.

mediante el procedimiento ordinario) y, en último término, agotados todos los recursos en la vía judicial, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁹⁹. Desde luego –y como ya consta--, la igualdad no otorga el derecho a que los participantes sean necesariamente elegidos, pues el proceso de selección puede quedar desierto sin merma de la misma⁵⁰⁰.

Las relaciones descubiertas --y antes descritas-- entre los arts. 23.2 y 103.3 CE forzarían todavía más a una "interpretación integradora de la Constitución"⁵⁰¹, a partir de la cual descubrir que la publicidad, mérito y capacidad están presentes como elementos esenciales dentro de la igualdad en aquélla proclamada, por ser la base común a todos los sectores de la Administración en la primera fase del acceso a la condición de empleado público, sin distinción de ninguna clase; llevando a insistir, en última instancia, sobre la necesidad de "normalización del personal laboral"⁵⁰², de armonizar los principios constitucionales del art. 103.3 CE con otros también reconocidos en la Carta Magna como el de tutela efectiva --art. 24.1 CE-- e igualdad ante la ley⁵⁰³ --arts. 14 y 23.2 CE--⁵⁰⁴.

Tal y como ha reconocido el máximo intérprete de la Norma Fundamental –y se ha dejado cumplida constancia en las páginas precedentes--, el derecho del art. 23.2 CE "entronca válidamente en el

⁴⁹⁹ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la función pública*, 5ª edición, Madrid, 2008, pág. 114.

⁵⁰⁰ CAVAS MARTINEZ, F.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L. et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 586.

⁵⁰¹ MARTIN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración (la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)", *Relaciones Laborales*, 1990, T. I, págs. 28-30.

⁵⁰² MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1999, pág. 45.

⁵⁰³ JIMENEZ ASENSIO, R.: "Selección, formación y carrera administrativa en la función pública vasca", *Documentación Administrativa*, núm. 204, 1985, págs. 66 y ss.

⁵⁰⁴ En tal sentido, y por todas, la continuada sucesión de pronunciamientos contenida en las SSTC 11 febrero, 22 marzo, 12 abril, 10 mayo, 1 julio y 4 octubre 1988 (Ar. 1394, 2060, 2754, 3640, 4182 y 6463).

principio general de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE⁵⁰⁵, lo cual implica que "la referencia al art. 14 como manifestación general, del que el citado art. 23.2 sólo sería una concreción para la función pública, permite sostener que la igualdad, mérito y capacidad deben ser predicables, y así se recoge expresamente en la normativa legal y reglamentaria vigente, tanto para los accesos de laborales como obviamente para cuantos se produzcan en el ámbito funcional" ⁵⁰⁶. De no ocurrir así quedaría muy mal parada la regla destinada a garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.2 CE), pues se estaría tratando de forma distinta a quienes desean incorporarse a la Administración como trabajadores⁵⁰⁷.

Es más, "en la materia rige un principio de igualdad absoluta de trato referido a todos los ciudadanos que limita la libertad de nombrar y contratar a quien se desee, a concretar en la exigencia de objetividad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad"⁵⁰⁸. Todo ello sin olvidar cómo "la CE contiene una reserva de Derecho Administrativo capaz de impedir a la Administración convertirse en una persona de Derecho Privado más, evadiéndose de las garantías y controles a cambio de perder sus privilegios...; en consecuencia, el sometimiento al ordenamiento privado no va a hacer decaer ni perder vigor a determinados principios reguladores de la selección de personal"⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ STCo 269/1993, de 20 de septiembre. En el mismo sentido, STS, Cont-Admtivo, 17 febrero 2003 (JUR 2112) y SSTSJ, Cont-Admtivo, Castilla-La Mancha 8 febrero 2003 (JUR 112258), Andalucía/Sevilla 14 febrero 2003 (JUR 911) ó Castilla-La Mancha 5 julio 2004 (JUR 197086).

⁵⁰⁶ ROJO TORRECILLA, E.: "La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, pág. 87.

⁵⁰⁷ STCo 83/2000, de 27 de marzo. En la doctrina científica, SANCHEZ ICART, J.: "Contratación laboral por la Administración Pública: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1994, pág. 36.

⁵⁰⁸ SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, 1989, pág. 26.

⁵⁰⁹ DEL SAZ CORDERO, S.: "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional", en CHINCHILLA MARIN, C.; LOZANO, B. y DEL SAZ

Por tales motivos, resulta preciso aplicar los arts. 23.2 y 103.3 CE también en el caso de los trabajadores, para así evitar que el principio de igualdad quede reducido a la nada, vedando a la Administración "no sólo contratar libre o discrecionalmente los servicios de quien considere más conveniente, sino obligándola a hacerlo respecto de aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas, requeridas para el desempeño de las tareas predichas cuando le hagan acreedor de contraer tal vínculo"⁵¹⁰. Es menester "velar, en última instancia, por la neutralidad, evitando patronazgos políticos, corporativos, familiares o sociales"⁵¹¹ (trasunto fiel de los paradigmas básicos tantas veces mentados⁵¹²); también evitar esa impresión general de "la ausencia de competencia y de lealtad institucional, la preocupante disfuncionalidad, el consecuente desprestigio social y la creencia común en la población de no bastar para ingresar con poseer sólo los méritos necesarios"⁵¹³.

Bajo tales premisas, ya la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), hizo suyos los principios constitucionales de los arts. 23.2 y 103, pretendiendo unificar a estos efectos la selección de funcionarios y laborales. El legislador, consciente de los intereses y problemas presentes, abordó, por tanto, la cuestión con la "originalidad" en su planteamiento de que los preceptos dedicados a la materia abarcaban a todos, poniendo el acento, en ambos casos, en un mismo fin: la identificación creciente entre el tipo de pruebas efectuadas y las tareas a desempeñar⁵¹⁴. Decantó su criterio,

CORDERO, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, pág. 173.

⁵¹⁰ STCo 282/1983, de 27 de septiembre, siguiendo el pronunciamiento de la STCo 181/1991, de 18 de julio.

⁵¹¹ Por todos, ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, cit., pág. 193.

⁵¹² LANDA ZAPIRAIN, J.P., *et alii*: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1993, pág. 30 y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público", *Documentación Administrativa*, núms. 210-211, 1987, pág. 229.

⁵¹³ MARTINEZ MARIN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, Madrid, 1999, pág. 51.

⁵¹⁴ ALVAREZ RICO, M. y GONZALEZ-HABA GUIADO, V.M^a.: *Administración y función pública en España*, Madrid, 1992, pág. 383.

pues, por una uniformidad de arranque, sin distinguir de partida entre las especies⁵¹⁵, "funcionarizando" para ello el régimen jurídico de los trabajadores al extender un sustrato básico común; el reclamo de convocatoria pública a través de oposición o concurso-oposición, en los cuales se garantizaran los principios constitucionales (art. 19 LMRFP)⁵¹⁶, lo que constituía --y constituye-- una traslación de la doctrina de los actos separables al ámbito de la contratación laboral por la Administración pública⁵¹⁷. Partiendo de la anteriormente mencionada "normalización del personal laboral", pretendió diseñar un modelo compartido con el propósito de desterrar el margen de discrecionalidad apreciado --y acusado-- sistemáticamente en su proceso selectivo⁵¹⁸.

Como ha reconocido la doctrina jurisdiccional en numerosas ocasiones, este precepto (entonces vigente) resultaba aplicable a todas las Administraciones y a todos sus empleados, incorporando un mandato cuyo carácter imperativo no cabía desconocer⁵¹⁹, con la consecuencia añadida de que en la fase de reclutamiento debía prevalecer la posición de poder público frente al envés de la condición de empleador-patrón⁵²⁰.

Bajo esta misma perspectiva, el actual art. 55.2 EBEP se esfuerza en dejar claro que las "Administraciones públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que

⁵¹⁵ Por extenso, especialmente sugerente la exposición de CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, págs. 187 y ss.

⁵¹⁶ AGRA VIFORCOS, B.: "La homogeneización del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración. Aspectos de Derecho individual", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 304.

⁵¹⁷ QUINTANA LOPEZ, T. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 13, 2001, págs. 9 y ss.

⁵¹⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, cit., pág. 46.

⁵¹⁹ Dada su claridad, STS, Social, 30 marzo 1999 (Ar. 3775); en igual sentido, STSJ, Social, Valencia 10 julio 2001 (Ar. 1682).

⁵²⁰ MOLINA GARCIA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, pág. 23.

se garanticen los principios constitucionales” tantas veces citados. El interés general, llamado a presidir la actuación de conformidad con el principio de eficacia, impide --se repite-- al empresario público reclutar discrecionalmente a quien más le convenga, al margen de los parámetros de mérito y capacidad, debiendo hacerlo obligatoriamente con el más capaz para el puesto a desempeñar atendidos determinados criterios objetivos. Es más, los principios de mérito y capacidad no sólo son aplicables para la selección de personal funcionario o laboral en todas las Administraciones públicas, sino también, de un lado, en las Entidades y organismos a que se refiere el art. 2 EBEP (Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y Universidades públicas) y, de otro, en las Entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el art. 2 EBEP (fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad) por mandato expreso de la disposición adicional primera EBEP⁵²¹.

Ahora bien, el postulado de la estricta igualdad en el acceso a todos los puestos públicos (funcionariales y laborales), tan claro desde el punto de vista teórico, va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen laboral se trata⁵²², configurándose la huida hacia el Derecho Privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales, sobre todo en los supuestos de empleo temporal donde la necesidad de acortar los plazos máximos sirve de pretexto para contravenir los tantas veces mencionados arts. 23.2 y 103.3 CE. Con ser grave lo anterior, la vulneración de los principios de mérito y capacidad todavía es más

⁵²¹ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la Función Pública*, 5ª edición, Madrid, 2008, pág. 141.

⁵²² RAMOS MORAGUES, F.: “Los principios rectores del acceso al empleo público”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 710.

flagrante cuando la Administración decide acudir a fórmulas indirectas de prestación de servicios públicos, donde el empresario, adjudicatario del contrato administrativo, puede elegir y contratar libremente sin condicionante alguno. Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina afirmar que en la actualidad “se aceptan y potencian los instrumentos ya existentes para eludir la aplicación del mérito y la capacidad en toda su intensidad”⁵²³, colocando a dichos postulados en una situación de crisis sin precedentes⁵²⁴.

3.- El reclutamiento de personal laboral como expediente al servicio del clientelismo

Como ya consta, lo que la CE pretende es que ingresen en el empleo público, mediante los procedimientos selectivos correspondientes, quienes, de entre los candidatos, reúnan mayores méritos y capacidad, sancionando cualquier otro resultado como contrario al principio y derecho fundamental a la igualdad jurídica. Sin embargo, sobre el sistema de acceso al empleo público laboral gravita el riesgo del clientelismo político o sindical, de endogamias corporativas o académicas, de nepotismo y de otras formas de favoritismo y discriminación, con violación de los parámetros constitucionales. Es más, este problema se ha agravado a medida en que aumenta la tasa de temporalidad en las Administraciones públicas, ya que la selección de este tipo de personal es mucho más dúctil que la de los trabajadores estables, y, muchas veces, es utilizada, además, de forma irregular⁵²⁵. De ahí que el Informe de la Comisión de Estudio y

⁵²³ PEREZ GOMEZ, J.M.: “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 491.

⁵²⁴ PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*, Madrid, 2007, pág. 136.

⁵²⁵ SANCHEZ MORON, M.: “El acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 397 ó QUINTANA LÓPEZ,

Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público haya señalado como una de las características fundamentales del empleo público laboral de duración determinada “la relajación en dicho régimen de los principios constitucionales de mérito y capacidad”.

Buena muestra de lo anterior puede encontrarse en el siguiente dato: el art. 61.6 EBEP se encarga de aclarar que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición y, sólo excepcionalmente, en virtud de ley, podrá acudir al sistema de concurso, el cual consistirá únicamente en la valoración de méritos; sin embargo, el art. 61.7 es claro al señalar que los sistemas de selección del personal laboral fijo serán la oposición, el concurso-oposición o el concurso de valoración de méritos, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos en cuanto al personal estable y dejando total libertad –lo que es aún más preocupante-- por lo que hace al personal contratado a término⁵²⁶.

3.1.- Posibilidades

Partiendo de que el colectivo de personal al servicio de las Administraciones Públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), procede ahora centrar la atención en los segundos para señalar que tal y como se encarga de aclarar el art. 11.2 EBEP, no pueden ocupar todo tipo de puestos de trabajo, pues aun cuando --según ya consta-- el ordenamiento jurídico español viene posibilitando que las Administraciones cubran sus necesidades de mano de obra tanto mediante funcionarios cuanto con empleados sometidos al régimen jurídico previsto en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto

T.: “El principio de igualdad en el acceso al empleo público de régimen laboral”, en AA.VV.: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Doctor Lorenzo Martín-Retortillo*, Madrid, 2008, págs. 1235 y ss.

