

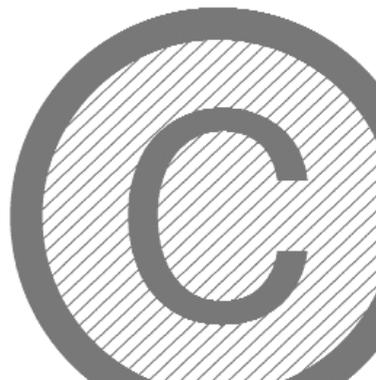
02

COL·LECCIÓ MONOGRÀFICS DE
l'Àrea de Formació

El fenòmen de la successió empresarial en l'administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors

Susana Rodríguez Escanciano

Professora Titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Universitat de Lleó.



© 2010, Federació de Municipis de Catalunya
© 2010, Susana Rodríguez Escanciano

Edita Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona

Coordinació Àrea de formació de l'FMC

Disseny i maquetació www.lacuinagrafica.com

ISBN 13: 978-84-87286-57-7

Impressió Anglofort
Rosselló 33. 08029. Barcelona

Dipòsit legal B. 3.724-2010

El fenòmen de la successió empresarial en l'administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors

Susana Rodríguez Escanciano

Professora Titular de Dret del Treball i de la Seguretat Social. Universitat de Lleó.
Acreditada per a l'accés al cos de Catedràtics

Sumari

Abreviatures	09
Presentació	13
1. Consideraciones previas	17
2. Sucesión de empresa y subrogación empresarial: la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores	21
2.1. Contratas y concesiones administrativas	22
2.1.1. El principio de continuidad en la prestación del servicio público	23
2.1.2. Requisitos para la subrogación empresarial desde el punto de vista de la legislación social	23
2.1.3. Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada	30
2.2. Otros supuestos de privatización	37
3. El artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores	41
3.1. La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público	43
3.2. La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social	44
3.2.1. La doctrina de los Tribunales del orden social	45
3.2.2. Dificultades para su aplicación	47
3.2.3. Sobre el concepto “propia actividad”	50
3.2.4. La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones	53
4. Cesión ilegal de trabajadores. La intermediación (lícita) de las empresas de trabajo temporal	55
5. Cesión “inter” e “intra” administrativa	65
5.1. Situación de servicios en otras Administraciones Públicas	67
5.2. Movilidad geográfica, movilidad funcional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y otro elenco de instrumentos de gestión flexible de los recursos humanos de posible aplicación al personal laboral	73
5.2.1. Cambio de tareas y/o ubicación geográfica	74
5.2.2. Modificaciones sustanciales	83
5.2.3. Planes de ordenación de los recursos humanos	84
6. La utilización del contrato administrativo de servicios: apunte de problemas	91
6.1. Antecedentes	92
6.2. Interpretación judicial	97
6.3. Últimas reformas normativas	99

7. El principio de mérito y capacidad en el fiel de la balanza	103
7.1. La exigencia de requisitos objetivos para el acceso al empleo público	104
7.2. El reclutamiento de las personas más idóneas: aplicación a funcionarios y trabajadores	106
7.3. Quiebras, cautelas e instrumentos de lícita utilización: el recurso a las bolsas de trabajo y la contratación a tiempo parcial	108
Bibliografía	113

Abreviatures

AA.VV.	Autores Varios
Ar.	Aranzadi (Repertorio de Jurisprudencia)
art./s	artículo/s
ATCo	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CC.AA	Comunidad(es) Autónoma(s)
CE	Constitución Española
CES	Consejo Económico y Social
cit.	citado
Cont-Admtivo	Contencioso-Administrativo
D	Decreto
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
ed.	edición
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
et alii	y otros
III CC	III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado
JUR	Jurisprudencia WestLaw
LBRL	Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 7 de abril
LCAP	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
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LETT	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal
LFCE	Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LJCA	Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LMRFP	Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública
LO	Ley Orgánica

LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
O	Orden
OM	Orden Ministerial
pág./s	página/s
RD	Real Decreto
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RD-Ley	Real Decreto-Ley
RGIPPT	Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y de Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado
RSA	Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado
s/a	sin año
ss.	siguientes
STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T.	Tomo
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TOL	Jurisprudencia Tirant on Line
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
Vol.	Volumen

Presentació

L'objectiu principal del Seminari d'actualització en funció pública local de l'FMC és oferir a les persones amb responsabilitat sobre la gestió i la direcció de persones un entorn en què puguin analitzar i conèixer amb profunditat els aspectes principals que afecten l'àmbit de la gestió de la funció pública local i l'aplicació del dret laboral i de la Seguretat Social al servei de les entitats locals del nostre país.

La tercera edició del seminari es va iniciar amb una sessió dedicada a un aspecte difícil, objecte de gran debat i que es troba en plena actualitat en l'àmbit del sector privat, principalment: la tramitació d'expedients de regulació d'ocupació. S'hi va analitzar la possibilitat de la seva aplicació –controvertida– en totes els vessants possibles de l'àmbit local. I s'hi va tractar també una qüestió complexa i que és al punt de mira dels gestors públics: el fenomen de la successió empresarial en l'Administració pública, tant en el vessant de l'anomenada externalització dels serveis a través de les diverses fórmules previstes a la Llei de contractes del sector públic, com mitjançant la creació d'un ampli univers d'ens instrumentals instaurats ad hoc amb un objectiu clarament prestacional.

La monografia que l'FMC posa ara a la vostra disposició es titula **El fenomen de la successió empresarial en l'Administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels treballadors** i és fruit de la ponència encarregada a la seva autora, Susana Rodríguez, en l'àmbit d'aquest tercer seminari.

L'anàlisi detallada, extensa i amb una vocació clarament pedagògica d'aquest excel·lent treball, juntament amb l'interès que demostren el conjunt de les corporacions locals del nostre territori per la matèria que s'hi tracta, han dut el Servei de Formació Local de la Federació de Municipis de Catalunya a considerar que, més enllà de la seva publicació digital, també calia oferir al lector aquest document en versió paper. La versió objecte d'aquesta publicació escrita abasta amb escreix un estudi i una reflexió molt més amplis i profunds que una ponència. I inclou tots els trets d'una monografia exhaustiva sobre un tema, el de l'aplicació correcta i precisa, d'acord amb la interpretació que progressivament n'ha fet la doctrina i la jurisprudència emesa en aquesta matèria, de la regulació prevista a l'Estatut dels treballadors en matèria de subcontractació d'obres i serveis, cessió de treballadors i successió d'empresa, amb un èmfasi especial en les peculiaritats que presenta l'aplicació d'aquestes figures en l'àmbit públic local, tant pel que fa a les garanties per canvi d'empresari o ocupador com als requisits legals que implica la seva utilització per part dels gestors públics.

Per tant, la importància de la monografia que el lector té ara a la seva mà es basa en una triple virtut. En primer lloc, perquè la professora Susana Rodríguez hi inclou un treball exhaustiu sobre el contingut detallat i les conseqüències de l'aplicació de les figures previstes pel legislador laboral en matèria de successió empresarial, des de la perspectiva de l'operador públic, i l'adapta totalment a la idiosincràsia pròpia de les nostres entitats locals. En segon lloc, hi fa un esforç significatiu a l'hora de tractar les problemàtiques principals quant a l'ús i l'abús del contracte de serveis, i hi analitza acuradament els problemes principals que hi poden sorgir i l'evolució interpretativa que n'ha fet la jurisprudència i, finalment, també les darreres reformes normatives que hi ha hagut. En darrer lloc, l'autora hi tracta un aspecte cabdal: el del principi de mèrit i capacitat i la seva articulació en totes aquestes figures, a voltes difícil i complexa, per fer convergir el principi constitucional que regeix en l'ocupació pública amb el desenvolupament d'un mecanisme disse-

nyat clarament des d'una òptica laboralista, més pensada per a la seva aplicació en el sector privat.

Per aquesta raó, l'FMC ha considerat molt oportú donar un tractament especial al treball dut a terme per la professora Susana Rodríguez, que és un veritable referent en la doctrina especialitzada en l'anàlisi d'aquesta matèria, i posar-lo a la vostra disposició en format digital i com a monografia impresa.

Des de l'FMC no dubtem de la utilitat del treball que ara us lliurem. Volem agrair, amb aquestes línies, el suport que any rere any totes les persones que participeu en les diferents sessions d'aquest Seminari d'actualització en funció pública local ens doneu amb la vostra confiança, alhora que ens esperoneu a continuar treballant per tal que, tots junts, puguem cercar tots aquells temes de debat, d'anàlisi i de reflexió acurada que ens permeten millorar cada dia més en el nostre exercici professional.

També volem agrair a Susana Rodríguez el seu esforç per posar a disposició del lector un treball que supera amb escreix el d'una ponència convencional. Aquest treball esdevé un element de referència doctrinal sobre un tema molt important, oimés en l'escenari actual d'aparició i desaparició constant d'ens instrumentals, com ara amb els diferents fenòmens en matèria de successió empresarial en l'àmbit públic.

Barcelona, 6 d'abril de 2010

M. Carme Noguera
*Directora del Seminari d'actualització en funció pública local
de la Federació de Municipis de Catalunya*

1

Consideraciones previas

Cierto es que el art. 103 de la Constitución Española (CE) establece que la “Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho”. Tal previsión no significa, empero, una posición monopolista por parte de la Administración a la hora de atender los intereses de la colectividad en tanto la Carta Magna en ningún caso viene a establecer una conexión absoluta entre la noción de servicio público y su titularidad pública; antes al contrario, la garantía sí ha de serlo, pero la gestión puede ser directa, indirecta o mixta, pues no procede entender necesariamente una mejor prestación del servicio si ésta tiene lugar sin intermediarios, ni cabe llegar a la conclusión de que la gestión mediata conlleva *per se* una actuación contraria a la máxima de eficiencia¹.

En este contexto, el éxito de la externalización se hace descansar en dos argumentos. El primero consiste en la menor onerosidad 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 ello representa frente al mantenimiento de personal y medios propios, sino a la mayor capacitación e idoneidad de los recursos que proceden de las organizaciones empresariales, en un mundo como el actual, en el que el conocimiento y la especialización a menudo ya no se encuentran dentro sino fuera de la Administración pública. Surge, así, una alternativa óptima 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 de acomodo a la nueva sociedad, bien distinta de aquella en la que se conformaron y consolidaron los Entes públicos².

Sobre la premisa anterior y en un proceso paulatino, procede recordar cómo las exigencias de mayor competitividad derivadas del actual modelo mundial o globalizado inducen, por una parte, a reducir el peso de lo público en el conjunto de la Economía y, por otra, a aumentar significativamente la eficacia de la Administración, de la cual se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa privada³. Se produce, de este modo, una de las muestras de la denominada “huida del Derecho Administrativo”⁴, conseguida a través de la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras interpuestas a través de las cuales los Entes públicos descentralizan determinadas tareas o actividades con el fin de conseguir la oportuna “optimización del bienestar social”⁵.

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

2. ORTEGA ALVAREZ, L. y ARROYO JIMENEZ, L.: “La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites”, en AA.VV.: *Le externalizzazioni. Tai del XVI Convengo degli amministratoriitalo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006*, Bolonia, 2007, págs. 123 y ss.

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

4. 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.

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

“Modernizar”, e ahí la clave; éste es el contexto adecuado para hacer florecer la privatización de actividades administrativas⁶.

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”⁷): “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 CE impedirán su privatización absoluta)⁸.

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)⁹, pero sí admitirá técnicas de llevanza sometidas al mercado y sus leyes, en virtud de las cuales la Administración proporciona prestaciones a los administrados a través de entidades especializadas¹⁰. Así, el contrato administrativo con empresas contratistas o concesionarias, que aportan sus medios humanos y materiales a la prestación de la encomienda pública asumida, o la creación de una entidad instrumental sometida al Derecho Privado destinada a ejercer el quehacer que previamente realizaba la Administración, pasan a ser instrumentos indispensables¹¹.

Tales fenómenos, crecientes en los últimos tiempos, no acaban, sin embargo, 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 entidad interpuesta, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la denominada “laboralización” de los recursos humanos. Y es que quienes prestan su esfuerzo productivo a favor del nuevo empleador que asume la gestión de la encomienda pública van a tener la condición de trabajadores, reclutados bajo el parámetro de la libertad de empresa propio del Derecho Laboral y, como derivado de éste, el de la autonomía de la voluntad del titular de la organización productiva a la hora de incorporar a quien estime conveniente (art. 38 CE).

Bajo tales premisas, no hay que olvidar tampoco que la aparición en el horizonte de la idea de sostenibilidad en un contexto de crisis económica hace que la Administración intente encauzar sus actuaciones dentro de una política de marcada contención del déficit sin des-

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

7. 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.

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

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

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

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

cuidar los estándares de eficacia, razón por la cual las alteraciones subjetivas de la entidad encargada inicialmente de la prestación del servicio público no van a ser infrecuentes, bien derivadas de la asunción directa, por parte de la Administración, del cometido antes descentralizado, bien consecuencia de su rescate para su posterior encomienda a otra entidad distinta, quien, a su vez, puede externalizar parte de la actividad encargada a un tercero, o bien a resultas de la subcontratación ciertas parcelas del servicio público descentralizado.

La distorsión o disfuncionalidad del ordenamiento jurídico entre normas laborales y administrativas está servida en estos supuestos de novación total o parcial en la titularidad de la entidad gestora del servicio público, pues la mano de obra implicada quedará sujeta a un proceso sometido a las reglas y garantías propias del Derecho del Trabajo, pero siendo capaz de provocar, al tiempo, imputaciones de responsabilidad a la propia Administración.

2

Sucesión de empresa y
subrogación empresarial:
la aplicación del artículo 44 del
Estatuto de los Trabajadores

La privatización del funcionamiento de un ente gestor de servicios públicos, unida a la consecuente aplicación del Derecho del Trabajo a la mano de obra implicada, obliga a descender al detalle de un problema fundamental: el régimen jurídico aplicable a los trabajadores inmersos en un posible proceso de sucesión de empresas prestatarias de la actividad de interés general.

Uno de los principales mecanismos para la protección de los derechos de los trabajadores en las modificaciones empresariales es el principio de subrogación en las condiciones de trabajo recogido en el art. 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET). Mediante este mecanismo, se produce el mantenimiento de los derechos y obligaciones que el primer empresario ostentaba frente a sus empleados, de modo que el adquirente debe respetar las condiciones de trabajo existentes en la empresa adquirida. Cabe analizar, pues, la posible aplicación del mencionado precepto estatutario a las Administraciones Públicas, y en qué circunstancias y bajo qué condiciones, distinguiendo dos supuestos *de facto* distintos pero coincidentes en sus requisitos y en sus consecuencias: de un lado, el recurso a las contrataciones y concesiones administrativas; de otro, la creación de un ente instrumental.

2.1. Contratas y concesiones administrativas

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 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, no en vano “a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación”¹².

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contrataciones 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 y 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.

12. MESTRE 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.

2.1.1. 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 administrativa¹³, 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”¹⁴. 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 cesionario¹⁵.

2.1.2. Requisitos para la subrogación empresarial desde el punto de vista de la legislación social

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que 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*¹⁶.

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

13. REBOLLO RICO, A.: “Derechos y obligaciones del concesionario”, 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. 215.

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

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

16. 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).

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 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 accesorias” (art. 44.2 ET)¹⁷.

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 empresarial, “siempre que conserven su identidad”¹⁸ y “lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”¹⁹, 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 referencia²⁰.

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 funcional²¹, quedando excluidos supuestos de transferencia de 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

17. GARATE CASTRO, J.: “Descentralización productiva por medio de contratos 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.

18. SST5, 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, SST5J, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y

León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

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

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

21. MOLINA NAVARRETE, C.: “El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido²².

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa²³, 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”²⁴. 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 traslación de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva²⁵. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de contratas o concesiones administrativas no hay efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo²⁶. Cabe afirmar, por ende, como 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 aplicable²⁷ (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)²⁸.

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

22. RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: “El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

23. 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.

24. 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).

25. ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: “La sustitu-

ción 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.

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

27. 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).

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

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 organización común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción²⁹, debiendo ser asumida la plantilla por la empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra³⁰. 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”³¹.

Tal interpretación ha empezado a ser asumida por algunos Tribunales Superiores de Justicia³², pero la línea mayoritaria del Tribunal Supremo (aun cuando con determinadas matizaciones referidas a aquellos supuestos en los que el nuevo empresario se hace cargo en términos significativos de calidad y número de una parte del personal del cedente)³³ sigue consistiendo en defender *a priori* 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 u organización³⁴ (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

29. SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *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.

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

31. 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.

32. Por todas, SSTSJ, Social, Canarias/Las Palmas 16 enero 2009 (AS 855).

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

34. 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.

las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal tras-crito).

Con mayor detalle, 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”³⁵; 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 productiva³⁶.

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 Tribunal español³⁷ 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 ET³⁸.

35. 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).

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

37. 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.

38. 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).

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”³⁹. Con mayor 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”⁴⁰.

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 contrata o 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 incluso 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. Así sucede, en paradigmático ejemplo, con la entrega de las llaves de un camping titularidad de un Ayuntamiento y todos los elementos necesarios para su explotación a la nueva entidad que se va a hacer cargo de su gestión⁴¹.

39. STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (I LJ 2584). En el mismo 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).

40. STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

41. STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 13 enero 2009 (AS 843).

En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación⁴², 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”⁴³.

En fin, 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 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”⁴⁴, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁴⁵. Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 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”⁴⁶. Se trata, pues, de “una garantía asumida por la

42. 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).

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

44. STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SIS, 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).

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

46. 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 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”.

nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento"⁴⁷, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

2.1.3. 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 de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo podrían quedar extinguidos⁴⁸.

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra con el solo hecho de tener en cuenta las dos circunstancias siguientes:

1. Aun no siendo de aplicación el mecanismo subrogatorio en los supuestos en los que el cambio de titularidad en la gestión del servicio público no vaya acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva⁴⁹, nada impediría al convenio colectivo o al pliego de condiciones de la contrata establecer la obligación de mantener las relaciones de trabajo de la anterior empresa adjudicataria, en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁵⁰. En estos casos, los efectos subrogatorios no nacen de la Ley sino del propio convenio colectivo o del contrato administrativo⁵¹.

47. 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).

48. 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).

49. 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.

50. SSTS, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100) y 11 abril 2000 (RJ 3946). "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",

No es habitual que en los pliegos de condiciones administrativas se recoja la obligación del Ente público de asumir la mano de obra destinada a la gestión del servicio público previamente externalizado. No obstante, cabe mencionar algunos ejemplos como pudiera ser la cláusula 14 del modelo de pliego de cláusulas administrativas particulares de la Consejería para la igualdad y bienestar social de la Junta de Andalucía para la regulación del contrato de gestión de servicios públicos por concesión mediante procedimiento abierto o restringido, en virtud de la cual “cuando la actividad de un centro cese, por finalización o modificación total o parcial del contrato de gestión, y sea adjudicataria de dicha explotación otra empresa o entidad pública, ésta vendrá obligada a subrogarse y absorber a los trabajadores de aquélla adscritos al servicio de las instalaciones que se explotan, respetándoles y conservando en su integridad, con carácter personal e irrenunciable, su antigüedad, salario y demás derechos laborales y sindicales reconocidos en convenio, pactos de empresa y condiciones personales”. En parecido sentido se pronuncian también, entre otras, la cláusula 16 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento de parques, jardines, zonas verdes y arbolado viario del municipio de Beasain, la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación mediante concurso y procedimiento abierto del servicio de jardinería en el término municipal de Zumaia o la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez.

Más frecuente es la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas destinadas a recoger la subrogación de contratistas, sobre todo en aquellos sectores de la actividad caracterizados por la prestación de servicios con escaso soporte material y, al tiempo, por un elevado nivel de precarización en el empleo. Cabe hacer referencia, así, a efectos meramente ilustrativos, a lo previsto en el art. 43 del convenio colectivo estatal de jardinería⁵², art. 14 del convenio colectivo estatal para las empresas de seguridad⁵³ o en el art. 63 del convenio colectivo de servicios de atención a personas dependientes⁵⁴. En tales supuestos, la jurisprudencia parece exigir que, para que la subrogación tenga lugar, ésta ha de “venir [necesariamente] impuesta por norma sectorial eficaz”⁵⁵ y ejercerse en los términos y con el alcance en la misma señalada⁵⁶, que generalmente no será el régimen subrogatorio *in toto*, previsto en el art. 44 ET⁵⁷.

SSTSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (IJL 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (IJL 2589 y 2584) ó País Vasco 23 septiembre 2003 (IJL 2347).

51. SSTS, Social, 22 abril y 10 diciembre 1997 (RJ 3581 y 1998, 736) y 9 febrero 1998 (RJ 1644).

52. BOE de 19 de julio de 2006.

53. BOE de 10 de junio de 2005.

54. BOE de 1 de abril de 2008.

55. SSTSJ, Social, Galicia 22 enero 2003 (AS 1962), Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602) ó Comunidad Valenciana 6 octubre 2004 (JUR 24110) y 3 marzo 2005 (JUR 108712). En el mismo sentido, SSTS, Social, 26 abril, 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 4532, 9100 y RJ 2000, 516) y 17 mayo 2000 (RJ 4620) ó SSTSJ, Social, Asturias 30 diciembre 2002 (IJUR 2003, 75141), País Vasco 20 abril 2004 (AS 2939), Navarra 30 junio 2004 (AS 2144) y Madrid 1 septiembre 2005 (Rec. 2363/2005). Admitiendo la eficacia a estos efectos de un acuerdo de empresa, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 11 septiembre y 9 octubre 2000 (AS 4130 y 4148).