⁵²⁶ AGUILAR MARTIN, M.C.: “La relación laboral temporal del empleado público”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 392.

refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), la opción constitucional por los empleados públicos en régimen funcional (arts. 103.3 y 149.1.18ª CE) conduce –como lógica consecuencia-- a que deba ser la Ley la encargada de determinar los casos y condiciones bajo las cuales pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio que nunca pueden afectar al ejercicio del *ius imperium* por parte de los Entes públicos.

Bajo tal premisa --y como antecedente--, la Ley 23/1998, de 28 de julio, modificando la LMRFP, aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional⁵²⁷, a partir de la cual el modelo ha de descansar sobre el régimen funcional, y procedió a enumerar (con una grave falta de sistemática) los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios⁵²⁸: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero (art. 15)⁵²⁹.

Pese a tan limitado tenor legal, la contratación de personal laboral en el marco de la actividad desarrollada por la Administración

⁵²⁷STCo 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la Ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

⁵²⁸SAINZ MORENO, F.: "El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988", *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, págs. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Cont-Admtivo, 11 octubre 2005 (RJ 7268).

⁵²⁹IZQUIERDO HERNANDEZ, F.J. y MOLINA GARCIA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 13 y ss.

pública se ha convertido, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual; lejos de ser excepcional, aparece plenamente normalizada hasta en su importancia numérica, sin que la reacción legal haya bastado para contenerla⁵³⁰. Por tales razones, el art. 11.2 EBEP, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende ahora reservar a los funcionarios "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca", utilizando una fórmula que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional.

Ahora bien, el propio EBEP deslegitima la frontera propuesta entre lo laboral y lo funcionarial por dos motivos fundamentales: primero, porque el art. 9.2 remite dicha delimitación, que es básica, a cuanto determinen las leyes estatales y autonómicas de desarrollo, de modo que los linderos pueden variar de manera notable entre unas y otras Administraciones públicas; segundo, porque permite en la disposición adicional quinta que las más importantes y trascendentes funciones del Estado, las de los órganos reguladores de la economía, estén en manos de contratados laborales. Es más, esta legislación general no puede imponer, sino sólo permitir, la atribución de determinadas funciones o puestos de trabajo al personal contratado. Es la propia Administración, a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (art. 74 EBEP), la que debe decidir en cada caso el régimen aplicable⁵³¹.

Todo ello contribuirá a que las Administraciones públicas "puedan seguir utilizado sin ningún tipo de cortapisas todas las fórmulas existentes de contratación laboral para satisfacer las necesidades de los servicios, facilitando el nepotismo en los nombramientos de tales empleados públicos y la marginación de las oposiciones como sistema

⁵³⁰MOLINA GARCIA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, pág. 19.

⁵³¹STSJ, Social, Castilla-La Mancha 4 abril 2005 (AS 720).

selectivo de mayor rigor"⁵³², utilizando fórmulas de reclutamiento “descafeinadas” permitidas por el EBEP, muchas veces incompatibles con los tantas veces mencionados principios de mérito y capacidad⁵³³.

3.2.- La importancia cuantitativa de este tipo de mano de obra

Tradicionalmente se ha defendido que han de ser los funcionarios quienes presten de manera exclusiva su actividad profesional a la Administración, no en vano ésta tiene como fin satisfacer un servicio público de forma permanente, siendo el régimen funcional el elegido para gestionar cuantos asuntos defienden el interés general. Para cubrir sus necesidades de personal, los Entes públicos deben optar, así, por el reclutamiento de funcionarios de carrera (aquellos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente –art. 9 EBEP--), interinos (los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera –art. 10 EBEP-- o eventuales (quienes, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realizan funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial – art. 12 EBEP--)⁵³⁴.

⁵³² PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 87.

⁵³³ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Sevilla, 2006, págs. 81 y ss.

⁵³⁴ LUQUE PEREZ, A.: “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, págs. 257 y ss.

Ahora bien, además de esta vía primera y principal, la contratación ajustada al Derecho Social es hoy también un fenómeno consolidado e indiscutible en este ámbito; es más, parece que el modelo-tipo está perdiendo la batalla contra una evidente "laboralización"⁵³⁵. Las cifras son elocuentes a este respecto: los trabajadores representan ya la cuarta parte de quienes atienden este menester; en sólo veinte años, en la Administración estatal se ha duplicado su cuantía, mientras que en alguna de las Comunidades Autónomas doblan sobradamente en número a los funcionarios de carrera de esa misma entidad territorial⁵³⁶. Ha lugar, en consecuencia, a una yuxtaposición del régimen público y del privado, del funcionariado y del personal laboral, apostando, en realidad, por una dualidad de cauces jurídicos⁵³⁷.

Admitida, pues, la posibilidad de que parte de las relaciones de empleo establecidas entre las Administraciones públicas y el personal por cuenta y bajo la dependencia de aquéllas sean reguladas por la normativa laboral, inmediatamente surge la duda de si éste se aplica plenamente o si, por el contrario, existen, desde el punto de vista constitucional, principios capaces de condicionar su aplicación, matizándola o modulándola. Con carácter general, la más reciente jurisprudencia ha proclamado que cuando la Administración actúe como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse en su nacimiento, y en el desarrollo de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación⁵³⁸. Ahora bien, las peculiaridades derivadas de su carácter público plantean importantes disfuncionalidades a la hora de aplicar la regla, no en vano

⁵³⁵FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 127.

⁵³⁶DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, pág. 7.

⁵³⁷LOPEZ GOMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Madrid, 1995, pág. 158.

⁵³⁸Por todas, SSTs, Social, 10 marzo 1999 (Ar. 2124) y 11 noviembre 2004 (RJ 7622).

se trata de un empleador sometido al Derecho del Trabajo en cuanto tal, pero también al Derecho Administrativo por mor de su naturaleza⁵³⁹.

La tensión entre estos dos complejos normativos (cada uno de ellos con principios y finalidades distintas, aun cuando cada vez menos, dado el evidente "mimetismo" en sus categorías por cuanto a la gestión de recursos humanos hace)⁵⁴⁰ será patente en todos los momentos de la relación laboral, pero, sobre todo, en el de inicio, lo cual no ha dejado de plantear problemas de difícil solución que han aconsejado una oportuna intervención normativa de la mano del art. 11 EBEP.

Así, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del art. 11.1 EBEP, el personal laboral es aquel que, en virtud de la celebración de cualquier modalidad de contrato de trabajo (y, por tanto, cumpliendo los presupuestos de laboralidad del art. 1.1 ET), presta servicios retribuidos en las Administraciones públicas. El EBEP faculta, así, a la Administración para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en el ET, tanto por tiempo indefinido (común u ordinario, para fomento del empleo o fijo discontinuo) como singularmente temporales: alguno de los siete tipos admitidos por la ley laboral, clasificados en los grupos de contratos formativos (para la formación o en prácticas), estructurales (obra o servicio determinado, eventual o interino) y coyunturales (de relevo y para la sustitución de trabajadores de sesenta y cuatro años)⁵⁴¹. Como regla general, el acceso al empleo público, por cualquiera de los cauces transcritos, ha de tener lugar, además, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1 EBEP), secuela de los cuales son otros seis ya conocidos (art.

⁵³⁹SALA FRANCO, T.: "Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 32.

⁵⁴⁰CAVAS MARTINEZ, F.: "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", *Aranzadi Social*, 2005, T. V, págs. 381 y ss.

⁵⁴¹DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 14, 2007, pág. 4. En la doctrina judicial, STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 23 enero 2002 (AS 3682).

55.2 EBEP): publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Ahora bien, estos parámetros resultan exigibles, desde el tenor legal, en el nacimiento de las relaciones laborales fijas o de plantilla, pero no necesariamente en las restantes. Muchas veces "la búsqueda de la eficacia que la contratación *a termino* proporciona ha servido de simple excusa para relajar el cumplimiento de la legalidad y la contratación de temporales ha sido un expediente al servicio del clientelismo, a falta de suficientes garantías de objetividad"⁵⁴².

Es más, aun cuando las fórmulas contractuales laborales han planteado numerosos problemas de aplicación práctica no sólo a los empresarios privados, sino también a los públicos, la vigencia de los principios constitucionales contenidos en el art. 103.3 CE y la necesidad de servir con objetividad a los intereses generales han acentuado dicha conflictividad⁵⁴³, no en vano la causalidad o tasación legal de los supuestos habilitantes debe suponer la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la Administración no puede obviar y que el EBEP se encarga de remarcar, exigiendo un ajuste causal entre el caso legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido por la Administración, sin ser de recibo usar un molde determinado para un supuesto de hecho ajeno al mismo.

3.3.- Contratación irregular: evolución jurisprudencial

La facultad de acudir a las vías de contratación laboral temporal, utilizada de forma arbitraria, descontrolada y abusiva por parte de las Administraciones públicas, está en el origen de grandes problemas

⁵⁴²CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, pág. 53.

⁵⁴³PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, pág. 214.

capaces de requerir la constante intervención de los Tribunales, habida cuenta que, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los principios constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del infractor⁵⁴⁴.

La solución no es fácil, y así lo muestra una evolución jurisprudencial a la que seguidamente se hará referencia, la cual, como da cuenta la doctrina⁵⁴⁵, tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige y, en cualquier caso, adopta decisiones capaces de dejar siempre insatisfechos determinados intereses legítimos en presencia. De este modo y al menos en ocasiones, afirma la primacía de los principios constitucionales sobre la presunción de estabilidad⁵⁴⁶, para defender, en otras, la aplicabilidad del ordenamiento laboral⁵⁴⁷, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales por irregularidades no formales, sino de cierta entidad), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas

⁵⁴⁴RIVERO LAMAS, J.: "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 30 y ss.

⁵⁴⁵FOLGUERA CRESPO, J.: "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad Laboral*, 1992, T. II, págs. 337 y ss. ó MARTIN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)", *Relaciones Laborales*, 1990, T.I, págs. 20 y ss.

⁵⁴⁶Entre muchas, SSTs, Social, 21 diciembre 1984 (Ar. 6719), 8 abril y 20 octubre 1986 (Ar. 575 y 1598), 15 enero, 11 marzo, 29 septiembre, 5 y 27 octubre y 11 diciembre 1987 (Ar. 34, 1385, 6491, 6815, 7203 y 9451), 8 y 28 noviembre 1988 (Ar. 8821 y 8900) ó 7 marzo y 15 junio 1989 (Ar. 1802 y 4587).

⁵⁴⁷STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516).

precisas para la cobertura definitiva de la plaza, causa lícita de extinción del contrato⁵⁴⁸.

3.3.1.- Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo

En un primer momento, parecen primar (no sin excepciones, conviene advertir) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo inherente a las normas de Derecho del Trabajo, con lo cual el art. 15.3 ET (presunción de indefinición contractual) no sería de aplicación en el marco de las contrataciones temporales fraudulentas llevadas a cabo por las Administraciones, pues lo impedirían los parámetros incorporados a la Norma Fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de los empleos públicos, recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en relación con el entonces vigente art. 19 LMRFP. Las desviaciones cometidas al respecto suponen meras irregularidades administrativas, que no permiten modificar la naturaleza de la relación, ni determinar la adquisición, con carácter indefinido, del puesto ocupado⁵⁴⁹.

Esta tesis de partida pronto adquiere matices interesantes al abordar la extinción del vínculo temporal anómalamente concertado. La regla general sigue siendo que el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede llevar aparejada nunca la opción por la readmisión, restando únicamente la posibilidad de indemnizar al "damnificado", pues de lo contrario se perpetuaría una relación nacida "*contra natura*" y, a la postre, contra la Constitución⁵⁵⁰. Pero no dejan de aparecer

⁵⁴⁸STS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁵⁴⁹SSTS, Social, 19 octubre y 16 diciembre 1985 (Ar. 4697 y 6117) ó 29 mayo 1986 (Ar. 2746).

⁵⁵⁰FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre*

pronunciamientos que consideran tal interpretación "irrespetuosa" con otros principios "igualmente constitucionales, como el de tutela judicial efectiva --art. 24.1--, así como con el de igualdad ante la Ley --art. 14--, toda vez que de seguir el razonamiento judicial *supra* expuesto recibirían distinto trato los trabajadores de la Administración pública que quienes trabajaran para particulares"⁵⁵¹. La diferencia, en este caso, vendría justificada, no obstante, por la presencia de tan singular empresario, capaz de convertir el diverso tratamiento no sólo en "no-discriminatorio", sino en justo, al venir exigido por el propio art. 14 CE⁵⁵².