56. Conforme señalan algunos pronunciamientos, “los efectos subrogatorios se limitan exclusiva-

Ahora bien, estas cláusulas convencionales, en virtud de las cuales se obliga al gestor del servicio público entrante a incorporar a su plantilla a los trabajadores adscritos a la concesión por el anterior adjudicatario, garantizándoseles así su continuidad en el empleo⁵⁸, deben ser interpretadas, tal y como se viene entendiendo por la doctrina de los Tribunales, de forma restrictiva y literal, pues constituyen “una excepción a la regla general de no subrogación”⁵⁹, quedando vinculados únicamente los sujetos que estén encuadrados en su ámbito de aplicación⁶⁰. Tal posición judicial no ha estado, sin embargo, exenta de críticas al “confundir los términos de la subrogación operada vía convencional por cuanto no existe una regla general de no subrogación ni tampoco una excepción subrogatoria. Se trata, por el contrario, de un derecho reconocido convencionalmente al trabajador, ni más o menos excepcional que cualquier otro que en convenio colectivo se reconozca”⁶¹.

De esta manera, el intérprete no estará forzado a analizar si concurren las condiciones legales de subrogación, sino exclusivamente a comprobar el acatamiento de las establecidas en el propio pacto colectivo, entendido desde el punto de vista de los objetivos buscados por él, a situar en una doble esfera: una mayor estabilidad en el empleo y una eliminación de contenciosos entre las partes⁶². A tal fin, cedente y cesionario deberán cumplir los condicionantes —materiales y formales— establecidos expresamente en el convenio⁶³, pues la transmisión únicamente se produce “cuando se cumplen los requisitos que a tal fin determina el pacto”⁶⁴, de forma que sólo la inobservancia de condiciones imprescindibles,

mente a la novación de los contratos de trabajo de los trabajadores que se integren en su plantilla ‘respetando sus antigüedades como el resto de los derechos adquiridos por el trabajador hasta el momento del cambio del contrato’, sin que pueda hacer extensiva su responsabilidad a las consecuencias derivadas de la posible aplicación del art. 44 ET, al no existir una subrogación en los términos previstos en dicha normativa, reguladores de los supuestos de sucesión de empresa [STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 13 junio 2003 (IUR 178337); en sentido similar, SSTSJ, Social, Cantabria 24 junio 2004 (IUR 187624) y Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2005 (AS 1585)]; o, en otros términos, la “norma convencional no prevé una subrogación igual o similar a la del art. 44 ET sino una nueva contratación tras un proceso de selección imponiendo sólo un porcentaje de nuevas contrataciones pero no la subrogación o novación de los contratos anteriores” [STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 31 enero 2002 (AS 2003, 721); aplicando dicha doctrina, SSTSJ, Social, Andalucía/Granada 7 enero 2004 (IUR 79463) ó Castilla y León/Valladolid 30 abril y 4 octubre 2004 (IUR 172544 y AS 2741)].

57. ALVAREZ ALCOLEA, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El out-*

sourcing, cit., pág. 272.

58. SALA FRANCO, T.: “La sucesión de contratistas”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinaria*, Valladolid, 2002, pág. 275.

59. Por todas, STS, Social, 8 junio 1988 (Ar. 6693).

60. SSTS, Social, 28 octubre 1996 (Ar. 7797), 15 diciembre 1997 (Ar. 1998/1136) y 22 mayo 2000 (Ar. 4624) ó SSTSJ, Social, Madrid 26 junio 2001 (Ar. 2961) y 23 junio 2003 (Ar. 3420) y Extremadura 10 diciembre 2004 (Ar. 3383).

61. SALA FRANCO, T.: “La sucesión de contratistas”, cit., pág. 275.

62. SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 10 julio 2000 (IUR 2001, 57295) y 18 noviembre 2004 (AS 3869).

63. SSTS, Social, 10 diciembre 1997 (RJ 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644), 30 septiembre 1999 (RJ 9100) y 10 julio y 27 octubre 2000 (RJ 8295 y 9656) ó SSTSJ, Social, Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456) y Castilla-La Mancha 13 octubre 2004 (AS 2972).

64. SSTSJ, Social, Baleares 8 enero 2004 (AS 1505) y Andalucía/Sevilla 2 junio 2009 (IUR 365601).

necesarias y suficientes para entender acreditados los deberes recogidos en la norma convencional implicará la no aplicación de la cláusula subrogatoria en ella recogida⁶⁵.

Bajo tales premisas y descendiendo al terreno que aquí interesa, estas cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratas no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito de aplicación del convenio, pero nunca a empleadores en él no incluidos⁶⁶; es decir, el convenio colectivo “ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”⁶⁷, razón por la cual la subrogación incorporada en una norma paccionada no obligaría a la Administración, a menos que ésta fuera firmada por dicho órgano público asumiendo el compromiso, en los casos de reversión, de mantener las relaciones de trabajo suscritas con la antigua concesionaria, lo cual parece poco probable.

2. No hay que olvidar tampoco que el mecanismo de la subrogación por parte de la Administración en los supuestos de reversión podría vulnerar los 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 podido producir la subrogación por parte de la Administración si se cumplen los requisitos exigidos en el art. 44 ET o lo establece el pliego de condiciones, 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.

Teniendo en cuenta la peculiar naturaleza del trabajo, de cuya efectiva prestación fáctica no se puede hacer abstracción, y la imposible exigencia de repetición “*in natura*”, es lógico que el trabajador pueda exigir una restitución indirecta que evite el enriquecimiento sin causa de la otra parte, quien ya ha hecho suyos los frutos de la actividad prestada, optando el art. 9.2 ET por pautar directamente como medida de valor del trabajo que hubiese desarrollado el empleado el referente que el propio ordenamiento posee como recíproco respecto a la prestación de actividad: el salario correspondiente.

65. SSTS, Social, 11 marzo y 28 julio 2003 (RJ 3353 y 7782) y SSTSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 8 marzo, 17 y 31 (dos) mayo y 14 junio 2004 (AS 739, JUR 173847 y 176317, AS 1933 y 2069), Madrid 18 enero 2005 (AS 86), País Vasco 15 febrero 2005 (AS 540), Comunidad Valenciana 14 enero 2004 (AS 1516) y 3 marzo 2005 (JUR 108712), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 7 abril 2005 (AS 930), Baleares 25 mayo 2005 (AS 1839) ó Navarra 30 junio y 26 julio 2005 (JUR 197931 y AS 2197).

66. Entre otras, SSTS, Social, 14 diciembre 1994 (RJ 10093), 15 diciembre 1997 (RJ1136) y 22 mayo 2000

(RJ 4624) ó SSTSJ, Social, Extremadura 20 marzo 1995 (AS 1080), Murcia 13 octubre 1995 (AS 4044) y 28 julio 1999 (AS 2670), Andalucía/Granada 10 junio 1999 (AS 4042), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 10 diciembre 2004 (AS 3383), Cataluña 22 septiembre, 19 octubre y 13 diciembre 2004 (JUR 281889 y AS 3451 y 4011) y Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

67. STS, Social, 28 octubre 1996 (RJ 7797) y SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 enero 1999 (AS 195), Murcia 5 junio 2000 (AS 5347) y Aragón 8 julio 2009 (JUR 399971).

Esta interpretación no soluciona, sin embargo, de una forma adecuada la concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa, pudiendo distinguir los tres siguientes supuestos⁶⁸:

a) Si la reversión de la actividad a favor de la Administración se produce con el objetivo inmediato de su nueva adjudicación a un tercero y se cumplen los requisitos del art. 44 o lo establece el pliego de condiciones, se produciría la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, procediendo, no obstante, a su inmediata suspensión (no habiendo prestación de actividad laboral por el trabajador no procederá tampoco contraprestación económica por parte de la Administración). Es más, dicha situación de pendencia se mantendrá 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.

Una oportuna intervención legislativa debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la devolución de la actividad a otro empresario privado⁶⁹; 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”.

b) 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 si ello fuera pertinente, el trabajador estaría accediendo al empleo público —permitase la expresión— “por la puerta de atrás”.

Para evitar tan deplorable consecuencia algunos pliegos de cláusulas administrativas particulares establecen expresamente que en ningún caso la Administración contratante “se subrogará en las relaciones contractuales entre la entidad adjudicataria y el personal de la misma, ya sea por terminación del contrato o por cualquier otra causa”, tal y como sucede, por poner un ejemplo, en la cláusula undécima del pliego de cláusulas administrativas particulares del centro especial de empleo para el servicio de mantenimiento de zonas verdes del Ayuntamiento de Aranjuez⁷⁰.

No estaría de más -conforme ocurría en el supuesto anterior- un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar el obligado respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza, no existiendo inconve-

68. 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 AAVV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 528 y ss.

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

70. En parecido sentido, cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación del servicio de mantenimiento y conservación de parques y jardines en el municipio de Berja (Almería).

niente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente⁷¹.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁷², en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁷³. 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 anterior⁷⁴, bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁷⁵, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

Procede abrir aquí un breve paréntesis para 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 objetivos⁷⁶, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades⁷⁷. 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 impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal⁷⁸. Tal argumentación ya ha sido recogida parcial y tímidamente por algún pronunciamiento judicial, en virtud del cual “para que se

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

72. 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-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 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).

73. DE 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. 17, 2008, pág. 8.

74. SSTs, 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.

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

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

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

extinga el contrato de trabajo del indefinido no fijo es preciso siempre que la plaza sea cubierta reglamentariamente, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, publicidad, mérito y capacidad. En el momento en que dicha cobertura se produzca, ello acarreará la extinción sin indemnización del contrato del trabajador indefinido no fijo que la ocupaba. Pero, si, por el contrario, la Administración considerara innecesarias las plazas por motivos legalmente amparados en los arts. 51 ó 52 ET (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), podrá proceder, si existe causa justa para ello debidamente acreditada, a la amortización de las mismas y a la extinción de los correspondientes contratos, lo que conllevará en todo caso el abono de la indemnización legalmente prevista (veinte días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)⁷⁹.

c) En fin, no exento de dificultades 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 espino-so 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]⁸⁰, al no ser de aplicación el art. 44 ET⁸¹, otros van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación, si se cumplen los requisitos exigidos, en favor de los afectados⁸². De conformidad con una sólida interpretación judicial, “lo decisivo para que exista subrogación empresarial no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo. Aquello supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el ‘*substratum*’ objetivo de la empresa”⁸³. Eso sí, ante la imposibilidad de prestar servicios, y en una solución análoga a cuanto se prevé para los fijos-discontinuos, es posible apreciar que el vínculo permanece en estado latente, de tal manera que si el servicio vuelve a prestarse, automáticamente se reactiva la cláusula subrogatoria y los afectados deberán volver a ser llamados para prestar servicios a la Administración⁸⁴ o, cabría añadir, a un

78. 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 AAVV.: *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.

79. STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 14 enero 2009 (rec. 1743/2008).

80. SSTSJ, 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.

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

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

83. STS, Social, 5 febrero 1991 (RJ 800); en términos parecidos, STS, Social, 26 mayo 1987 (RJ 3886). Siguiéndolas SSTSJ, Social, Castilla-La Mancha 19 noviembre 1998 (AS 4517) y Madrid 17 (dos) mayo 2005 (AS 1522 y JUR 156066).

84. STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (AS 1903).

privado si aquélla decide exteriorizar, de nuevo, su gestión; durante esta situación suspensiva especial los trabajadores deberán ser considerados en situación legal de desempleo en aras a lucrar, en su caso, dicha prestación y además, ante la incertidumbre sobre el posible llamamiento en el futuro, habría de fijarse una indemnización a su favor como consecuencia de la falta de ocupación, cifrada en unas cuantías cercanas a las previstas en el artículo 51.8 ET (veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades).

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-]⁸⁵, pagando la indemnización prevista legalmente cifrada en 20 días de salario por año de servicio.

2.2. Otros supuestos de privatización

La utilización por parte de la Administración de las vías que el ordenamiento jurídico ofrece de privatización formal de ciertas actividades, materializada a través del recurso a órganos instrumentales sometidos al Derecho Privado, provoca importantes consecuencias laborales, sobre todo en el supuesto de desaparición de la entidad que se ha hecho cargo de la prestación de la actividad pública externalizada.

Las causas desencadenantes de tal circunstancia pueden ser variadas y de no difícil concurrencia práctica: cumplimiento del fin recogido en sus estatutos, llegada del término final fijado en los mismos o, cómo no, decisión de la propia Administración de la que aquélla dependa. Todas estas posibles circunstancias justificarían la liquidación del patrimonio de la entidad y la extinción de los contratos de trabajo por la vía del art. 51 ET (desaparición de la personalidad jurídica del contratante), dando lugar a la oportuna indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de doce mensualidades. No obstante, habría que estar a la norma que se ocupase de la redistribución del personal que ha estado vinculado con el ente que se disuelve, pues si en ella se estableciese la recolocación de ese colectivo en otro órgano administrativo, deviene necesario -lógicamente- dar cumplimiento a tal previsión⁸⁶.

La extinción de la personalidad jurídica del órgano público sometido al Derecho Privado puede ir acompañada, además, de una recuperación de la competencia o actividad descen-

85. 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.

86. GOMEZ ALVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004, págs. 218 y ss.

tralizada por la Administración inicialmente titular de la misma o de su transmisión a otra persona jurídica administrativa o privada para su ejercicio por razones justificadas de índole práctica, técnica o jurídica. En este caso, el objeto de la entidad prestadora del servicio público ha quedado vacío de contenido, lo cual puede justificar la extinción de los contratos de trabajo por la vía del art. 51 ET, pero es necesario comprobar si junto con la reversión de la competencia para desarrollar una actividad, se han transmitido también los bienes que conformaban el activo utilizado por la persona público-privada para la ejecución de tal cometido. Si así fuera, serían de aplicación las reglas de subrogación previstas en el art. 44 ET. En caso contrario, la extinción de los contratos sería plenamente lícita a no ser que el convenio colectivo estableciera lo contrario o que la decisión de recuperación de la actividad por parte de la Administración se hubiese acompañado de una previsión específica sobre los derechos de los trabajadores afectados que garantizara su incorporación al órgano administrativo de origen o a otro distinto⁸⁷.

En fin, puede suceder también que la actividad desarrollada por la entidad que la tenía encomendada se transfiera por segunda vez. Es decir, no revierta en la propia Administración matriz sino en otra entidad diversa, esto es, en una tercera persona. Tal supuesto no plantea especialidad alguna: si no se transmite el pertinente activo patrimonial al nuevo ente no operará la subrogación empresarial, a no ser que expresamente lo prevea el convenio colectivo, siendo necesario que se trate de un convenio colectivo eficaz y que sea de aplicación en la nueva empresa.

Por lo demás, tales conclusiones resultan de fácil aplicación en cuanto al personal laboral al servicio del ente encargado del servicio descentralizado se refiere, no en vano éste puede haber asumido los empleados por cuenta ajena cedidos en su día por la Administración o haber contratado personal *ex novo*. Más dificultades se plantean, no obstante, si, en el proceso de descentralización, han estado involucrados funcionarios. No está de más recordar cómo la versión primigenia del art. 29.3 a) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP) asumía el encargo de poner fin a la presencia de funcionarios en organismos privatizados (en tanto sometidas sus prestaciones al servicio del Derecho del Trabajo), estableciendo de forma concluyente que “procederá declarar en excedencia voluntaria a aquéllos cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro cuerpo o escala de cualquiera de las Administraciones Públicas, o pasen a quedar integrados en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en alguna otra”. A partir de tan drástica previsión, la laboralización de funcionarios se convirtió en medida adicional a ciertas decisiones organizativas, tales como transformación de organismos autónomos en sociedades estatales de las distintas especies surgidas por la evolución legal.

El atentado al derecho al cargo derivado del intento de una transformación forzosa obligó a adoptar medidas alternativas tendentes a evitar el anterior carácter imperativo, permitiendo al funcionario optar entre conservar el *status* precedente siendo recolocado y reclasificado en otro puesto o pasar a prestar servicios en el nuevo ente semipúblico o semiprivado como excedente voluntario en el suyo de origen, con posibilidad de reingreso a su

87. FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de conce-*

siones administrativas de gestión de servicios públicos, Sevilla, 2008, págs. 67 y ss.

antigua situación [nueva versión del art. 29.3 a) LMRFP a tenor de la Ley 13/1996, de 13 de diciembre]. A estos efectos, el art. 15.3 Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas (RSA), permite, además, que, en el plazo de un mes desde la extinción de su contrato laboral, el funcionario pueda pedir el reingreso al servicio activo.

El EBEP no establece previsión alguna al respecto, pudiendo interpretar, por tanto, que tales previsiones previas continúan vigentes, pues en nada contradicen a la nueva regulación estatutaria (disposición final 4ª.3)⁸⁸. Es más, según las Instrucciones para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, de 21 de junio de 2007, elaboradas por la Secretaría General para la Administración Pública, se mantiene expresamente la regulación de esta clase de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público hasta tanto se promulgue la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado⁸⁹.

88. CASTILLO BLANCO, F.A.: “Las situaciones administrativas de los empleados públicos”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007, pág. 526.

89. FUENTETEJADA PASTOR, J.A.: “Situaciones administrativas”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, pág. 816.

3

El artículo 42
del Estatuto de los
Trabajadores

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 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 LCSP⁹⁰.

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 terceros⁹¹. 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 laborales⁹². La longitud de la cadena puede adquirir, por tanto, grandes dimensiones.

90. 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.

91. 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 construc-*

ción, Valladolid, 2007, pág. 170.

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

93. 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.

3.1. 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*)⁹³, en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio⁹⁴.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u "horientalización")⁹⁵ 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 LCSP, el cual se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el adjudicatario concierta 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 originario⁹⁶, 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)⁹⁷.

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 recelos 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 cumplimiento⁹⁸.

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 reserva-

94. 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.

95. 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.

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

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

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

do, 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)⁹⁹.

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 contrato¹⁰⁰. 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 primero¹⁰¹. 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.

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

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 contra-

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

100. IBAÑEZ GARCIA, I.: "La subcontratación en los contratos del sector público", *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007, págs. 17-22.

101. 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.

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

tista 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, fácil¹⁰², 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 personal¹⁰³.

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”.

3.2.1. 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 restituir¹⁰⁴. 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 ET¹⁰⁵.

103. 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.

104. SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización pro-*

ductiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing, Pamplona, 2003, pág. 194.

105. 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.

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 contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento¹⁰⁶.

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 posibilidad¹⁰⁷, en especial, tras una serie de resoluciones judiciales en las que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las Administraciones públicas¹⁰⁸, no en vano el término “contratas y subcontratas” utilizado por la norma tiene un marcado carácter “atécnico”¹⁰⁹.

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 Trabajo¹¹⁰.

106. 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).

107. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: “Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas”, en AAVV: *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 AAVV (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. ó NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de ‘contrata de*

propia actividad’, Valencia, 2004, pág. 37.

108. 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 y 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).

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

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

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”¹¹¹, motivo por el 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 trabajo¹¹². 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 dispensa indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato¹¹³.

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”¹¹⁴. De esta 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”¹¹⁵.

3.2.2. 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 sub-

111. GOERLICH PESET, J.M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

112. 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.

113. 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.

114. 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).

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

contratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente. El principal problema en la materialización de tal objetivo 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)¹¹⁶.

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 auxiliares¹¹⁷. “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”¹¹⁸. 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”¹¹⁹. La 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 contrato¹²⁰.

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

117. 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.

118. 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.

119. BOCANEGRA SIERRA, R.: “La responsabilidad civil de los concesionarios y 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).

120. 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.

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 contrata¹²¹. Así, “a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral 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”¹²².

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

121. SANTOR SALCEDO, J.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 196.

122. SSTS, Cont-Admto, 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.

3.2.3. Sobre el concepto “propia actividad”

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación también 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 comitente, 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 competencia.

La alusión genérica a la “propia actividad” —“*vexata quaestio*”, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y “sobre todo enormemente escurridiza”¹²³— 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 doctrina¹²⁴ y la consiguiente necesidad de un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia¹²⁵. 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

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

124. Para un sector de la doctrina, “*propia actividad*” equivale a total igualdad de las 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.

125. 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.

la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal¹²⁶. Es necesario imponer, por tanto, una 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 Administración¹²⁷.

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*¹²⁸. 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.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales¹²⁹. 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, siempre y cuando el destinatario último fuera el ciudadano¹³⁰. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de

126. SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 204.

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

128. 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.

129. 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*, 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.

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

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 contratante, con la condición de que ello redunde en beneficio de la colectividad¹³¹.

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 declarado que forma parte de este concepto “el servicio de retirada de vehículos mal aparcados”¹³², “la ayuda a domicilio”¹³³, “la conservación y mantenimiento de parques naturales”¹³⁴, “la gestión de unas entidades deportivas”¹³⁵, “la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos”¹³⁶, “ciertas tareas de vigilancia”¹³⁷, “el mantenimiento de una estación depuradora de aguas”¹³⁸, “la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico”¹³⁹, “la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos”¹⁴⁰, “la adjudicación administrativa de comedores escolares”¹⁴¹, “la toma de datos para la informatización de un servicio”¹⁴², “una actividad de restauración medioambiental”¹⁴³ o “el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud”¹⁴⁴. Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado “la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza”¹⁴⁵, “las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma”¹⁴⁶, “la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos”¹⁴⁷, “la limpieza de los entes docentes públicos de una ciudad”¹⁴⁸ o “el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación”¹⁴⁹.

131. SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

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

133. 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).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

147. SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

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

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

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...) ¹⁵⁰. 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 en beneficio de la colectividad 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 derivan ¹⁵¹: la falta de seguridad o certeza ¹⁵². 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 desconocen ¹⁵³.