3.3.2.- Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados

Pronto aparece consolidada una nueva tesis, con *vis expansiva* indudable (e "inspirada netamente en principios laborales"), conforme a la cual parece oportuno rectificar la regla general en el supuesto de "incumplimientos especialmente cualificados"⁵⁵³, por entender que, en tal caso, los contratos entre la Administración y un trabajador por cuenta ajena no pueden ser considerados meros pactos anómalos, sino acuerdos en los cuales las transgresiones al Derecho alcanzan una entidad tal como para merecer la sanción máxima para el empleador de ver convertida tal relación en indefinida, y el beneficio supremo para el empleado de alcanzar la estabilidad⁵⁵⁴. De esta forma, mientras las

la laborización de algunos de los núcleos duros de la función pública), Santiago de Compostela, 2003, pág. 255.

⁵⁵¹ATCo 848/1988, de 4 de julio.

⁵⁵²ATCo 697/1988, de 6 de junio.

⁵⁵³Una completa síntesis de tal perspectiva, por todas, en la STS, Social, 18 julio 1990 (Ar. 6424).

⁵⁵⁴ En tal sentido, entre muchas, SSTS, Social, 7 mayo 1985 (Ar. 1059), 2 mayo y 9 abril 1987 (Ar. 1305 y 2386), 7 marzo, 7 mayo, 4 julio, 13 septiembre y 11 octubre 1988 (Ar. 1790, 1854, 5745, 6616 y 7477), 7 junio y 28 noviembre 1989 (Ar. 4547 y 8272), 2 marzo 1990 (Ar. 1750), 18 marzo 1991 (Ar. 1875), 7 octubre 1996 (Ar. 7492), 14 marzo 1997 (Ar. 2474) ó 20 enero 1998 (Ar. 317).

irregularidades formales en la materia no provocan la transformación de temporal en indefinido, primando, por tanto, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, los incumplimientos especialmente cualificados sí lo hacen⁵⁵⁵.

Como es lógico, los conceptos "especialmente cualificado" e "irregularidades no significativas" ("términos abstractos" aplicables a un elenco ingente de supuestos) dieron pábulo a una polémica de inacabable jurisprudencia sobre lo que por tal debía entender o no. Así, entre los principales incumplimientos leves, venían siendo citados la superación no importante de los plazos máximos de contratación temporal permitidos legalmente⁵⁵⁶, la no materialización del vínculo en modelo oficial⁵⁵⁷, su formalización tardía por escrito⁵⁵⁸ (también cuando tales circunstancias afectaran a las prórrogas)⁵⁵⁹ o la suscripción de una modalidad cuando debería haberse utilizado otra (siempre y cuando, exigida, sí concurra la causa de la temporalidad)⁵⁶⁰. Por contra, procedía considerar graves (atendiendo tanto a la entidad misma de la infracción cuanto a la posible presencia de un elemento intencional ordenado a eludir la aplicación de las garantías legales en este ámbito) las siguientes irregularidades⁵⁶¹: la contratación temporal de un trabajador para desarrollar actividades coincidentes con las funciones normales y habituales de un organismo público⁵⁶², la utilización del tipo eventual para cubrir necesidades permanentes si bien cíclicas⁵⁶³, la omisión de la forma escrita del contrato⁵⁶⁴, la abierta superación de los plazos máximos

⁵⁵⁵SSTS, Social, 12 septiembre 1988 (Ar. 6874), 27 noviembre 1989 (Ar. 8262), 7 febrero y 18 julio 1990 (Ar. 838 y 6424), 7 y 23 octubre 1992 (Ar. 7621 y 7676), 27 octubre y 18 julio 1994 (Ar. 8532 y 7055) y 28 noviembre 1995 (Ar. 8767).

⁵⁵⁶STSJ, Social, Extremadura 31 mayo 1994 (Ar. 1955).

⁵⁵⁷STS, Social, 13 diciembre 1987 (Ar. 8901).

⁵⁵⁸STS, Social, 28 noviembre 1988 (Ar. 8901).

⁵⁵⁹STS, Social, 24 abril y 4 junio 1986 (Ar. 2244 y 3464).

⁵⁶⁰STS, Social, 31 julio y 7 noviembre 1995 (Ar. 6926 y 8673) ó 4 mayo y 12 junio 1998 (Ar. 4089 y 5203).

⁵⁶¹STS, Social, 26 octubre 1992 (Ar. 7842).

⁵⁶²SSTS, Social, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 1875 y 3931) ó 27 enero y 6 mayo 1992 (Ar. 75 y 3577).

⁵⁶³STS, Social, 18 diciembre 1991 (Ar. 9081).

⁵⁶⁴STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 26 febrero 1999 (Ar. 872).

de duración autorizada para la respectiva modalidad⁵⁶⁵, el hecho de no denunciar el cumplimiento del término⁵⁶⁶ o, por no seguir, la falta de capacidad para formalizar el contrato para el fomento del empleo⁵⁶⁷.

En estos casos flagrantes, la jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar la sanción laboral correspondiente: la transformación del contrato temporal en indefinido⁵⁶⁸, evitando el filtro de la selección previa de quien accedía en términos laborales a la condición de fijo, dando plena validez a la conocida expresión "nada hay más fijo en la Administración que lo temporal"⁵⁶⁹. Lo verdaderamente dificultoso era --según consta-- encontrar un criterio cierto para trazar la línea divisoria entre las meras anomalías no determinantes de consecuencias tan drásticas y aquellas otras "especialmente cualificadas", configuradoras del efecto trascendente descrito⁵⁷⁰. En consecuencia, la inseguridad quedaba servida, pues no sería el tipo de irregularidad, sino su grado e intensidad, lo que permitiría diferenciar entre los incumplimientos especiales y cualificados de aquellos otros no considerados como tales; de modo tal que una misma inobservancia de la normativa sobre contratación temporal podría conducir a la transformación o no a partir de su entidad⁵⁷¹.

⁵⁶⁵STS, Social, 11 mayo 1997 (Ar. 2312).

⁵⁶⁶STSJ, Social, Madrid 10 junio 1999 (Ar. 1968).

⁵⁶⁷STS, Social, 18 julio 1989 (Ar. 5873).

⁵⁶⁸BARREIRO GONZALEZ, G.: "Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2000, pág. 39.

⁵⁶⁹Recordada por MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, 2001, pág. 179.

⁵⁷⁰CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2004, pág. 120.

⁵⁷¹GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1986, pág. 219.

3.3.3.- Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo

Quedaba abonado el terreno para, en un tercer momento, dar el salto de calidad (más que de "cambio de doctrina" cabe aludir a una "ordenación y sistematización de la precedente"⁵⁷², transformando la regla especial en general) y anteponer el principio constitucional de tutela judicial efectiva a los de mérito y capacidad. El paso decisivo lo lleva a cabo el Tribunal Supremo cuando establece --y sostiene en el tiempo⁵⁷³, sumándose al principio de igualdad de efectos entre Administración y empresario privado en esta materia-- que la previsión normativa sobre acceso debe quedar ceñida "al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento", razón por la cual aquella previsión específica [el entonces art. 19 LMRFP] "no puede entenderse en el sentido de que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral, el cual habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación que de él dimana ajustadamente a la normativa aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso"; y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben "tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... Cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión

⁵⁷²CARRATALA TERUEL, J.L. y LABADO SANTIAGO, J.M^a.: "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, núm. 13, 1993, págs. 71 y ss.

⁵⁷³SSTS, Social, 11 febrero, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 822, 1875 y 3931), 27 enero, 6 y 19 mayo, 20 y 27 julio y 26 octubre 1992 (Ar. 508, 3679, 3577, 5635, 5663 y 7842), 22 septiembre 1993 (Ar. 7111) ó 12 julio 1994 (Ar. 5714).

regular, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la ley y al Derecho, por excepción, tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de vínculos temporales implica un juicio permanente y favorable a la existencia de mérito y capacidad capaz de suplir la falta de pruebas selectivas"⁵⁷⁴.

Ahora bien, el Alto Tribunal añade: "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo"⁵⁷⁵. De este modo, aparece una extraña diferencia entre fijos al servicio de la Administración, los que han superado las oportunas pruebas de selección, y por tiempo indefinido, quienes sin superar aquéllas hayan accedido a la condición de empleados públicos por irregularidades en la contratación⁵⁷⁶.

3.3.4.- Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente

Como no podía ser menos, esta discutible tesis alcanzada en unificación de doctrina quedó abierta a las más duras de las críticas, no tardando en surgir una nueva doctrina de la Sala de lo Social del

⁵⁷⁴STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (Ar. 865 y 6684).

⁵⁷⁵SSTS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁵⁷⁶STS, Social, 27 marzo 1998 (Ar. 3159).

Tribunal Supremo, la cual, al tratar de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente⁵⁷⁷, lo cual no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado⁵⁷⁸. La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter queda referida objetivamente al vínculo, no al empleado en sí mismo considerado⁵⁷⁹.

En consecuencia, las anomalías en este ámbito no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcional, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptivamente sometida a los principios de igualdad, mérito y publicidad⁵⁸⁰. La primacía del Derecho Administrativo es --según esta doctrina jurisdiccional-- una exigencia derivada de los mencionados parámetros constitucionales, de forma que el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente⁵⁸¹. Por tanto, el art. 15.3 ET pasa a ser aplicado con

⁵⁷⁷STS, Social, 20 enero 1998 (Ar. 1000).

⁵⁷⁸SSTS, Social, 27 marzo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 7875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147) y 6 mayo y 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 5765 y 2003, 8956).

⁵⁷⁹SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003, pág. 114.

⁵⁸⁰FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003, pág. 258.

⁵⁸¹SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec.

matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la defectuosa terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido; antes al contrario, se prolonga hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una provisionalidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla. Esta operación jurídica provoca una novación del negocio ilícito en un contrato lícito de interinidad por cobertura de vacante, habida cuenta que el proceso de selección o promoción exigido en esta modalidad de contratación se inicia, de suyo, con la declaración judicial de irregularidad. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior⁵⁸², bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁵⁸³, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

3.3.5.- La solución de compromiso de los “trabajadores temporalmente indefinidos”

3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634), 9 octubre y 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 119 y 7654) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2004, 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 2004, 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 2005, 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 2006, 1352), Castilla y León (Valladolid) 10 septiembre 2008 (AS 2736), Madrid 11 febrero 2009 (As 2009, 898) y Cantabria 18 marzo 2009 (JUR 2009, 207652).

⁵⁸²SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁵⁸³LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP, en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de ley se contempla formalmente esa triple clasificación⁵⁸⁴. De este modo, las irregularidades y fraudes en la contratación laboral en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. Se trata, no obstante, de una categoría contradictoria en sus propios términos, que se intenta asimilar, sin conseguirlo, a una forma de relación temporal⁵⁸⁵, pues aun cuando esta doctrina judicial (y ahora también el legislador) pretende ofrecer una equilibrada aplicación de la normativa social, logrando la cohabitación, por un lado, del interés del empleado en un resarcimiento aun cuando se haga bajo la forma de sanción y, por otro, del general en la consolidación de plazas públicas a través de pruebas capaces de demostrar mérito y capacidad, en la realidad queda supeditada al desarrollo de un comportamiento correcto y responsable por parte del organismo público (por tanto, una condición implícita y no sólo un término), el cual debe cubrir o amortizar, en plazo, la vacante ocupada provisionalmente de manera anómala, lo que --como es de sobra conocido-- en raras ocasiones tiene lugar.

De no ocurrir tal, "el trabajador podría terminar su vida laboral desarrollando las mismas tareas a las cuales se incorporó y sin respetar los principios de mérito y capacidad, perpetuándose *sine die* en un puesto público"⁵⁸⁶. Es necesario, pues, un desarrollo normativo capaz de

⁵⁸⁴DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

⁵⁸⁵VALVERDE ASECIO, A.J.: "La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública", *Temas Laborales*, núm. 86, 2006, pág. 219 ó SALA FRANCO, T.: "El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público", en AA.VV (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 122.

⁵⁸⁶NICOLAS BERNAD, J.A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Granada, 2004, pág. 56.

determinar con claridad las consecuencias jurídicas en este supuesto, en el sentido de consagrar la novación del contrato irregular temporal en otro lícito de interinidad por cobertura de vacante, pero previo establecimiento de términos finales expresos y contundentes para evitar un uso desviado por parte de los Entes públicos. Es más y siguiendo con este razonamiento, sería conveniente que la legislación de desarrollo recogiera una indemnización para estos supuestos a través de la cual compensar al trabajador que actuara de buena fe, de forma que, lejos de fomentarse la gratuidad del *fraus legis* para las Administraciones públicas, se adoptara una finalidad disuasoria de dichas prácticas. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del titular del órgano administrativo correspondiente⁵⁸⁷.

A estos efectos, cabe recordar que aun cuando el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos⁵⁸⁸, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades⁵⁸⁹. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que

⁵⁸⁷MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004, pág. 32.

⁵⁸⁸ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

⁵⁸⁹ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal⁵⁹⁰.