En fin, idénticas conclusiones podrían aplicarse a los supuestos de descentralización de actividades públicas mediante la creación de un ente instrumental, que, a su vez, proceda a externalizar parte de la actividad pública dispensada, pues ello podría conllevar igualmente una responsabilidad en materia laboral y de Seguridad Social por parte de la Administración atendiendo a los términos del art. 42 ET.

3.2.4. 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*") ¹⁵⁴ 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, inte-

150. MONTOYA MEDINA, D.: Trabajo en contratas y protección de los trabajadores, Valencia, 2004, pág. 138.

151. 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.

152. 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.

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

154. STS, Cont-Admto, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

ligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego”¹⁵⁵.

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 contratos¹⁵⁶ 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 alcance¹⁵⁷. La autoexoneración de responsabilidad prevista 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 Administración¹⁵⁸.

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”¹⁵⁹, 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”¹⁶⁰. Tres argumentos avalan esta conclusión¹⁶¹: 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 alguno¹⁶². 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 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.

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

subcontratas, Valencia, 1998, pág. 20.

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

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

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

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

161. SANTOR SALCEDO, H.: “*Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales*”, cit., pág. 214.

158. GARCIA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas*

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

4

Cesión ilegal de trabajadores.
La intermediación (lícita) de las
empresas de trabajo temporal

La contratación de trabajadores para cederlos a otro empresario (en este caso, a una Administración pública) implica una consecuencia primera y principal prohibida por el ordenamiento jurídico laboral: frente a la relación tradicional y típica de trabajo que presupone la existencia de dos sujetos (trabajador y empresario), donde el primero tiene como obligación fundamental la prestación de servicios al segundo y donde el empresario retribuye y recibe esos servicios, se produce una relación triangular caracterizada por la disociación de facultades empresariales entre dos sujetos y por la existencia de dos relaciones jurídicas diferenciadas: una, que deriva del contrato de trabajo y que une al trabajador con el empresario formal y otra, material o real, que vincula al operario con el empresario-Administración para el que realmente presta servicios, relación esta última que no se articula mediante un contrato de trabajo ni mediante ninguna otra fórmula contractual, pero se trata de una relación jurídico-laboral de hecho merecedora de protección jurídica.

El empresario prestatario se limita a proporcionar la fuerza de trabajo que realizará su actividad bajo la dependencia, organización y dirección de la Administración¹⁶³, es decir, se ciñe al “simple reclutamiento y cesión de personal”¹⁶⁴. Esa falta de integración determina la existencia de una interposición ilícita, pues el empresario ficticio restringe su actividad al suministro de mano de obra al Ente Público sin ejercer su capacidad de planificación, disciplina y gestión, ni los derechos, obligaciones, riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador¹⁶⁵. De esta forma, el interpuesto es un “auténtico medio propio” de la propia Administración¹⁶⁶, no existiendo dos voluntades independientes sino una mera relación “*in house providing*”¹⁶⁷, a través de la cual se contribuye al “mantenimiento de las políticas administrativas de precarización laboral”, no en vano “existe una masa obrera flotante destinada a desempeñar las distintas ocupaciones públicas sin ninguna garantía de estabilidad”¹⁶⁸, previa existencia de un ente artificial de imputación jurídica¹⁶⁹.

Una valoración equilibrada de este tipo de prácticas exige tomar como punto de partida lo previsto en el art. 43 ET, en virtud del cual se prohíbe literalmente un comportamiento

163. LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*, Madrid, 1999, pág. 101.

164. SSTs, Social, 9 febrero y 12 diciembre 1997 (Ar. 803), 14 septiembre 2001 (Ar. 202/582), 17 enero 2002 (Ar. 3755), 19 mayo 2004 (TOL 449745) y 11 mayo 2005 (TOL 657196).

165. SSTs, Social, 19 enero 1994 (Ar. 352), 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 25 octubre 1999 (Ar. 8152), 29 enero 2004 (TOL 347152) y 29 abril 2005 (675614).

166. “Lo cual no es admisible: si la Administración matriz va a pagar íntegramente todo el coste del nuevo personal necesario para realizar la actividad, no se comprende por qué razón no lo hace directamente. O peor aún: si se comprende; se comprende que lo hace para huir de las normas de selección de funcionarios o de contratación de personal por la Administración...”. REBOLLO PUIG, M.: “Los entes

instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995, págs. 392-393.

167. SSTJCE 107/98, de 18 de noviembre de 1999, asunto *Teckal* ó 94/99, de 7 de diciembre de 2000, asunto *Arge*. Por extenso, DELVOLVE, P.: “Marchés publics: les crières des `contrats-maison`, *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2002, pág. 56.

168. AMOEDO SOUTO, C.A.: “La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de ‘medios propios’. El caso de Tragsa”, *Aunario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, pág. 983.

169. NAVARRO NIETO, F.: “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004, pág. 47.

objetivo, una determinada conducta descrita en términos fácticos, es decir, toda situación ficticia, por medio de la cual aparezca como empleador formal quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador.

Tal hipótesis da lugar, además, a responsabilidades diversas para los empresarios infractores, el cedente y la propia Administración, al tiempo que, para los trabajadores, genera derechos adicionales que minimizan los efectos perjudiciales del tráfico ilícito. En cuanto a las responsabilidades empresariales, el art. 43.2 ET hace responsables solidarios a ambos empresarios de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. En cuanto a los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, el art. 43.3 ET les otorga el de adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o en la cesionaria, una vez transcurrido un plazo igual al legal o convencionalmente previsto como período de prueba¹⁷⁰. Por su parte, el art. 104 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), declara a ambos, cedente y cesionario, responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y el art. 127.2 LGSS prevé la responsabilidad solidaria entre el empresario cedente y cesionario en los casos de cesión temporal de mano de obra, aunque sea a título amistoso y no lucrativo¹⁷¹.

La dicción de dos de estos preceptos (el art. 43.3 ET y el art. 127.2 LGSS), pese a su aparente contradicción, no plantea serios problemas interpretativos. Mientras el art. 127.2 *in fine* se refiere específicamente a las responsabilidades prestacionales, el art. 43.2 comprende todas las responsabilidades en materia de Seguridad Social, por lo que aquél es una reiteración de lo que éste establece o una simple especificación¹⁷². Así, las obligaciones frente a las que responden solidariamente cedente y cesionario (Administración *in casu*) son todas las contraídas con los trabajadores (salarial, indemnizatoria, de readmisión...) y con la Seguridad Social (pago de cotizaciones, de prestaciones...) adquiridas durante la vigencia de la cesión ilegal, no las anteriores ni posteriores a aquélla. La razón de esta amplitud se halla, sin duda alguna, en su carácter de respuesta frente a la actuación contraria a la Ley tanto del prestamista como del receptor, así como en la intención de proteger de la forma más completa posible al trabajador, cuyos derechos laborales -y de Seguridad Social- son los que pueden verse más directamente afectados por la actuación de aquéllos. Es más, en muchos casos, muy probablemente, el cedente es una empresa ficticia, sin patrimonio propio y muchas veces insolvente, razón por la cual los trabajadores, en la práctica, sólo van a poder ser resarcidos por la Administración, si bien aquéllos deberán dirigir la reclamación judicial contra ambos para evitar la alegación de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario¹⁷³.

Singular mención merece, por su carácter sumamente ilustrativo, aquel pronunciamiento judicial, en virtud de la cual no se califica como cesión ilegal la prestación de servicios de

170. SSTS, Social, 12 diciembre 1997 (Ar. 9315), 3 febrero 2000 (Ar. 1600), 27 diciembre 2002 (Ar. 1844) ó 16 junio 2003 (Ar. 7092). En idéntico sentido, STSJ Madrid 5 marzo 1998 (Ar. 787).

171. STS, Social, 14 septiembre 2001 (RJ 582).

172. BLASCO PELLICER, A.: *La responsabilidad empre-*

sarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social, Pamplona, 2005, pág. 62.

173. GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999, pág. 465.

tres técnicos informáticos, contratados por una tercera empresa a favor de un Ayuntamiento. Argumenta el órgano juzgador lo siguiente: “del conjunto de indicios que nos ofrece la relación concreta de prestación de servicios que nos ocupa no se desprenden elementos suficientes como para entender que existe una auténtica relación jurídico laboral; pues faltan las notas de la dependencia y la ajenidad consustanciales a la relación laboral; así, no consta que los tres técnicos informáticos al servicio de la Corporación demandada se dedicaran a llevar a cabo la actividad administrativa ordinaria de la misma, sino que desempeñaban funciones especializadas de instalación, puesta en funcionamiento y aplicación de los sistemas informáticos utilizados para el desarrollo de la actividad propia de aquélla (justificación técnica del recurso a la empresa suministradora y autonomía de su objeto); tampoco ha quedado acreditado que estuvieran sometidos al ámbito de organización y dirección del Ayuntamiento (no recibían órdenes e instrucciones del personal directivo de éste a la hora de desarrollar la actividad, no existía jornada ni horario de trabajo mínimamente regulares), ni que tuvieran garantizada una retribución fija y periódica sino cobros condicionados a la efectiva realización de sus funciones (que, además, compatibilizaban con los que a su vez percibían de otros clientes por la prestación de servicios similares); el hecho de que los tres técnicos desarrollaran su actividad profesional principalmente para el Ayuntamiento demandado y en sus instalaciones, amén de ser una condición esencial para la prestación de sus servicios especializados, no deja de ser un indicio neutro e irrelevante a la hora de calificar la relación jurídica”¹⁷⁴.

Desde tal perspectiva, en muchas ocasiones la empresa suministradora de mano de obra, aun actuando como interpuesta, carece de entidad real, de modo que, como ha reconocido la jurisprudencia, “mal cabría optar por adquirir la condición de trabajador en una empresa que no existe”¹⁷⁵. En este caso, el operario podría pasar a ocupar una plaza en propiedad en dicha Administración, pero sin someterse a los procedimientos de selección establecidos¹⁷⁶, razón por la cual la doctrina jurisdiccional se ha visto obligada a hacer una forzada interpretación con el fin de no permitir tal consecuencia¹⁷⁷, ejerciendo una auténtica labor pretoriana capaz de dotar de coherencia al exiguo régimen legal¹⁷⁸. A tal fin, cuando una empresa privada preste irregularmente a alguno de sus trabajadores a un empleador de naturaleza pública procede entender corregida y adaptada la letra del precepto comentado (art. 43 ET), reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiera la condición de empleado público, pero sólo hasta tanto la plaza se cubra en forma reglamentaria y con carácter definitivo en el centro administrativo correspondiente¹⁷⁹, pasando a ocupar la categoría (ya conocida) de trabajadores indefinidos no fijos¹⁸⁰.

174. STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 15 noviembre 2006 (JUR 68563).

175. STS, Social, 17 enero 1991 (Ar. 58).

176. ANTONIO ALTES, J.: *La contratación temporal en la Administración Pública*, Valencia, 1984, pág. 107.

177. 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. 158.