Cuatro alternativas se abren a tales efectos⁵⁹¹:

1.- Aplicar la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET para los supuestos de extinción de los contratos de duración determinada correspondiendo una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad resultante de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica de aplicación o la prevista como mejora en la negociación colectiva. Ahora bien, semejante solución presenta una traba fundamental cuya superación no resulta sencilla, no en vano en la generalidad de los casos el trabajador habrá ganado su condición de indefinido tras la extinción de su contrato temporal y la correspondiente reclamación contra la misma frente a los Tribunales de lo Social, con lo cual es altamente probable que haya recibido ya la compensación prevista en el precepto citado.

2.- Considerar la situación dentro del marco de actuación del artículo 52. c) ET, concurriendo una causa de despido objetivo ante la necesidad acreditada de amortizar un puesto de trabajo dentro de la Administración, el cual puede ser utilizado perfectamente por la misma cuando existan razones organizativas o de ordenación eficaz de personal que así lo justifican, ascendiendo la indemnización a veinte días de salario por año de servicio. Ahora bien, esta posibilidad puede resultar de no fácil aplicación en la práctica en tanto la Administración

⁵⁹⁰ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos” y NICOLAS BERNARD, J.A.: “La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija”, ambos en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 529 y 687, respectivamente.

⁵⁹¹ LAHERA FORTEZA, J.: “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2007, pág. 41 ó SANTOS FERNANDEZ, M.D.: “La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, págs. 158 y ss.

va a encontrar dificultades para alegar una causa económica, técnica, organizativa o de producción como exige el precepto, al tratarse de una situación por ella misma provocada.

3.- Dejar en manos de los interlocutores sociales la posibilidad de pactar la indemnización a percibir por el empleado indefinido en caso de extinción de su contrato laboral, de manera que los convenios colectivos firmados en el marco de las Administraciones públicas habrían de incorporar cláusulas recogiendo la cuantía resarcitoria para el trabajador. Dicha solución choca, sin embargo, con una doctrina judicial bastante asentada en el ordenamiento español y que viene a emplear un criterio manifiestamente restrictivo a la hora de aplicar esta clase de mejoras paccionadas a cuantos despidos hayan sido calificados como improcedentes⁵⁹², doctrina restringida que parece inspirar también lo previsto en el art. 96.2 EBEP, en virtud del cual “procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”.

4.- En fin, el legislador podría aprovechar la ocasión en las normas de desarrollo del EBEP para regular de manera específica el tema tratado, estableciendo una indemnización igual o muy cercana en términos económicos a la prevista para el despido improcedente a cifrar en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio. Así, de un lado, quedarían satisfechos, al menos de manera parcial, los intereses del trabajador, pues la pérdida de su ocupación se vería, en parte, compensada con el montante percibido de la Administración; de otro, se incentivaría de forma indirecta el acatamiento de las prescripciones legales en materia de contratación temporal por parte de los poderes públicos⁵⁹³.

⁵⁹² Entre muchas, SSTS, Social, 12 julio 1994 (RJ 7156), 24 noviembre 1995 (RJ 8765), 20 marzo 1997 (RJ 2598) y 11 mayo 1999 (RJ 6732).

⁵⁹³ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos”, cit., pág. 532-533.

4.- La descentralización productiva en el empleo público

La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, como mecanismo tendente a favorecer la “privatización” de los servidores públicos, ha convivido con otros subterfugios capaces de sortear la aplicación de las exigencias constitucionales que pautan el acceso al empleo público, tal y como sucede con la creciente utilización de fórmulas de transferencia en la gestión de una actividad de interés general a manos privadas.

En estos casos, la externalización no acaba con un cambio en la forma jurídica mediante la cual la Administración actúa en el mercado, sometiendo sus relaciones con terceros al Derecho Civil y Mercantil a través de una empresa interpuesta con la que suscribe el pertinente contrato administrativo, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la denominada “laboralización” de los recursos humanos, subsanando los problemas de productividad medidos en términos de eficacia tras quedar aminorado el contingente de funcionarios⁵⁹⁴. Y es que quienes prestan su esfuerzo productivo a favor del nuevo empleador que asume la gestión del servicio público van a tener la condición de trabajadores, reclutados bajo el parámetro de la libertad de empresa propio del Derecho Laboral⁵⁹⁵ y, como derivado de éste, el de la autonomía de la voluntad del titular de la organización productiva a la hora de contratar a quien estime conveniente (art. 38 CE).

Es más, la adhesión al fenómeno de la "descentralización productiva" por parte de la Administración no impide que, a su vez, las empresas adjudicatarias traspasen total o parcialmente la actividad

⁵⁹⁴ BAÑO LEON, J.M.: “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa”, en AA.VV (ORTS BERENGUER, E., Dir.): *Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, págs. 12 y ss.

⁵⁹⁵ ESCUIN PALOP, V.M.: *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1984, pág. 162.

pública asumida a favor de otros empresarios. De esta manera, la cesión o subcontratación de las contrataciones o concesiones administrativas por parte de sus titulares iniciales va a plantear idénticos riesgos para los trabajadores de las empresas auxiliares involucradas en la prestación del servicio público que los existentes en los supuestos de transmisión y subcontratación entre empresarios privados, agravados, no obstante, por la necesidad de garantizar, por encima de todo, la continuidad en la prestación de dicho servicio en beneficio de los usuarios. El *fraus legis* no es la práctica habitual en la actuación de la Administración, que se esfuerza --a través de unos mecanismos de garantía previstos en la Ley-- en buscar al adjudicatario más idóneo para la prestación de la actividad pública, si bien no cabe descartar adjudicaciones a empresas no demasiado solventes, que, con posterioridad, proceden a efectuar cesiones encubiertas y abusos en la externalización de parcelas inherentes a la explotación de la concesión, capaces de poner en peligro o de traducirse en incumplimientos de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social⁵⁹⁶.

4.1.- La novación subjetiva del adjudicatario del contrato administrativo

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las

⁵⁹⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 22 y ss.

condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, pues "a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación"⁵⁹⁷.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contrata y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. En muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercero puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público.

Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento o autorización por parte de la Administración, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario. Es más, dicha alteración de la identidad de este sujeto va a poner de manifiesto una acusada distorsión o disfuncionalidad del ordenamiento jurídico entre normas laborales y administrativas, tal y como seguidamente se va a tratar de explicar.

4.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa⁵⁹⁸,

⁵⁹⁷MESTRE DELGADO, J.F.: "Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión", en AA.VV (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2ª edición, Madrid, 2003, pág. 1492.

⁵⁹⁸ REBOLLO RICO, A.: "Derechos y obligaciones del concesionario", en AA.VV

caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece la oportuna "subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente" (art. 209.3), siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado "expresamente y con carácter previo" la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]; b) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar [art. 209.2 c)].

De este modo, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que "ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario"⁵⁹⁹. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario⁶⁰⁰.

4.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que

(MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

⁵⁹⁹ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

⁶⁰⁰ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*⁶⁰¹.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad, una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una

⁶⁰¹ La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otras, ya clásicas, SSTS, Social, 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) ó SSTSJ, Social, País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma" (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio" (art. 44.2 ET)⁶⁰².

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial⁶⁰³, "siempre que conserven su identidad"⁶⁰⁴ y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"⁶⁰⁵, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia⁶⁰⁶.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional⁶⁰⁷, quedando excluidos supuestos de transferencia de

⁶⁰² GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

⁶⁰³ MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999, págs. 71 y 77-78.

⁶⁰⁴ SSTs, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

⁶⁰⁵ STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

⁶⁰⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

⁶⁰⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: "El problema de la identificación del concepto de 'unidad productiva autónoma' ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos

elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido⁶⁰⁸.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa⁶⁰⁹, pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad "no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET"⁶¹⁰. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva⁶¹¹. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de concesiones administrativas no hay

hermenéuticos", *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

⁶⁰⁸ BELTRAN MIRALLES, S.: "Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 694 ó RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

⁶⁰⁹ CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

⁶¹⁰ STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTS, Social, 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) ó 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

⁶¹¹ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo⁶¹². Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser --como lógica excepción-- que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable⁶¹³ (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas)⁶¹⁴.

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción"⁶¹⁵, debiendo ser asumida la plantilla por la

⁶¹² Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

⁶¹³ ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

⁶¹⁴ BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

⁶¹⁵ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados

empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra⁶¹⁶. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"⁶¹⁷.

Tal interpretación no ha sido asumida, sin embargo, por el Tribunal Supremo español, no en vano su línea mayoritaria sigue consistiendo en defender *a priori* (aun cuando con alguna matización en determinados supuestos)⁶¹⁸ cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura

Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto

Güney-Gorres y Demir. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRAN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

⁶¹⁶ Con serias dudas, SSTS, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

⁶¹⁷ MONEREO PEREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

⁶¹⁸ Significativamente, SSTS, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2687).

u organización⁶¹⁹ (si bien --en excepción ya conocida-- las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal transcrito).

Así, en palabras del Alto Tribunal, "en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores (salvo si lo impusiere el pliego de condiciones --que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario-- o se derive de normas sectoriales) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET"⁶²⁰; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva⁶²¹.

En definitiva, pese a la línea interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto

⁶¹⁹ PEDRAJAS MORENO, A.: "Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

⁶²⁰ Por todas, SSTs, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) ó ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

⁶²¹ STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

Tribunal español⁶²² considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET⁶²³.

Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo "la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad, cabe sostener la aplicación de este precepto"⁶²⁴. Con mayor

⁶²² RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral" y ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, págs. 49 y 271, respectivamente.

⁶²³ SSTS, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTS, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624), 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) ó SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando "no se trate de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales --maquinaria, herramientas y demás medios necesarios-- para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar 'la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato'", SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

⁶²⁴ STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo

detalle, "la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio"⁶²⁵.

sentido, SSTS, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) ó SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

⁶²⁵ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a asumir la posesión de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación⁶²⁶, debiendo quedar claro, además, “que no existe obligación de incorporar en su estructura al personal de la contratista cuando el objeto de la contrata es diferente y el convenio colectivo aplicable también”⁶²⁷.

Sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería harto conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad-- que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica

sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

⁶²⁶ "En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya existido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto, o en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria", STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) ó Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515).

⁶²⁷ STS, Social, 25 febrero 2009 (JUR 185958).

que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin "más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión"⁶²⁸, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁶²⁹. Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 de la LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información necesaria sobre las condiciones de los vínculos laborales a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste", en clara referencia "a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales"⁶³⁰. Se trata, pues, de "una garantía asumida por la

⁶²⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*, "la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna", STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

⁶²⁹ SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR 380623).

⁶³⁰ Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que "la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal

nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego de condiciones [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento"⁶³¹, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

4.1.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no van a ser infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular.

Ante tal eventualidad, inmediatamente surge la duda de si los afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la Administración o si tal oportunidad les queda vedada. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad se le transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase

perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición".

⁶³¹ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo quedarían extinguidos⁶³².

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra al chocar frontalmente con aquellos principios constitucionales y legales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los parámetros de mérito y capacidad; en este sentido, los vínculos laborales en que se hubiera producido la subrogación por parte de la Administración deberían considerarse nulos por no haber cumplido con aquel requisito *sine qua non* y extinguidos con los solos derechos establecidos en el art. 9.2 ET: percibir el salario correspondiente a los trabajos prestados como si se hubiera tratado, hasta ese momento, de un contrato válido y eficaz.

Cabe detectar, así, una concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa carente de fácil solución práctica⁶³³. Razones de equilibrio aconsejan una intervención legislativa a favor de la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, pero sólo hasta tanto la actividad fuera cedida de nuevo a otro contratista, momento en el cual tendría lugar una nueva subrogación. Esta podría ser una solución justa y satisfactoria para ambas partes involucradas en el proceso: para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado --al menos en parte-- su derecho a la estabilidad en el empleo.

El legislador debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la

⁶³² Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio 1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

⁶³³ GOMEZ ALVAREZ, T.: "El difícil equilibrio entre el rescate de las contrataciones y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 528 y ss.

devolución de la actividad a otro empresario privado⁶³⁴; de lo contrario, otorgar al trabajador una posición de estabilidad sin condiciones supondría una onerosidad excesiva para la Administración, así como una injusticia respecto a quienes consiguieron acceder al empleo público de manera "regular".

El problema se agrava, empero, cuando la iniciativa no va a ser entregada a un nuevo empresario privado, sino desempeñada directamente por el propio Ente público, pues en este caso, de aplicar el mecanismo de la subrogación, el trabajador estaría accediendo al empleo público –permítase la expresión-- "por la puerta de atrás". Para evitar tan deplorable consecuencia, parece necesario --conforme ocurría en el supuesto anterior-- un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar la concurrencia obligada de los principios constitucionales. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza⁶³⁵, no existiendo inconveniente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente⁶³⁶.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁶³⁷, en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e

⁶³⁴ Idea apuntada por la STS, Social, 17 abril 1984 (Ar. 2106).

⁶³⁵ Ilustrativa a este respecto puede ser la jurisprudencia francesa: SS. Cass. 7 febrero 1980, 30 junio 1983, 26 junio 1985, 24 octubre 1989 ó 10 julio 1995.

⁶³⁶ MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002, pág. 71.

⁶³⁷ SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Adm. Balears 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP⁶³⁸. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía ordinaria de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior⁶³⁹, bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁶⁴⁰, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica, tesis que merece las mismas críticas anteriormente vertidas al analizar la contratación laboral irregular.

En fin, no exento de problemas se encuentra el supuesto en el cual el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado nuevamente a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración. La respuesta a este espinoso supuesto de hecho dista de ser unánime, existiendo pronunciamientos judiciales diversos: mientras algunos sostienen la extinción de los contratos por ausencia de objeto [arts. 49.1 c), 49.1 j) y 51 ET]⁶⁴¹, al no ser de aplicación el art. 44 ET⁶⁴², otros van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación en favor de los afectados⁶⁴³.

⁶³⁸DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

⁶³⁹SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁶⁴⁰LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

⁶⁴¹SSTSJ, Social, Canarias 31 julio 1993 (Ar. 3510), Castilla y León (Valladolid) 28 febrero 1995 (Ar. 635), Madrid 6 noviembre 1996 (Ar. 3731) ó Cataluña 22 enero 1998 (Ar. 649). En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, págs. 5 y ss.

⁶⁴²STS, Social, 1 diciembre 1999 (Ar. 866) ó STSJ, Social, Madrid 9 marzo 2000 (Ar. 2347).

⁶⁴³STS, Social, 5 febrero 1991 (Ar. 800) ó STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (Ar. 1903).

Habida cuenta en este caso cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, acto seguido, la decisión de ésta de no continuar con ella), lo más aconsejable --por tercera vez-- es que una futura ley se pronuncie de forma expresa al respecto y obligue al Ente público a asumir a quienes trabajaban en la actividad entregada para su ejercicio a la entidad privada y, posteriormente, al amortizarla, proceder a extinguir los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación [despido objetivo –art. 52 c) ET—o despido colectivo –art. 51 ET--]⁶⁴⁴.

4.2.- Subcontratación de contratos y concesiones administrativas

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el art. 38 CE, el empresario privado dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET--, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones públicas, que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario “principal” o “comitente”, lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto

⁶⁴⁴ BODAS MARTIN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 307.

responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas.

Tal circunstancia obliga a analizar si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o el contratista deberá de responder también la Administración y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el art. 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto, de un lado, propicia todo tipo de equívocos necesitados de urgente corrección y, de otro, entra en directa contradicción con lo previsto en la LCSP⁶⁴⁵.

Es más, no hay que olvidar tampoco que el relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros⁶⁴⁶. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las contrataciones o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 5 y ss.

⁶⁴⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.

⁶⁴⁷ STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

4.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, al que no son ajenas las Administraciones públicas y sus contratistas o concesionarios, impulsa a buscar estrategias de reducción de las dimensiones de las empresas adjudicatarias de servicios de interés general a través de la externalización de la producción (*outsourcing*)⁶⁴⁸, en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio⁶⁴⁹. Reducir la dimensión empresarial recurriendo al incremento de la contratación externa de parcelas de la actividad pública que antes eran realizadas directamente por el adjudicatario permite frenar costes en unidad de producto, adecuar las inversiones realizándolas allí donde sean necesarias y flexibilizar las estructuras de la empresa adjudicataria para responder a las incertidumbres del mercado y a la creciente globalización de la economía⁶⁵⁰. Se consigue así un modelo de actividad empresarial "escueta", que permite reducir mano de obra y desplazar funciones⁶⁵¹, con el consiguiente

⁶⁴⁸ CRUZ VILLALON, J.: "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, págs. 251-252. Por extenso, GIDRON, G. y RUEDA, B.: *Nuevos modelos de gestión empresarial (el outsourcing de procesos de negocios)*, Madrid, 1998.

⁶⁴⁹ DE QUINTANA PELLICER, J.: "La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 163.

⁶⁵⁰ BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G.: "La mundialización de la economía y el Derecho Internacional del Trabajo: realidades y desafíos", *Tribuna Social*, núm. 98, 1998, pág. 7.

⁶⁵¹ PEREZ DE LOS COBOS, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 19; CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pág. 8. ó RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La situación de los trabajadores en empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la 'crisis' del trabajo subordinado", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 45 y ss.

"adelgazamiento de las estructuras organizativas"⁶⁵² al minorarse su tamaño (*downsizing*) y rebajar costes productivos⁶⁵³, "convirtiendo en variables los costes fijos en aquellas funciones consustanciales a la propia actividad (de la contrata o concesión) y transformando en fijos los variables que se relacionan con las tareas que por no ser constantes en el proceso productivo exigen un continuo redimensionamiento de la empresa mejorando la eficiencia y efectividad al aumentar su productividad y competitividad"⁶⁵⁴. Al mismo tiempo y al contrario de lo que generalmente se dice, la externalización productiva no es una simple técnica para reducir gastos o para transformar costes fijos en variables con el objetivo de aumentar la eficiencia empresarial de los contratistas o concesionarios en aras del "buen orden" de la concesión. La descentralización es algo más: "busca aumentar la capacidad adaptativa de la empresa adjudicataria; la excelencia; satisfacer al consumidor individualizando el producto y el servicio; la especialización; la calidad; el precio y, sobre todo, dirigir y centrar el esfuerzo inversor de las empresas concesionarias hacia aquello que conocen mejor, el núcleo del negocio (*core bussines*)"⁶⁵⁵.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u "horizontalización")⁶⁵⁶ del proceso de explotación de la concesión o de realización de la contrata en pequeñas unidades de producción --autónomas--, operada por mor de la especialización productiva en aras a garantizar la calidad del servicio ofrecido al público. Esta es la positiva idea de la que parte el art. 210

⁶⁵² MONEREO PEREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, 1995, pág. 25.

⁶⁵³ ORTIZ LALLANA, M.C.: "La supervivencia del Derecho del Trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 42, 1999, pág. 821.

⁶⁵⁴ DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1999, pág. 19.

⁶⁵⁵ GOMEZ ALBO, P.: "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 159.

⁶⁵⁶ MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999, pág. 10.

LCSP, el cual se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el adjudicatario concierne con un tercero la realización parcial del contrato administrativo, no se atribuye al nuevo empresario disponibilidad sobre la gestión del servicio, sino que ésta la mantiene el empleador originario⁶⁵⁷, de manera que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, siendo este último el que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración y terceros, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP)⁶⁵⁸.

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles celos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento⁶⁵⁹.

Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado. En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos para su realización sean menos estrictos que si de una cesión se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación [salvo para aquellos contratos de carácter secreto o

⁶⁵⁷ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 176.

⁶⁵⁸ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 513.

⁶⁵⁹ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, pág. 17.

reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado –art. 210.2 d) LCSP--]; antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, si bien es pertinente señalar la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP]. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición (art. 210.5 LCSP). La nueva LCSP se esfuerza, al tiempo, en dejar claro que lo importante en la contratación pública es la correcta ejecución del contrato adjudicado, de manera que la infracción de estas condiciones podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe subcontratado (art. 210.3 LCSP)⁶⁶⁰.

La sujeción a estas exigencias por parte de aquel contratista que pretende subcontratar el encargo asumido debe ponerse en conexión, a la postre, con la permisividad del art. 52 LCSP, no en vano este precepto admite que para acreditar su solvencia los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren que, para la ejecución del contrato, disponen efectivamente de esos medios. De esta previsión, admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶⁶¹, se deduce que la subcontratación, pese a todas las restricciones que la acompañan, puede no valorarse “en la fase de la

⁶⁶⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 541 y ss.

⁶⁶¹ SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto *Holst Italia*, y de 18 de marzo de 2004, asunto *Siemens AG*.

solvencia, remitiendo esta cuestión a la fase de ejecución”⁶⁶².

Así, con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva LCSP no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato⁶⁶³. De este modo, el contratista principal —es decir, el adjudicatario— continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP). De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero⁶⁶⁴. Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral.

4.2.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social

⁶⁶² GIMENO FELIU, J.M.: “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006, pág. 12.

⁶⁶³ IBÁÑEZ GARCIA, I.: “La subcontratación en los contratos del sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007, págs. 17-22.

⁶⁶⁴ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 127.

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil⁶⁶⁵, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de las páginas siguientes.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien –por lo que aquí interesa-- de una responsabilidad solidaria de la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales o de Seguridad Social con su personal⁶⁶⁶.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los "empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad" cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero "durante el período de vigencia de la contrata".

⁶⁶⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

⁶⁶⁶ SALA FRANCO, T.: "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 1016-1017.

A) La doctrina de los Tribunales del orden social

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir⁶⁶⁷. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades *ex* art. 42 ET⁶⁶⁸.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo

⁶⁶⁷ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 194.

⁶⁶⁸ GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento⁶⁶⁹.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad⁶⁷⁰, en especial, tras una serie de pronunciamientos en los que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las

⁶⁶⁹ SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

⁶⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 35; GARCIA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 21; CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pág. 122; MARTINEZ EMPERADOR, R.: "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pág. 422; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, págs. 31 y ss.; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMON, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 1998, pág. 30; TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1998, pág. 13; SALINAS MOLINA, F.: "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 26; LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 32 y ss.; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURAN, C.: "La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, págs. 226 y ss.; LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, págs. 35 y ss.; NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de 'contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 37 ó MONTROYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, págs. 111 y ss.

Administraciones públicas⁶⁷¹, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"⁶⁷².

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo⁶⁷³.

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"⁶⁷⁴, motivo por el

⁶⁷¹ Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

⁶⁷² CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

⁶⁷³ MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

⁶⁷⁴ GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y

cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo⁶⁷⁵. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su gestión indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato⁶⁷⁶.

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"⁶⁷⁷. De esta

prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

⁶⁷⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

⁶⁷⁶ QUIROS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

⁶⁷⁷ SSTS, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"⁶⁷⁸.

Todo ello sin olvidar, a la postre, cómo el imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado al que no son ajenos los contratistas o concesionarios de servicios públicos, impulsa a éstos a buscar estrategias de externalización hacia otros empresarios subcontratistas, haciéndose, en ocasiones, inmensa la longitud de los eslabones de la cadena de empresarios involucrados en la explotación del servicio de interés general, circunstancia capaz de exigir un instrumento de garantía para los trabajadores involucrados.

B) Dificultades para su aplicación

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente⁶⁷⁹. El principal problema en la materialización de tal objetivo

⁶⁷⁸ STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

⁶⁷⁹ GARATE CASTRO, J.: "Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contrataciones de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la 'propia actividad' (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, Barcelona, 2004, pág. 154.

radica, no obstante, en el hecho de que la LCSP es muy clara al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 198 LCSP)⁶⁸⁰.

El adjudicatario es, pues, responsable de las consecuencias que se deriven de la ejecución y resolución de los contratos que haya celebrado con terceros, no sólo frente al órgano de contratación sino también frente a los propios auxiliares⁶⁸¹. "Los terceros no existen a efectos jurídicos para la Administración concedente, ya que cualquier resultado de sus actuaciones es asumido según la Ley por el concesionario..., (de modo que) el concedente se desvanece para los terceros por cuanto la única instancia que les resulta a éstos asequible es la del concesionario con el que contratan"⁶⁸². El legislador administrativo pretende preservar, así, la independencia de la concesión, como relación entre Administración contratante y concesionario, frente al también deseable dinamismo del mercado. De conformidad con lo previsto en la LCSP, el Ente público no tiene que responder por los daños ocasionados por los adjudicatarios ni mucho menos por las empresas auxiliares de éstos, ya que tales sujetos no se encuentran integrados en la organización administrativa, "no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista, ni siendo en absoluto equiparables la técnica de la concesión con la de la delegación"⁶⁸³. La

⁶⁸⁰ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3ª edición, Madrid, 2003, págs. 429 y ss.

⁶⁸¹ MORCILLO MORENO, J.: "Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005, pág. 28.

⁶⁸² ALONSO COLOMER, F.: "Ejecución de las obras", en AA.VV (MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 185.

⁶⁸³ BOCANEGRA SIERRA, R.: "La responsabilidad civil de los concesionarios y

responsabilidad del concesionario por los daños que ocasione en la explotación de la concesión es, pues, directa y objetiva, asumiendo la indemnización de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato⁶⁸⁴.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en la LCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el contratista o concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la concesión. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrata⁶⁸⁵. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral

contratistas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pág. 206. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pág. 150. En la jurisprudencia, SSTs, Cont-Admtivo, 31 julio 1989 (Ar. 6183) y 25 enero 1992 (Ar. 1343).