178. MONTOYA MARTIN, E.: *Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado*, Madrid, 1996, pág. 965.

179. SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar.

No es descartable tampoco, a la postre, que el trabajador afectado fuera ya indefinido en la empresa prestataria a través de la cual se procedió a la cesión ilegal a la Administración, de forma que la aplicación de esa doctrina matizada, negando el reconocimiento de la condición de fijo en la Administración, supone un retroceso de lo ya reconocido al trabajador afectado en la empresa cedente, pues la calificación judicial de “indefinido no fijo de plantilla” no es identificable, ni equiparable, con la condición de indefinido en el empleador ordinario, sino más perjudicial. En este sentido, la opción judicialmente reconocida a favor del operario se convertiría, sorprendentemente, en una alternativa en su contra, y la tutela judicial en una auténtica trampa y una norma premial para la Administración¹⁸¹, pero el obligado respeto de los principios de mérito y capacidad impiden llegar a una conclusión distinta.

Conviene aclarar también que las condiciones de trabajo del trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración como consecuencia de una cesión ilegal seguirán siendo reguladas por el convenio colectivo que en el momento del traspaso fuera de aplicación en la empresa correspondiente¹⁸², pero sólo hasta la expiración de su vigencia o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte de aplicación en la entidad cedente¹⁸³.

Sea como fuere, no hay que olvidar que la cesión deja de ser ilegal cuando se efectúa a través de una empresa de trabajo temporal. 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 excepción a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET¹⁸⁴. Así pues,

10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (IJL 1063 y 2056), 26 julio 2004 (IJL 923), 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSI, Social, Madrid 18 junio 1998 y 8 junio 2001 (Ar. 2595 y JUR 259592), País Vasco 18 septiembre 2001 (Ar. 4003), Madrid 21 abril 2003 (IJL 1406), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 5 junio 2003 (IJL 1086), Extremadura 2 abril 2003 (IJL 1227), Castilla-La Mancha 14 marzo 2003 y 19 febrero 2004 (IJL 91578 y 670), Asturias 20 febrero 2004 (IJL 777), Cantabria 17 mayo 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 21, 2004, pág. 2621 y ss.) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337). En la doctrina, BOLTAINA BOSCH, X.: “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, T.V, 2002, págs. 529 y ss.

180. Por solo hacer referencia a algunos de los últimos pronunciamientos judiciales, cabe hacer mención a las SSTSI, Social, Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218) Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS 2450) ó Madrid 11 septiembre 2009 (JUR 479227).

181. ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBIAL, S.: “De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en

supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, pág. 175.

182. SSTSI, Social, 15 diciembre 1998 (Ar. 1011) ó 12 enero 2005 (Ar. 1499).

183. SSTSI, Social, 22 marzo y 11 octubre 2002 (Ar. 5994 y 10682).

184. 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 BAA-MONDE, 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 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 ó RAMOS MORCILLO, M.J.: “El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292.

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 14/1994¹⁸⁵. 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 autorizada¹⁸⁶—, el resultado no es sino la “ruptura del sintagma funcional”¹⁸⁷, 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 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-responsabilidad. 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”¹⁸⁸ y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular¹⁸⁹ —no mera mediación¹⁹⁰—, en la cual quien dirige

185. 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), *Actualidad Laboral*, 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.

186. 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.

187. GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 14-15.

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

189. 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 ó GALA DURAN, C.: “Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, pág. 43.

la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece 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 disposición¹⁹¹- con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

Bajo tales premisas, la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª 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”¹⁹².

Esta prohibición a la posibilidad de que los Entes públicos utilicen de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal merece una valoración positiva por cuanto 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.

Ahora bien, pese al acierto de la mentada prohibición, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta 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 aná-

190. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, Madrid, 1994, pág. 48.

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

192. 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.

loga” a los anteriores, no en vano parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa¹⁹³. 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 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 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 Administración¹⁹⁴. 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 fijos¹⁹⁵.

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 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

193. 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. 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”, cit., pág. 967.

194. 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.

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

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”¹⁹⁶.

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 pero no fijo. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial 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.

196. SERRANO OLIVARES, R.: “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las

Administraciones Públicas. aspectos de Derecho Individual del Trabajo”, cit., pág. 967.

5

Cesión "inter" e "intra"
administrativa

Negar la crisis y su proyección también sobre la Administración; afirmar, al tiempo, el derecho al cargo acudiendo a su entronque constitucional (desconociendo, por cierto, la inexistencia de derechos adquiridos en la más firme teoría unilateral de la relación funcional que la sustenta) para evitar la flexibilidad (presentada como discrecionalidad) en el empleo público (más bien en la función pública), puede servir para elaborar brillantes páginas sobre lo que fue un tiempo pasado indudable mejor, bajo la pretensión de conservar sus esencias al amparo de un referente jurídico cuando menos ambiguo; sin embargo, peca de una lamentable falta de realismo, resistencia a la adaptación, anquilosis dogmática que no puede ser solventada con acusaciones lanzadas hacia el pasado, sino que necesita evolucionar con soluciones hacia el futuro, y éstas pasan por la exigencia de amplias dosis de ductilidad como cauce para la eficacia, aun cuando el precio sea tan alto como la desestabilización del "dogma" de la inamovilidad¹⁹⁷.

Desde tal perspectiva, aun cuando cada Administración, respondiendo a sus peculiaridades funcionales, se viene dotando de la mano de obra necesaria para el desempeño de sus actividades, razones de excelencia en la prestación de servicios a los ciudadanos y de eficiencia en la utilización de los recursos humanos requieren facilitar la movilidad de empleados de unas Administraciones a otras o, incluso, dentro de la propia Administración¹⁹⁸. Esta posibilidad de trasvase de servidores públicos debe ser reputada, en principio, como una medida de signo positivo, pues aporta elementos de flexibilidad en la gestión de los efectivos de las organizaciones administrativas afectadas, mejorando, en suma, su productividad¹⁹⁹. En un contexto económico y social fuertemente marcado por la competitividad, la Administración y, singularmente, los mecanismos e instrumentos de gestión de la mano de obra que presta servicios en la misma, no pueden perpetuar marcos de incomunicación y aislamiento entre los departamentos u organizaciones que operan en un ámbito territorial más o menos próximo porque, a la postre, ello no haría sino generalizar la existencia de cotos burocráticos marcados por la mediocridad y desactivar el esfuerzo que -en tanto en cuanto profesionales- los empleados públicos han de desarrollar en pos de una mejora permanente de su capacidad de rendimiento. Correctamente diseñada, la movilidad "intra" e "interorganizativa" puede, sin duda alguna, redundar en una mejor utilización del capital humano empleado y en una mayor satisfacción de los propios servidores públicos desde el punto de vista subjetivo²⁰⁰.

Ahora bien, junto a estos efectos de indudable carácter positivo, no conviene ignorar tampoco que la movilidad intra e interadministrativa puede ir acompañada de elementos colaterales de carácter perverso en el momento de su puesta en práctica, pues una hipotética intensificación de la dinámica de traspasos, provocaría, muy probablemente, una gran

197. DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, pág. 80.

198. TRILLO GARCIA, A.R.: "Art. 88. Servicio en las Administraciones Públicas", 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 914.

199. ERKOREKA GERVASIO, J.I.: "*La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales*", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (II), 1996, pág. 188.

200. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*, Madrid, 2004, pág. 15.

volatilidad en las plantillas de personal de las diferentes organizaciones administrativas afectadas, frustrando los esfuerzos desarrollados por éstas en orden a una gestión a largo plazo de sus recursos humanos y perjudicando, al tiempo, la calidad del servicio. Este riesgo es, desde luego, real para la Administración de origen, pero sobre todo para las Administraciones de destino, en la medida en que sus plantillas pueden verse afectadas por irrupciones repentinas de empleados capaces de desbaratar todas las programaciones y previsiones previamente realizadas en relación con el personal. Desde esta perspectiva y con el fin de evitar que la movilidad resulte disfuncional, deviene sumamente importante que tales decisiones vayan acompañadas de una planificación *ad futurum*, de modo tal que los esfuerzos de gestión previamente realizados no se vean repentinamente perturbados o, incluso, definitivamente inutilizados²⁰¹.

Con las adecuadas dosis de prudencia y de racionalidad en el planteamiento, la transferencia de funcionarios o laborales desde una entidad administrativa a otra o dentro del marco de una misma Administración debe intentar encontrar el mejor modo de conciliar los intereses particulares de los empleados con los de la propia organización administrativa, partiendo de los cauces que el ordenamiento jurídico establece al efecto en función del colectivo en cuestión.

5.1. Situación de servicios en otras Administraciones Públicas

Si se trata de funcionarios, es necesario tomar como punto de partida el régimen jurídico de la conocida como situación administrativa de servicios en otras Administraciones Públicas, diseñado con el objetivo último de garantizar al afectado una estabilidad básica capaz de protegerle de la discrecionalidad²⁰², pues —como se tendrá ocasión de comprobar— “la relación jurídica que une a aquél con la Administración no se debe extinguir por la alteración experimentada en la posición orgánica”²⁰³.

Conviene abrir un breve paréntesis para señalar que la relación de servicio habilita *a priori* al funcionario de una determinada Administración para el desempeño de un puesto de trabajo dentro de la misma, de entre los asignados al cuerpo al que pertenece. Si esta pres-

201. ERKOREKA GERVASIO, J.I.: “La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales”, cit., pág. 190.

202. DE LA VALLINA VELARDE, J.L.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pág. 465; MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 48, 1985, págs. 526-527; PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, 2001, págs. 199-200; SERRANO GUIRADO, E.: “La Ley de 15 de junio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la

Administración del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 15, 1954, págs. 239 y ss.; TORREBLANCA VERGARA, J.: *Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Sevilla, 1987, págs. 15 y ss. ó CANTERO MARTINEZ, J.: “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008, págs. 161 y ss. Sobre sus efectos “degenerativos”, PEREZ GOMEZ, J.M.: *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Granada, 1993, págs. 37 y ss. ó MANZANA LAGUARDA, R.: *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Valencia, 1998, págs. 15-16.

203. STS, Cont-Admtivo, 18 junio 1993 (Ar. 4611).

tación efectivamente se produce, la relación despliega todos sus efectos; ahora bien, en tanto en cuanto pueda ser llamado a prestar una plaza distinta en atención a un interés público materializado en la asunción de nuevas competencias por otras Administraciones o el surgimiento de inminentes necesidades, ello provocará mutaciones en su contenido rigurosamente tipificadas -en un concepto amplio- como situaciones administrativas, una de las cuales es precisamente la de servicio en otras Administraciones Públicas²⁰⁴.

Como con acierto se ha dicho, "el vínculo del funcionario lo es con un sujeto jurídico, la Administración; y ese vínculo es indefinido, permanente, y ampara una carrera profesionalizada que, resultando modulada por las diferentes vicisitudes por las cuales atraviesa el funcionario, no puede sin embargo verse extinguida más que por razones tasadas y bien alegadas de circunstancias puramente organizativas"²⁰⁵, máxime cuando el denominado "derecho al cargo" queda directamente referido a dos tipos de inamovilidad: de una parte, la "relacional" (cargo en sentido subjetivo), aludiendo al mantenimiento de la relación, protegiendo al funcionario de la libre separación; de otra, la "funcional" (cargo en sentido objetivo), a proyectar sobre el puesto de trabajo de adscripción, para garantizar su permanencia en el mismo excluyendo la libre remoción o separación, liberándole de cualesquiera "amenazas" en el libre ejercicio de sus labores²⁰⁶.