⁶⁸⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984); LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983; MARTIN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997; REBOLLO PUIG, M.: "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 397 y ss.; PANTALEON PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985 ó DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000, págs. 232 y ss.

⁶⁸⁵ SANTOR SALCEDO, J.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 196.

y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"⁶⁸⁶.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contratas y subcontratas es aplicable (con severas matizaciones como se ha tenido ocasión de comprobar) no sólo al supuesto de hecho de contratas o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las contratas y concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, la LCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral (indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de

⁶⁸⁶ SSTS, Cont-Admtivo, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZALEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SANCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCON, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en AA.VV (GOMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

la prevención de riesgos laborales –arts. 210.6 LCSP--), pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta.

C) Sobre el concepto “propia actividad”

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la “propia actividad” de la Administración comitente⁶⁸⁷, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia⁶⁸⁸.

La alusión genérica a la "propia actividad" --"*vexata quaestio*"⁶⁸⁹, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y "sobre todo enormemente escurridiza"⁶⁹⁰-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina⁶⁹¹ y la consiguiente necesidad de

⁶⁸⁷ "La jurisprudencia reciente sigue un criterio funcional amplio e interpreta que es suficiente que la empresa subcontratista realice una actividad que pueda incluirse en el círculo de la actividad del concesionario o, dicho de otra manera, que ambos se encuentren inmersos en el mismo ámbito funcional de la normativa sectorial vigente". SSTSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Burgos 14 febrero 1997 (RJ 1942). En el mismo sentido, SSTS, Social, 18 enero 1995 (Rec. 150/1994) y 24 noviembre 1998 (Rec. 517/1998) ó SSTSJ, Social, Aragón 18 abril 2002 (Rec. 884/2001) y País Vasco 18 octubre 2004 (Rec. 1292/2004).

⁶⁸⁸ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 203.

⁶⁸⁹ RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 41.

⁶⁹⁰ CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", cit., pág. 21.

⁶⁹¹ Para un sector de la doctrina, "propia actividad" equivale a total igualdad de las

un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia⁶⁹². Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse "actividad propia" de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que "su necesidad para los fines del servicio público" se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto "propia actividad" a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal⁶⁹³. Es necesario imponer, por tanto, una

actividades, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37 ó MARTINEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", cit., págs. 130-131.

⁶⁹² Si bien es preciso recordar la inexistencia "en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto", MARTIN VALVERDE, A.: "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", en AA.VV (SANCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

⁶⁹³ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación:

modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no "inherentes" a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración⁶⁹⁴.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la "sustitución" o el de la "proyección pública" del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la "propia actividad" de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*⁶⁹⁵. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 204.

⁶⁹⁴ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

⁶⁹⁵ CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales⁶⁹⁶. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista si el destinatario último fuera el ciudadano⁶⁹⁷. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al "ciclo productivo" pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante⁶⁹⁸, siempre que ello redunde en beneficio de la colectividad⁶⁹⁹.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha

⁶⁹⁶ CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", cit., págs. 24 y ss.; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrata", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., págs. 153 y ss. ó MARTIN JIMENEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

⁶⁹⁷ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., pág. 168.

⁶⁹⁸ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contrata y protección de los trabajadores*, cit., pág. 132.

⁶⁹⁹ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"⁷⁰⁰, "la ayuda a domicilio"⁷⁰¹, "la conservación y mantenimiento de parques naturales"⁷⁰², "la gestión de unas entidades deportivas"⁷⁰³, "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"⁷⁰⁴, "ciertas tareas de vigilancia"⁷⁰⁵, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"⁷⁰⁶, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"⁷⁰⁷, "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"⁷⁰⁸, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"⁷⁰⁹, "la toma de datos para la informatización de un servicio"⁷¹⁰, "una actividad de restauración medioambiental"⁷¹¹ o "el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud"⁷¹². Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"⁷¹³, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"⁷¹⁴, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"⁷¹⁵, "la limpieza de los entes docentes

⁷⁰⁰ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

⁷⁰¹ SSTS, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) ó 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

⁷⁰² SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

⁷⁰³ STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

⁷⁰⁴ SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

⁷⁰⁵ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).

⁷⁰⁶ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

⁷⁰⁷ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

⁷⁰⁸ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

⁷⁰⁹ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).

⁷¹⁰ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

⁷¹¹ STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

⁷¹² SSTS, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

⁷¹³ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

⁷¹⁴ STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

⁷¹⁵ SSTS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

públicos de una ciudad"⁷¹⁶ o "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"⁷¹⁷.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...)⁷¹⁸. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse --como se ha visto-- de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan⁷¹⁹: la falta de seguridad o certeza⁷²⁰. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen⁷²¹.

⁷¹⁶ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

⁷¹⁷ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).

⁷¹⁸ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 138.

⁷¹⁹ GARCIA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 29.

⁷²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, pág. 42 ó MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 43.

⁷²¹ NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de 'contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 115.

D) La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")⁷²² se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"⁷²³.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos⁷²⁴ y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance⁷²⁵. La autoexoneración de responsabilidad prevista

⁷²² STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

⁷²³ STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

⁷²⁴ SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

⁷²⁵ SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002

en el mismo hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración⁷²⁶.

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes"⁷²⁷, razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes"⁷²⁸. Tres argumentos avalan esta conclusión⁷²⁹: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno⁷³⁰. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito

(JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

⁷²⁶ GARCIA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20.

⁷²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008, pág. 680.

⁷²⁸ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

⁷²⁹ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 214.

⁷³⁰ SSTs, Cont-Admtivo, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

4.3. - El recurso a las empresas de trabajo temporal

No cabe duda de que este tipo de empresas han contribuido decisivamente a la hora de elevar los niveles de marginalidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español⁷³¹, incrementando el “empleo secundario” y “poco protegido”⁷³². La realidad muestra que muchos de los contratos celebrados por estas empresas no pretenden cubrir verdaderas necesidades temporales y excepcionales de mano de obra, sino que, abusando de la figura, ha sido utilizada para ofrecer vínculos laborales bajo el signo de la precariedad, escatimando salarios y condiciones sociales⁷³³. El empleador persigue simple y llanamente sustituir trabajadores fijos por aquellos otros temporales suministrados por una empresa de trabajo temporal, reduciendo costes salariales y derechos sociales⁷³⁴.

Por tales razones, no puede extrañar que la legislación de Contratos del Sector Público se haya esforzado en dejar claro que la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a

⁷³¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 211.

⁷³² SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 2004, pág. 75.

⁷³³ PEREZ GIL, M.C.: “Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación”, *Aranzadi Social*, 1998, Tomo V, pág. 635.

⁷³⁴ OJEDA AVILES, A. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, pág. 123.

estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª de la LCSP prohíbe la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”⁷³⁵. Este tenor coincide con el texto primigenio del proyecto de Ley presentado por el Gobierno, si bien cabe alertar sobre el hecho de que durante la tramitación parlamentaria del mismo⁷³⁶, se admitió, de una forma harto criticable, la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato”⁷³⁷.

La intermediación de las empresas de trabajo temporal quedaba convertida, con esta deplorable fórmula legal que afortunadamente no

⁷³⁵ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" ó SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. ó FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 193 y ss.

⁷³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

⁷³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, de 8 de octubre de 2007, núm. 112 (d).

vio la luz, en una vía espuria de acceso al empleo público, esto es, en un subterfugio para sortear la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Al final, la redacción definitiva del texto legal ha retomado la idea inicial, admitiéndose el recurso por los Entes públicos a las empresas de trabajo temporal –permítase la reiteración-- exclusivamente “cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos”.

Se intenta evitar –aunque se deja abierto un amplio marco de escape-- que la Administración se sirva de una vía de reclutamiento de personal laboral caracterizada por la inestabilidad e inseguridad, pues “el concepto que mejor describe el impacto de las empresas de trabajo temporal en las relaciones laborales es el de opacidad (escasa claridad respecto al empleador competente, las condiciones de trabajo o la duración de la relación, un reparto poco nítido de obligaciones y responsabilidades entre los dos empresarios... hay, pues, una división de funciones que confunden al trabajador)”⁷³⁸. Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como única excepción (dejando a salvo las previsiones establecidas en las normas reguladoras de relaciones laborales especiales, señaladamente la de los deportistas profesionales y la de los estibadores portuarios, esta última en verdad muy próxima en su concepto a estas especiales empresas) a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET⁷³⁹.

⁷³⁸ OJEDA AVILES, A. y GORRELLI HERNANDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., pág. 98.

⁷³⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo", en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante

Así pues, subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra --cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria--, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994⁷⁴⁰. Definida la empresa de trabajo temporal por su art. 1 como "aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" --siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada⁷⁴¹--, el resultado no es sino la "ruptura del sinalagma funcional"⁷⁴², al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente --en este caso, la Administración--), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según el cual "se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a

la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37; RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292 ó GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 16 y ss.

⁷⁴⁰ PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.: "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 106 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal" (I), *AL*, núm. 1, 1996, pág. 1 ó VALDES DAL-RE, F.: "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

⁷⁴¹ VALDES DAL-RE, F.: "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, págs. 3 y ss.

⁷⁴² GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, cit., págs. 14-15.

aquél".

La nueva forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el vínculo laboral, sino que quiebra también la propia noción del nexo contractual celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquéllos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad⁷⁴³. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la bilateralidad como elemento de vital importancia "para la caracterización estructural del contrato de trabajo"⁷⁴⁴ y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular⁷⁴⁵ --no mera mediación⁷⁴⁶--, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece

⁷⁴³ VALDES DAL-RE, F.: "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., pág. 38.

⁷⁴⁴ RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972, págs. 157 y 160.

⁷⁴⁵ OLMO GASCON, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996, pág. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Las empresas de trabajo temporal", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 118 y 121; PEREZ YAÑEZ, R.: "El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, págs. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: "La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada", *Relaciones Laborales*, 1996, T. II, pág. 120; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 27 ó GALA DURAN, C.: "Supuestos y consecuencias de la utilización 'inadecuada' de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, pág. 43.

⁷⁴⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., pág. 48.

subordinado el trabajador viene dado por un empresario --relacionado con el "empleador" propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil o mercantil denominado de puesta a disposición⁷⁴⁷-- con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

En este marco, la prohibición impuesta por la disposición adicional 5ª de la LCSP a la posibilidad de que los Entes públicos utilicen de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal no sólo merece una valoración positiva por cuanto contribuye a no aumentar las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español, sino también porque trata de evitar una vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podrá servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público --en este caso--) en aras de una mayor eficacia no seleccionará al personal temporal cedido; su intervención quedará ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se va a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la escogida será quien proponga, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación proceda --obviamente-- respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo. En consecuencia, si el cedido va a realizar una labor en favor de la Administración sin haberse sometido a los criterios del art. 103.3 CE, se estaría admitiendo "que, o bien algunos servicios públicos no son tales, o para prestar algunos no hace falta seguir el procedimiento reglado de reclutamiento, bastando acudir, por tanto (cuando existan lo cual no es infrecuente), a otros cualesquiera privados"⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ SANCHEZ PEGO, F.J.: "La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pág. 87.

⁷⁴⁸ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de*

Pese al acierto de la mentada prohibición, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta de la LCSP cuando permite utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la "realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos", pues si bien está claro cuanto cabe entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo está tanto la determinación de cuáles sean los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa⁷⁴⁹. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo es menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT, permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la "realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos" son las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista es su duración (también hartamente arbitraria), no en vano finalizarán, no cuando concluya la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expire el término fijado en el negocio

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 488. En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 103.

⁷⁴⁹ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 967.

de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pueda superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), lleva necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedan sin finalizar y concluye el término. Con ello se abre un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente sea menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración⁷⁵⁰. La cuestión todavía se complica más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP ha intentado eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal siga prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlaza con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal puedan llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos⁷⁵¹.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluye expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de

⁷⁵⁰ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889.

⁷⁵¹ AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1088.

protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parece no ser --en el sentir de algunos autores-- ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no pueden ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparece formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente queda referida a quienes "realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato". De esta forma, si dichos trabajadores llevan a cabo tareas distintas no quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, la previsión transcrita "no podrá enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto es la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no puede afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debe entrar a ordenar el vínculo *de facto* entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación queda referida a un vínculo disciplinado por una ley social específica"⁷⁵².

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procede señalar cómo debe resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente pasan a estar vinculados a la misma por un contrato indefinido. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial

⁷⁵² SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 967.

imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 EBEP), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración está obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurrirá una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habrá de participar y superar las oportunas pruebas si quiere adquirir la condición de fijo.