Tal y como ha manifestado la mejor doctrina, "la técnica jurídica de las situaciones administrativas (entre las cuales se encuentra la que ahora se pretende analizar) es una consecuencia natural del sistema cerrado de función pública" en tanto en cuanto mantiene "en estado latente el vínculo funcional"²⁰⁷. Así, y en la medida en que "la dedicación al servicio de la Administración constituye —normalmente— una opción profesional de por vida, parece lógico que se arbitren los medios legales oportunos para preservar la relación Administración-funcionario por encima de los posibles avatares que pueden presentarse y obstaculizar en un determinado momento la plena virtualidad de esa relación por circunstancias atinentes a la Administración"²⁰⁸. "Puede afirmarse, así, que las situaciones administrativas se configuran como modificaciones de la relación funcional, debidas a la concurrencia de las circunstancias objetivas o subjetivas, que comportan alteraciones en la estructura básica de la misma por los efectos que las respectivas normas establecen para cada una de ellas"²⁰⁹.

204. MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho Administrativo*, T.I, 5ª edición, Pamplona, 2002, pág. 470.

205. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, 1995, págs. 167 y ss. ó GIMENEZ ABAD, M.: "La función pública autonómica en el proceso de modernización del sector público", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (II), 1996, pág. 145.

206. Sobre el trabajo de MARTIN MATEO, R.: "La inamovilidad de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996, págs. 23 y ss. ó ARROYO YANES, L.M.: "El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios

públicos y su problemática jurídica", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995, pág. 64.

207. CUETO PEREZ, M.: "Función pública", en AAVV: *Manual de Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, 1997, pág. 582.

208. MORILLO VELARDE, J.I.: "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos", en AAVV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, pág. 429.

209. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública*, 8ª edición, Madrid, 2009, pág. 103.

Descendiendo al terreno que aquí interesa, esto es, al análisis de la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, cabe señalar cómo, en una primera aproximación, la propia eficacia de la acción administrativa puede exigir que determinadas funciones públicas de una Administración sean desempeñadas por quienes provienen de otra Administración distinta de aquella en la cual está incardinada la plaza a cubrir²¹⁰. Así, no puede extrañar que quede garantizada a todos los efectos la situación de servicio activo de los afectados por el trasvase en la Administración de destino, pero permaneciendo como funcionarios de la de origen.

Descartando la posibilidad —fácil de pensar, difícil de articular jurídicamente por afectar al núcleo del estatuto del funcionario— de extinguir la relación con la Administración de origen en el momento de la transferencia a otra Administración, el art. 88 EBEP ha optado por mantener una relación única, en la cual dos sujetos públicos (la Administración de origen y la de destino) comparten una misma titularidad. Es más, esta situación administrativa se aplica a funcionarios de una Administración que obtienen destino en otra distinta, bien a través de un proceso de transferencia, bien mediante su participación en los procedimientos ordinarios de provisión de puestos de trabajo. El dato relevante es, pues, el paso a otra Administración distinta, quedando únicamente fuera del ámbito de aplicación aquellos supuestos en que el funcionario cambia de cuerpo o escala en su misma Administración Pública, así como aquellos otros en que el funcionario accede a otra Administración diferente tras haber superado las correspondientes pruebas selectivas²¹¹.

Sin la previsión de una situación administrativa como ésta, con unos contenidos tan garantistas para el funcionario, la movilidad interadministrativa sería ilusoria, no en vano, al quedar equiparada con el servicio activo en la Administración de origen, hace atractivo el disfrute de la misma por parte del afectado. Así, respecto de los funcionarios transferidos, se dice expresamente que es “como si se hallaran en servicio activo” en aquella Administración (art. 88.2.3º), mientras que en relación con los funcionarios que obtuvieron puesto por el procedimiento de provisión se especifica que “conservan su condición de funcionarios de la Administración de origen” y que “el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen” (art. 88.3 EBEP)²¹².

Además de estos dos supuestos, también se llega a esta situación a través de los procedimientos de movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas, previa suscripción de convenios y otros acuerdos de cooperación interadministrativa, previsión que no entrará en vigor hasta su desarrollo por las correspondientes leyes de función pública, entendiendo aplicable, de momento, lo previsto en el art. 17 LMRFP, tal y como se deduce de lo dispuesto en el art. 84 EBEP, en virtud del cual “con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos,

210. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública), Santiago de Compostela, 2003, págs. 451-452.

211. CANTERO MARTINEZ, J.: “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado

Público: claves para armar el nuevo modelo”, cit., pág. 187.

212. FUENTETEJADA PASTOR, J.A.: “Situaciones administrativas”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, págs. 798 y ss.

la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración”.

Sea como fuere, tanto a tenor del art. 84 como del art. 88 EBEP, se produce una “novación subjetiva de carácter temporal y de carácter especial”, en la medida en que media “una incrustación de un nuevo sujeto público que, sin desplazar al otro, verdadero titular de la relación, se subroga en alguna de las competencias del anterior, en tanto el funcionario siga desempeñando un puesto de trabajo en favor del ente incrustado... La conclusión entonces se presenta obvia: no tendrá lugar una afectación del *status* del funcionario de carácter negativo que permita pensar en una lesión de las facultades integrantes del aspecto subjetivo del derecho al cargo”²¹³. Así, el transferido lo será de la nueva Administración a todos los efectos, al punto de poder afirmar cómo “entre aquél y ésta media un auténtico vínculo jurídico”²¹⁴; pero, al tiempo, “mantiene con respecto a la Administración de origen los mismos derechos que si se hallara efectivamente allí”²¹⁵. Se trata, en suma, de una prolongación de la situación de servicio activo, en este caso fuera de su seno natural²¹⁶.

Es más, mientras los funcionarios afectados por el traspaso permanezcan en dicha situación de servicios en otra Administración continuarán perteneciendo a los cuerpos o escalas de la Administración de origen, respetándoseles los derechos adquiridos en el momento de su traslado y conservando también las expectativas de carrera que correspondan a los funcionarios de su cuerpo o escala que no hayan sido transferidos. Como con acierto se ha dicho, “al continuar perteneciendo a su cuerpo o escala de origen y conservar los mismos derechos económicos, profesionales y de carrera reconocidos a quienes estén en servicio activo en tales cuerpos o escalas”²¹⁷, “cualquier variación o mejora de las condiciones económicas o profesionales en el cuerpo de origen tiene inmediata traducción en la nueva Administración a favor del transferido”²¹⁸. Por tal motivo, “la equiparación de regímenes estatutarios en la función pública local resultará casi imposible, viéndose obligada la nueva Administración a un proceso de continua homologación en relación al personal no transferido”²¹⁹.

213. CALZADA GIL, E.: “La situación administrativa de servicios en Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 203, 1985, pág. 132.

214. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública*, cit., pág. 213.

215. MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, pág. 435.

216. LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, Pamplona, 2003, pág. 234.

217. CALZADA GIL, E.: “La situación administrativa de

servicios en Comunidades Autónomas de los funcionarios públicos de carrera”, cit., pág. 152 y MANZANA LAGUARDA, R.: *Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*, cit., pág. 50. De interés, STSJ, Cont-Admtivo, Valencia 23 febrero 1998 (Ar. 710).

218. GIMENEZ ABAD, M.: “Las transferencias de funcionarios a las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1994, pág. 20. Contundente en su aplicación, STSJ, Cont-Admtivo, La Rioja 10 julio 1998 (Ar. 2692).

219. TORNOS MAS, J.: “La función pública en las Comunidades Autónomas (Condiciones previas y marco normativo de la potestad legislativa autonómica)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983, pág. 122.

Por otra parte y como con claridad dispone el art. 88 EBEP, a estos funcionarios les será de aplicación la normativa de personal de la Administración de destino en la que se hallan ubicados, careciendo del lógico derecho a retribución alguna con cargo a los presupuestos de la de origen. Pasarán a percibir, por ende, las retribuciones correspondientes al puesto desempeñado, pero les será computado el tiempo de servicio a todos los efectos también en su cuerpo o escala de procedencia²²⁰.

De este modo, los funcionarios afectados por el traspaso disfrutan plenamente de sus derechos adquiridos en la primera Administración²²¹, salvo los derivados del servicio activo (régimen retributivo y disciplinario, promoción profesional e interna, situaciones e incompatibilidades), por ser ésta la posición ostentada en la segunda²²². Por lo demás -y en cuanto aquí interesa-, el deber fundamental del afectado, una vez integrado en la nueva organización, pasa -lógicamente- por “cumplir fielmente las tareas inherentes al puesto de trabajo en el cual se encuentre destinado, dependiendo siempre del correspondiente órgano administrativo, tanto en lo que hace a su relación orgánica cuanto a su relación de servicio pues, con respecto a esta Administración, se encontrará en situación de servicio activo”²²³. Es más, se mantendrán en esta situación de servicio en otras Administraciones Públicas en el caso de que por disposición legal del Ente público al que acceden se integren como personal propio de éste (art. 88 EBEP). Como cautela adicional, cuando el funcionario cese en su nuevo puesto de trabajo o éste sea suprimido en la Administración de destino, el art. 84 EBEP determina que permanecerá en ésta, la cual deberá asignarle un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión vigentes en dicha Administración, manteniendo respecto de la de origen el derecho a participar en las convocatorias de provisión de puestos de trabajo computándose, a los efectos de garantizar el principio de igualdad, el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que esté destinado como tiempo en servicio activo en su cuerpo o escala.

En todo caso, cuando en un mismo centro administrativo desarrollen actividades empleados de dos o más departamentos u organismos públicos, deberá actuarse según lo previsto en el art. 24 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), desarrollado por el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, en materia de coordinación de actividades empresariales²²⁴, tal y como exige expresamente para la Administración General del Estado el art. 9.2 Real Decreto 67/2010, de 29 de enero. Emerge, así, un elenco de obligaciones:

1ª. La Administración, a la que se encuentre adscrito el centro en cuestión, deberá informar por escrito a los otros departamentos u organismos implicados sobre los riesgos propios de la actividad que puedan afectar a las tareas desarrolladas por sus empleados, las medidas referidas a la prevención de tales riesgos y los mecanismos de emergencia que se

220. MANZANA LAGUARDA, R.: Situaciones administrativas de los funcionarios públicos, cit., pág 57.

221. STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 11 noviembre 1994 (Ar. 357).

222. MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, cit., pág. 435.

223. BARRACHINA JUAN, E.: *La función pública*, T. II, cit., pág. 250.

224. NAVARRO NIETO, F.: La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratares y subcontratas, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2005, pág. 2144.

deben aplicar. Dicha comunicación deberá ser suficiente y proporcionarse no sólo con anterioridad al inicio de las actividades, sino también cuando se produzca un cambio en los riesgos propios del centro de actividad que sea relevante a efectos preventivos (art. 7 Real Decreto 171/2004).