Con todo, tal interpretación no está exenta de críticas, pues estos nuevos laborales "indefinidos" integrarán una categoría *ad hoc* de individuos al servicio de la Administración, "que, por haber accedido a través de criterios de selección privados, han obtenido posición laboral subjetiva casi idéntica a la que hubieran conseguido en una empresa privada"⁷⁵³, sometida, no obstante, a una gran inseguridad, pues, en manos de la Administración queda la consolidación de la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento legítima que corresponde y la extinción del vínculo laboral anterior, sin, por el momento, necesidad de ningún tipo de indemnización económica⁷⁵⁴.

4.4.- El uso desviado del contrato de servicios

A medida que se han venido incrementando las tareas a realizar en la Administración pública se ha visto la necesidad de habilitar a favor de la misma una gran variedad de mecanismos de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha

⁷⁵³ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", cit., pág. 492.

⁷⁵⁴FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 240.

llevado a cabo a través de diversas fórmulas contractuales tanto en régimen administrativo como laboral⁷⁵⁵. La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, manteniendo en paralelo las figuras tradicionales de prestación de servicios en el ámbito público, ha hecho surgir, entre otros muchos problemas interpretativos, el de distinguir adecuadamente el uno de las otras⁷⁵⁶. Con anterioridad a la LMRFP, y para determinados ámbitos y funciones, cabía acudir en un amplio número de supuestos a contratos de servicios en régimen administrativo a través, sobre todo, de los llamados contratos de colaboración temporal⁷⁵⁷.

Retrotrayendo la mirada, procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (LFCE), autorizaba su suscripción cuando el objeto fuera la cooperación durante un período dado en las tareas de la respectiva dependencia en consideración al volumen de la gestión encomendada al Ministerio o centro, si por exigencias y circunstancias especiales de la labor no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera a disposición del organismo. Con posterioridad, el Decreto 1742/1966, de 30 de junio, dispuso una regulación más pormenorizada de este tipo contractual, estableciendo --como límite-- que su duración no podía ser, en ningún caso, superior al año. Por su parte, el art. 25.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, autorizaba su utilización a las Corporaciones Locales para "labores administrativas o técnicas,

⁷⁵⁵ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000, págs. 673 y ss.

⁷⁵⁶ Sirvan de ejemplo, entre muchas, las SSTs, Social, 27 mayo 1992 (Ar. 3678), 12 enero y 2 febrero 1994 (AS 52 y 782) y 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSJ, Social, La Rioja 25 noviembre 1992 (Ar. 3415) y 20 marzo 2001 (Ar. 198), Castilla-León/Burgos 2 noviembre 2004 (TOL 581457) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337).

⁷⁵⁷ GARCIA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, pág. 129.

concretas y con una duración no superior a un año". De este modo, aun cuando se contemplaba como una válvula de escape de carácter excepcional, capaz de aliviar la rigidez del corsé funcional, poco idóneo para seleccionar personal urgentemente o para casos de extraordinaria especificidad de la prestación⁷⁵⁸, en verdad esta fórmula fue utilizada con asiduidad como alternativa para eludir la aplicación de la normativa social.

Por tal razón, no puede extrañar que tras la aprobación de la Ley 30/1984, el panorama descrito cambiara radicalmente, pues aquélla prohibió expresamente el recurso a la colaboración temporal (disposición adicional 4ª.1 LMRFP), admitiendo sólo con carácter excepcional y único la contratación en régimen administrativo "para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales" (disposición adicional 4ª.2 LMRFP)⁷⁵⁹. La figura quedaba relegada al campo de lo extraordinario (conforme indican los calificativos "específicos", "concretos" e "inhabituales"), vinculada a trabajos desarrollados por cuenta de las Administraciones públicas pero fuera de su círculo de organización y dirección. Ahora bien, considerando que su duración no podía exceder de un año, salvo (óbice demasiado amplio, sin duda) cuando fueran complementarios de otros de obras o lo exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación (en cuyo caso la duración de aquellas obras o de la prestación situada en su base objetiva eran las encargadas de determinar su extensión temporal), quedaba abierta una certera brecha de utilización fraudulenta y retorno a la situación anterior; de ahí la utilización de expresiones tan significativas como el "mal muerto contrato

⁷⁵⁸ ROQUETA BUJ, R.: "La contratación administrativa del personal: evolución", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 188.

⁷⁵⁹ CEGARRA FERNANDEZ, F.J.: "La definitiva exclusión del personal contratado para 'trabajar en el exterior' del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004, pág. 515.

administrativo de servicios"⁷⁶⁰, pues "o bien nunca murió [,de hacerlo el art. 6 a) LFCE mantendría su vigor, si bien de manera excepcional y limitada,] o bien había resucitado o, simplemente, algo más que su espectro campeaba por las Administraciones públicas"⁷⁶¹.

Con posterioridad, la quiebra mentada se vio firmemente ampliada cuando la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, no sólo mantuvo esta última figura, sino que introdujo a su lado otra: los contratos administrativos de consultoría, asistencia y servicios (art. 197), susceptibles de suscitar sospechas similares⁷⁶². El art. 197.4 LCAP de 1995 definía los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales como aquellos que no estando incluidos en los de consultoría y asistencia o de servicios, se celebraran excepcionalmente

⁷⁶⁰ ALARCON CARACUEL, M.R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985, pág. 10.

⁷⁶¹ LOPEZ GOMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 237.

⁷⁶² FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: "Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 726. Por extenso, ANIORTE SANZ, R.: "El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 206, 2000, págs. 81 y ss. En la doctrina sobresalen, además, las aportaciones de CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, págs. 193 y ss.; ROMERO RODENAS, M.J.: "Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1998, págs. 493 y ss.; MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado", *Temas Laborales*, núm. 41, 1997, págs. 25 y ss.; GARCIA PIQUERAS, M.: "El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998, págs. 8 y ss. o, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, MARTINEZ BLANCO, A.: "El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas", *Documentación Administrativa*, núm. 194, 1982, págs. 5 y ss. Con carácter general es especialmente recomendable el estudio de CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990, especialmente págs. 60 y ss.

por la Administración cuando su objeto no pudiera "ser atendido por la labor ordinaria de sus órganos". Tal definición negativa suscitó graves problemas de aplicación práctica y utilización fraudulenta --por excesiva-- de la modalidad, dando pie a una dosis litigiosidad altísima, capaz de llevar a su derogación expresa por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

Con todo, aun cuando la manifestación siguiente de este *iter* normativo, incorporada al texto del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), tuvo como fin último y principal poner freno a los conflictos surgidos a resultas de la utilización abusiva de estas vías, ciertamente siguieron manteniéndose los contratos de consultoría, servicios y asistencia, los cuales, habida cuenta su amplia y flexible configuración legal, pudieron seguir siendo utilizados también para dar cobertura formal a relaciones laborales encubiertas por las siguientes razones fundamentales:

1.- Su objeto aparecía conformado en el tenor de la LCAP a partir de una noción de servicios consistentes en prestaciones de carácter intelectual por parte del contratista o sujeto adjudicatario del contrato, presentándose como fórmulas abocadas básicamente a convenios con profesionales⁷⁶³. Buena prueba de ello era tanto la enumeración de las tareas encargadas de dotarlo de contenido sustantivo (especificadas en el art. 196.2 LCAP)⁷⁶⁴, como el hecho de añadirse una

⁷⁶³ SSTSJ, Social, Asturias 17 septiembre 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 3, 2005, págs. 344 y ss.) y Aragón 4 abril 2005 (TOL 682133).

⁷⁶⁴ Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª.- Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª.- Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª.- Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. GONZALEZ IGLESIAS, M.A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 13.

cláusula residual capaz de permitir su aplicación a "otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las cuales también predominaron las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebrara con profesionales, en función de su titulación académica, así como aquellos otros para el desarrollo de actividades de formación del personal al servicio público"⁷⁶⁵. En torno a esos dos datos, aparecían diversos objetos en cuyo contenido se entremezclaban y superponían --y no constaba intención alguna del legislador en orden a diferenciar la consultoría y la asistencia-- actividades y prestaciones diferentes, algunas de las cuales claramente de consultoría en tanto se recurría al estudio, informe o apoyo técnico de personas expertas ajenas a la Administración, y otras más bien de asistencia o colaboración con aquélla para la realización de determinadas tareas. Pero en todos los casos se trataba de actuaciones que requerían una considerable especialización y estar en posesión de conocimientos técnicos particulares (certificados a través de la titulación académica) que no podían ser satisfechos o prestados por los propios medios personales con que contaba el Ente público, razón por la cual no mediaba inconveniente para poder efectuarlas también a través de un vínculo laboral para obra o servicio determinado⁷⁶⁶.

La discrecionalidad de que parecía gozar la Administración para elegir entre una u otra vía era prácticamente absoluta⁷⁶⁷, pues los contratos administrativos de consultoría y de asistencia partían únicamente del "carácter excepcional de las tareas encomendadas, es

⁷⁶⁵ MENENDEZ SEBASTIAN, E.: "El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, págs. 389 y ss. ó AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1085.

⁷⁶⁶ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 168.

⁷⁶⁷ SJS, núm. 33, Madrid, 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717), comentada por SELMA PENALVA, A.: "Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, págs. 30 y ss.

decir, debía tratarse de una necesidad no generalizada, ocasional, una tarea que ocurría rara vez o que se apartaba de lo ordinario"⁷⁶⁸, circunstancias que no eran extrañas a la contratación laboral temporal. Las necesidades atendidas a través de este tipo de contratación administrativa, al igual que las cubiertas por la contratación laboral para obra o servicio determinado, "eran, pues, de carácter no perdurable sino espontáneo y hasta cierto punto perentorio para el Ente público, y además no se preveía que adquirieran carácter permanente"⁷⁶⁹. En definitiva, lo contratado debía ser "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final"⁷⁷⁰.

2.- Mientras el contrato de consultoría y asistencia se caracterizaba, en la LCAP, por su componente predominantemente intelectual, el de servicios ("nuevo cajón de sastre por su heterogeneidad")⁷⁷¹ se orientaba a la realización de actividades de carácter preferentemente manual⁷⁷²: a) técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga no comprendido en aquel primero o en otros regulados de manera expresa en la LCAP; b) complementario para el funcionamiento de quien los requería; c) de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; o d) programas de ordenador desarrollados a medida por el "empleador", de libre utilización para éste⁷⁷³.

⁷⁶⁸ PEREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989, pág. 25.

⁷⁶⁹ MENENDEZ SEBASTIAN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 305.

⁷⁷⁰ SSTs, Social, 17 octubre 2006 (TOL 1013559), 30 abril 2007 (TOL 1079860), 20 y 26 junio 2007 (TOL 1143893 y 1143893) y 24 julio 2007 (TOL 1138596).

⁷⁷¹ AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1087.

⁷⁷² SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 942.

⁷⁷³ PADROS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995, págs. 220 y ss.

Habida cuenta la generalidad en la formulación legal de los supuestos, su posible contenido se asimilaba, en la práctica, en unos casos al expresamente enunciado como propio de la contratación temporal laboral y, en otros, como una variante para reabrir la puerta pretendidamente cerrada con la supresión de los contratos para trabajos específicos:

a) La LCAP se refería expresamente a determinadas actividades de considerable similitud con algunas de las ocupaciones reservadas por la entonces vigente LMRFP al régimen laboral en su art. 15.1 c): trabajos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, de artes gráficas y de realización de encuestas. Así, la coincidencia de objeto fue en ocasiones plena, conforme sucedía con la realización de encuestas; en otras, aun cuando la formulación legal no era exactamente idéntica, la labor a realizar era asombrosamente similar, según acontecía con las de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones⁷⁷⁴.

b) Junto a la enumeración de supuestos concretos, la LCAP incluía una definición negativa o excluyente de su ámbito material cuando se trataba de la realización de actividades técnicas, económicas, industriales, comerciales o análogas (art. 196.4), cometidos susceptibles de ser llevados a efecto mediante contratos laborales para obra o servicio determinado⁷⁷⁵. Dicha cláusula de cierre permitía, además, la formalización de un vínculo de esta naturaleza para el desempeño de tal tipo de quehaceres si no era posible acudir a la consultoría o asistencia, lo cual recordaba en buena medida la función en su momento adjudicada a los contratos para trabajos específicos⁷⁷⁶.

c) Por si la similitud de objeto no quedaba suficientemente evidenciada, el art. 15.1 c) LMRFP, en aquel momento en vigor, se

⁷⁷⁴ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 168.

⁷⁷⁵ MORENO MOLINA, J.A.: "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", en AA.VV (GOMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2^a edición, Madrid, 2004, págs. 1061 y ss.

⁷⁷⁶ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2001, pág. 200.

refería a la posibilidad de acudir a la vía laboral para ocupar puestos correspondientes a cuantas áreas de actividad requerían conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros acreditaran la preparación específica necesaria para su desempeño. El supuesto encajaba perfectamente dentro de los contratos de consultoría y asistencia si se trataba de un profesional a quien se contrataba por su titulación académica, lo cual sucedía en la mayoría de los casos, y dentro de los de servicios cuando no era factible en los anteriores⁷⁷⁷.

d) Algunos de estos últimos quedaban excluidos de cualquier posible calificación como contratos administrativos típicos. Eran, de un lado, los de seguros, bancarios y de inversiones, y, de otro, cuantos tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos⁷⁷⁸. Siendo clara la exclusión de los contratos financieros, los cuales se regían por las clásicas reglas privadas, al no requerir una especial protección del interés general y un despliegue de prerrogativas por parte de la Administración, no podía decirse lo mismo de los artísticos, pues la intervención del Ente público quedaba limitada a la preparación y adjudicación, sin posibilidad alguna de modificar o resolver el vínculo, pues, sin duda, "el arte, la personal interpretación o la singular genialidad presidían el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integraban su contenido", razón por la cual el trabajador-artista adquiría la condición de fijeza hasta la finalización de la obra (*certus an, incertus quando*)⁷⁷⁹.

En definitiva, y al calor de las reflexiones anteriores, aun cuando los contratos que suscribía la Administración con profesionales en función de su titulación deberían haberse restringido en la LCAP a aquellas labores en las cuales predominaran las prestaciones de carácter

⁷⁷⁷ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 170.

⁷⁷⁸ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3^a edición, Barcelona, 2003, pág. 696.

⁷⁷⁹ FUERTES LOPEZ, M.: "Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jursiprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000, pág. 41.

intelectual y además no supusieran la realización de las tareas propias de los empleados públicos, en realidad la ausencia de tal previsión, unida a la amplia formulación bajo la cual se describían los cometidos a cubrir a través de la consultoría, acabaron siendo un "cajón desastre" en el cual incluir todas las fórmulas no enunciadas expresamente en la normativa reguladora. De esta forma, la práctica totalidad de los contratos formalizados con "profesionales" pudieron tener esta naturaleza, ya viniera atribuida de forma directa, por resultar encuadrables en el objeto propio de los de consultoría o asistencia, o de forma indirecta, esto es, los celebrados para la prestación de servicios técnicos, económicos, industriales o comerciales, no enumerados en el objeto de aquéllos. Es más, la mayor parte de cuantos no hubieran de materializarse con tales sujetos podían también adquirir carácter administrativo, bien por tratarse de alguno de los supuestos enumerados expresamente entre estos últimos (mantenimiento, conservación, limpieza de bienes, etc.), bien por presentar un carácter técnico, económico, industrial o comercial y no resultar factible su reenvío a los de consultoría y asistencia, al no tener por contraparte a alguien en función de su titulación académica.

La proximidad de objeto, el empleo de fórmulas legales excesivamente abstractas, la especial posición de prevalencia reconocida a la Administración y cierta obsesión por huir del Derecho del Trabajo y de sus mecanismos de protección, se tradujo en la práctica en un uso abusivo, desviado y fraudulento de los contratos administrativos aquí analizados⁷⁸⁰, lo cual provocó un resultado harto deplorable calificado como "el fenómeno de la función pública paralela"⁷⁸¹, "tan arbitraria cuanto, por lo mismo, abierta a la

⁷⁸⁰ MORA MATEO, J.E.: "La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 135 y ss.

⁷⁸¹ JIMENEZ ASENSIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989, págs. 424 y ss. ó NIETO GARCIA, A.: "La noche oscura de la función pública", *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980, pág. 10.

inseguridad jurídica"⁷⁸². Este recurso inapropiado ha venido dado en unos casos por la cobertura de una necesidad permanente con sucesivos vínculos, y en otros por la mera celebración de alguno de este tipo para hacer frente a una necesidad que, aun temporal, por sus características caía fuera de su objeto, dando ocupación, en realidad, "a verdaderos trabajadores en el sentido propio determinado en el ET para prestar actividades atinentes a una naturaleza enteramente laboral"⁷⁸³, sin desconocer tampoco los riesgos de una contratación libre de servicios de "*casual workers*" con escasa cualificación, acentuando la excesiva precariedad y temporalidad en el seno de las Administraciones públicas.

⁷⁸² ALONSO OLEA, M.: "Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 57. La doctrina judicial [sobre el sólido análisis crítico de GARCIA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*, cit., págs. 141 y ss.] discurre, en este sentido, por un cauce "unívoco y lineal": "lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo cual significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual... Esta exclusión permite, en principio, romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicio establecida en el art. 8.1 ET y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; ahora bien --excepción de la excepción--, el art. 8.1 ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto". Únicamente la actuación hermenéutica sobre la ley ha permitido ir recortando progresivamente el voluntarismo, según muestran de forma más acabada las SSTs, Social, 2 y 10 febrero y 27 abril 1998 (Ar. 1248, 1798 y 3870), 17 diciembre 2004 (rec. 4178/2003) y 14 octubre 2008 (TOL 1407898); las SSTSJ, Social, Cataluña 23 diciembre 2003 (TOL 475115), Murcia 8 marzo 2004 (TOL 393866), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 14 marzo y 1 septiembre 2005 (TOL 733677 y AS 805), Madrid 12 abril 2005 (TOL 634038), Valencia 14 julio 2005 (TOL 700877), Navarra 30 septiembre 2005 (TOL 733485) y Cantabria 22 octubre 2008 (JUR 359405) ó la SJS, núm. 31, Madrid 21 marzo 2005 (AS 1153), comentada por PALOMAR OLMEDA, A.: "De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2005, págs. 32 y ss.

⁷⁸³ CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003, pág. 141.

Dos importantes hitos normativos pretenden corregir esta deplorable situación, con más fortuna el primero que el segundo. Así, de un lado, el EBEP deroga la disposición adicional 4.2 LMRFP, clasificando a los empleados públicos, sin ninguna vía de escape, en las cuatro categorías siguientes: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual (art. 8). De otro, la LCSP suprime, en buena lógica, la categoría de contratos de asistencia y consultoría que tantos problemas venían planteando, pero (aquí es donde surge, de nuevo la crítica), en el intento de depurar el concepto de contrato de servicios vuelve a cometer el mismo error (incluso agravado) que su precedente, pues utiliza términos todavía si cabe más abstractos. De esta forma, define esta modalidad contractual como aquélla, cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro” (art. 10, con remisión al anexo II, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente lata), siempre y cuando “los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 277.1). Únicamente se esfuerza en dejar claros los plazos máximos (cuatro años excepcionados en múltiples ocasiones) de vigencia del presente contrato (art. 279)⁷⁸⁴ y en señalar la responsabilidad del contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2). Es más, algunas de las modalidades del contrato de servicios siguen presentando grandes paralelismos con el contrato de trabajo,

⁷⁸⁴ Cabe prórroga por acuerdo de las partes por una duración no superior a seis años. No obstante, la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente (art. 279.1 LCSP). Es más, los contratos que sean complementarios de contratos de obras o suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que no excederá del plazo de duración del contrato principal (art. 279.2 LCSP).

pues, a modo de ejemplo y acudiendo a lo dispuesto en el Anexo II del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, los servicios de mantenimiento y reparación (categoría 1), los de informática (categoría 7), la elaboración de encuestas (categoría 10) o los servicios de consultoría (categoría 11), pueden constituir también el objeto de la prestación a desarrollar a través de un contrato laboral⁷⁸⁵.

No ha sido aprovechado, por tanto, el contexto de la reforma recientemente tramitada para incrementar la limitación de la libertad contractual de la Administración, elevando los elementos reglados, con el fin último, no tanto de evitar abusos de su posición dominante, sino de eliminar prácticas corruptas derivadas de la colisión entre los administradores públicos y los contratantes privados, protegiendo a la Administración contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de sus fines y el buen uso de los fondos públicos frente a las malas prácticas detectadas en muchos casos. La cautela prevista en el art. 277.4 LCSP, tendente a dejar claro que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”, es a todas luces insuficiente, pues de poco sirve esta caución legal, dejada en manos del Ente público, si no puede contribuir a erradicar el lema: “contrate usted a quien quiera y en la forma que desee, mantenga la irregularidad, pronto conseguirá un empleado público por la puerta de atrás (y un nuevo voto político, sindical o ambos a la vez)”⁷⁸⁶. Tampoco sirve de mucho la exigencia de autorización conjunta de los Ministerios de Economía y de Presidencia para proceder a la contratación temporal de nuevos efectivos (Orden

⁷⁸⁵ RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 255.

⁷⁸⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 26, 1997, pág. 642.

824/2009, de 30 de marzo, por el que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros en virtud del que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público), pues ello no deja de ser un mero trámite burocrático a incorporar dentro de la documentación preparatoria del contrato sin mayor trascendencia. El legislador ha dejado pasar una importante oportunidad para dar un nuevo sentido al contrato de servicios, estableciendo ciertas cautelas en la utilización del mismo, sobre todo cuando la contraparte sea una persona física.

5.- Conclusión

Cierto es que la organización de los efectivos al servicio de la Administración no puede permanecer rígida e insensible al cambio de estructuras y tareas públicas, no en vano los Entes gubernativos intervienen en el mundo de lo económico gestionando servicios para la comunidad marcados por la necesidad de satisfacer las exigencias de modernización, eficacia, eficiencia y reducción de costes. De ahí que el recurso instrumental al Derecho del Trabajo, a entender “como una vía preferente para flexibilizar la gestión de los recursos humanos y para facilitar las relaciones jurídicas y económicas con terceros, las cuales podrían entorpecerse de seguir todas las reglas y formalidades impuestas por el Derecho Público”⁷⁸⁷, cobre gran importancia.

Ahora bien, pese a la rotundidad de los términos anteriores, cabe recordar que, en reiteradas ocasiones, la posibilidad de recurrir a la contratación laboral por parte de las Administraciones para incorporar mano de obra ha sido utilizada, en la realidad, como auténtico subterfugio para sortear la aplicación de las exigencias constitucionales que pautan el acceso a las funciones públicas. Así, aun cuando resulta absolutamente necesario adecuar el tipo de pruebas a realizar al cometido a desempeñar, y parece lógico --también-- colegir que tal correlación debería llevar a una ordenación objetiva y racional de los métodos de selección aplicados a este tipo de vinculación contractual, que, en todo caso, deberían de ser respetuosos con los principios de

⁷⁸⁷ GONZALEZ BIEDMA, E. y CLAVO GALLEGO, J.: “Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992, pág. 15.

mérito y capacidad, la práctica muestra otra realidad notablemente diferente, rebatida con firmes argumentos --constitucionales y legales--: "la conjunción de los espacios abiertos por la normativa en vigor... posibilita un uso desvirtuado y, eventualmente, incluso fraudulento en la contratación de laborales, abriendo una de las zonas más oscuras del acceso a los empleos públicos, lo cual resulta especialmente grave en algunas Administraciones"⁷⁸⁸ y, convendría añadir, en el reclutamiento del personal temporal en particular. Se trata, en definitiva, de "dar el mayor margen de maniobrabilidad posible al político de turno, para favorecer la contratación de sus amigos, correligionarios, parientes..., pues de todo ha habido, hay y habrá"⁷⁸⁹.

Urge, pues, que el legislador tome cartas en el asunto a la hora de eliminar la criticada "dedocracia" y el "favor" de las políticas de selección de personal laboral, sobre todo de duración determinada⁷⁹⁰, responsabilizando directamente a quien efectúe dichas contrataciones contraviniendo los principios constitucionales que disciplinan el ingreso en el empleo público⁷⁹¹. Es necesario evitar, igualmente, que los fenómenos, cada vez más frecuentes, de exteriorización de servicios públicos a favor de empresarios privados, con el objetivo último de reducir el número de funcionarios públicos mediante el fácil recurso a la contratación administrativa, derive, al tiempo, en un detrimento de ganancias de la estabilidad y de las condiciones laborales y sociales de la mano de obra implicada en dicho proceso.

Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa debería quedar sometida, en la realidad, a los mismos principios que el

⁷⁸⁸ RUANO RODRIGUEZ, L.: *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona, 1998, págs. 82-83.

⁷⁸⁹ GRAU MORANCHO, R.: *Laboralización Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 37.

⁷⁹⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 248.

⁷⁹¹ PALOMAR OLMEDA, A.: "De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2004)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 624, 2004, pág. 12.

resto de la actividad administrativa, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE), y habría de realizarse sirviendo con objetividad a los intereses generales y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE)"⁷⁹². No debe nunca utilizarse como medio para eludir responsabilidades frente a unos recursos humanos puestos indirectamente al servicio de la Administración por el empresario adjudicatario de la contrata o concesión administrativa, ni tampoco como vía de escape para evitar la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Esperemos que el nuevo Sistema Integrado de Gestión de Personal, que en el ámbito de la Administración General del Estado, debe estar operativo antes del 1 de enero de 2010⁷⁹³, tenga en cuenta tales circunstancias perniciosas, con el fin de proporcionar soluciones inmediatas.

⁷⁹² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005, pág. 6.

⁷⁹³ Acuerdo del Gobierno y Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012.