Como es lógico, el objeto de la obligación ha de comprender los detalles e instrucciones sobre los riesgos existentes, las medidas de protección y prevención correspondientes y los mecanismos de emergencia a aplicar, en clara sintonía con lo previsto en el art. 18.1 de la LPRL, regulador del deber básico de información del empresario. Téngase, además, en cuenta que la propia concurrencia de varias actividades administrativas en el mismo espacio físico hace necesario que los empleados de todas y cada una de las Administraciones concurrentes conozcan los peligros que genera la actividad productiva de las demás y que puedan afectar a su seguridad, por lo que no resulta suficiente, en estos casos, que cada Entidad informe a sus empleados sobre los riesgos de su actividad sino que es necesaria una labor adicional de coordinación informativa.

En cuanto a la forma en que se debe manifestar el cumplimiento de este deber de información recíproca, el art. 4.2 del Real Decreto 171/2004 impone la escrita sólo para los casos en que la actividad desarrollada genere riesgos calificados como graves o muy graves. Ahora bien, habida cuenta la ausencia de norma expresa en nuestro ordenamiento que catalogue este tipo de riesgos, desde el punto de vista de la eventual depuración de responsabilidades derivadas del incumplimiento de este deber, cabe apostar siempre por la transmisión escrita de información como fórmula más aconsejable.

2ª. Una vez emitida la información, la Administración a la que esté adscrito el centro donde se realiza la actividad dará al resto instrucciones (suficientes, adecuadas y por escrito) antes del inicio de la actividad para la prevención de los riesgos existentes y sobre las medidas que deben aplicarse cuando se produzca una situación de emergencia.

3ª. La designación de una o más personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas ocupa una posición especial en la regulación reglamentaria, en tanto, por un lado, el art. 13.1 le atribuye el carácter de "medio de coordinación preferente" frente al resto y, por otro, los arts. 13.3, 13.4 y 14 diseñan un específico régimen jurídico comprensivo de aspectos tales como el sujeto competente para la designación del coordinador o coordinadores, la relación de los agentes designados para ejercer las tareas de coordinación, sus exigencias formativas, así como sus funciones. Como con acierto se ha dicho, el coordinador de actividades preventivas no es "un individuo responsable sino susceptible de asumir vía delegación algunos concretos deberes empresariales en el desarrollo de la actividad preventiva"²²⁵.

4ª. Como corolario del sistema diseñado, la Administración, titular de la sede física de la prestación de las actividades concurrentes, antes del inicio de la actividad, exigirá a las Entidades implicadas la oportuna acreditación escrita de que han realizado, para los servicios prestados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva y que han cumplido, a su vez, sus obligaciones en materia de información y formación respecto

225. MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, pág. 352.

de los empleados destinados a trabajar en las instalaciones de la primera (art. 9 Real Decreto 171/2004).

5.2. Movilidad geográfica, movilidad funcional, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y otro elenco de instrumentos de gestión flexible de los recursos humanos de posible aplicación al personal laboral

Admitida sin ninguna duda la posibilidad de que parte de las relaciones de empleo establecidas entre la Administración y el personal a su servicio sean reguladas por la legislación laboral ordinaria (ET y, en general, todo el sistema de fuentes -convenio colectivo incluido- propio del Derecho del Trabajo), inmediatamente surge la duda de si éste se aplica plenamente o si, por el contrario, existen principios capaces de condicionar su aplicación, matizándola o modulándola²²⁶. Con carácter general, la 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 aplicación²²⁷. Ahora bien, las peculiaridades derivadas del carácter público de la Administración plantean importantes disfuncionalidades a la hora de aplicar las normas laborales, no en vano se trata de un empleador sometido al Derecho del Trabajo en cuanto tal y sujeto al Derecho Administrativo por mor de su naturaleza²²⁸.

La tensión entre estos dos complejos normativos -cada uno de ellos con principios y finalidades distintas- será patente en casi todos los momentos de la relación laboral, pero, sobre todo -y por lo que aquí interesa-, en el momento de proceder al traspaso del personal laboral entre distintas Administraciones por necesidades organizativas, no en vano, desde una perspectiva subjetiva, va a tener lugar una novación contractual de carácter modificativo (art. 1203.2 y 3 CC), en virtud de la cual, una vez acaecido el trueque, se origina al propio tiempo una manifiesta sustitución del acreedor del trabajo y del deudor del salario, dando lugar a una figura mixta de cesión de crédito y asunción de deuda que opera *ope legis*²²⁹.

Partiendo de la potestad de auto-organización que corresponde a los Entes Públicos, nada impediría la adopción de una decisión que implicara el traspaso de uno o varios trabajadores desde una determinada sede dentro de la misma Administración aunque estuviera geográficamente distante, pues el ordenamiento jurídico diseña mecanismos a tal efecto. Más problemas plantearía, sin embargo, el traspaso de personal desde una Administración a otra de base territorial distinta, pues sería necesario analizar si concurren en el supuesto concreto los requisitos del art. 44 ET a los efectos de determinar si la nueva Administración debe subrogarse en la posición de la anterior por lo que se refiere a las con-

226. LOPEZ GOMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 88.

227. Por todas, STS, Social, 10 marzo 1999 (Ar. 2124).

228. SALA 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, MTAS, Madrid, 2001, pág. 32.

229. GALA DURAN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1997, pág. 506.

diciones de trabajo de los afectados, razón por la cual cabe dar por reproducidas aquí todas las consideraciones vertidas en el segundo epígrafe de este estudio, sin olvidar que el art. 12 del III Convenio Colectivo único para el personal de la Administración General del Estado prevé expresamente que "si durante la vigencia de este convenio se produjera, por reestructuración administrativa, algún cambio en la dependencia orgánica de los actuales centros de trabajo, dicha modificación garantizará las relaciones jurídico-laborales con respecto a las diferentes condiciones individuales expresamente reconocidas al personal afectado". En todo caso, si no fuera aplicable (por no concurrir los requisitos –ya conocidos- exigidos por el art. 44 ET), el mecanismo de la sucesión empresarial, podría decidirse la extinción de los contratos por causas organizativas, previo abono de las pertinentes indemnizaciones (20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades)²³⁰. Nada impediría tampoco que por convenio colectivo se extendiese a los laborales el régimen jurídico de la situación de servicios en otras Administraciones Públicas prevista para los funcionarios analizada en el epígrafe anterior, procediendo trasladar aquí *mutatis mutandis* las reflexiones allí vertidas. Ningún problema plantearía tampoco el hecho de que la Administración decidiera utilizar otras vías organizativas menos drásticas como pueden ser, entre otras, las siguientes:

5.2.1. Cambio de tareas y/o ubicación geográfica

El art. 83 EBEP dispone que la movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos y movilidad aplicable a los funcionarios (y no la legislación laboral)²³¹. Aun cuando suele ser relativamente frecuente que la negociación colectiva dedique atención detallada a estos aspectos, muy similar o cercana a la laboral de referencia²³², no cabe dejar de hacer una referencia, siquiera breve, a la regulación funcionarial, pues, a la postre, se aplicará como supletoria en defecto de regulación paccionada y, a buen seguro, tal y como la experiencia viene demostrando, servirá de inspiración habitual y directa a la regulación convencional.

A) ASIGNACIÓN DE COMETIDOS NO CORRESPONDIENTES AL PUESTO DE TRABAJO Y ATRIBUCIÓN TEMPORAL DE FUNCIONES

El art. 73.2 EBEP permite asignar funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo desempeñado, siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades de servicio lo justifiquen. Esta movilidad funcional es causal, tiene carácter forzoso y, además, afecta a funcionarios y trabajadores.

Cuando de personal laboral se trata, la movilidad funcional se rige también por el art. 39 ET y los convenios colectivos de aplicación. Según el mentado precepto estatutario, el cam-

230. CORDERO SAAVEDRA, L.: Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas, Murcia, 2003, pág. 221.

231. ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: "Planificación de recursos humanos", en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii): El Estatuto Básico del Empleado Público.

Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Granada, 2008, pág. 740.

232. Sirva de ejemplo lo previsto en el capítulo V del III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

bio de funciones dentro del mismo grupo profesional o entre categorías equivalentes, supuesto al que hace referencia el art. 73.2 EBEP, no tendrá “otras limitaciones que las exigidas por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral” (art. 39.1 ET), sin necesidad de alegar causa justificativa alguna. Tal discrecionalidad debe ser matizada, no obstante, si el empleador es una Administración Pública, pues en este caso es necesario motivar la decisión en virtud de las “necesidades del servicio”, concepto jurídico indeterminado de no difícil justificación siempre y cuando redunde en la optimización de los recursos humanos²³³.

No hay que olvidar tampoco que el art. 66 Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y de Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado (RGIPPT), de momento vigente, prevé también la atribución temporal de funciones, a acordar voluntaria o forzosamente —en todo caso siempre como fórmula excepcional— con la finalidad principal de permitir el desarrollo temporal de tareas especiales no asignadas a las plazas incluidas en las relaciones de puestos de trabajo o para realizar cometidos extraordinarios²³⁴. Esta peculiar forma de movilidad funcional (especie de comisión de servicios) dispone de un régimen propio, aplicable *mutatis mutandis* a los trabajadores (si así lo estableciera el convenio colectivo o, por su aplicación supletoria, a falta de previsión convencional), cuyos elementos más característicos vienen dados por el hecho de que, en este caso, las retribuciones a percibir serán las correspondientes al puesto de trabajo correspondiente, sin perjuicio de las pertinentes indemnizaciones por razón de servicio, debiendo ser valorada como tiempo de servicio en una plaza concreta para posteriores y eventuales concursos a los que se presente el afectado²³⁵.

B) TRASLADO FORZOSO

El art. 81.2 EBEP amplía la posibilidad de movilidad a otros centros de trabajo, pues “las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo”. Tal posibilidad, al igual que en el caso anterior, puede ser de aplicación a los trabajadores porque así lo establezca el convenio colectivo o, en defecto de previsión pactada, porque el propio EBEP prevé su aplicación supletoria en estos temas, sin perjuicio de que el propio convenio colectivo opte por establecer un régimen jurídico inspirado en el art. 40 ET, que regula los traslados (de carácter definitivo) o desplazamientos (temporales) fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y acompañados ambos de un necesario cambio de residencia del trabajador afectado.

Volviendo a lo dispuesto en el art. 81.2 EBEP, es menester señalar que se trata de una concepción amplia de movilidad intra-administrativa, pues incluye el conjunto administrativo

233. SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTINEZ, M.: “Art. 73”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 773.

234. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 418.

235. Por todas, STSJ, Cont-Admtivo, Navarra 30 mayo 1994 (Ar. 17).

compuesto no sólo por las organizaciones centrales de cada organización sino también por los organismos públicos vinculados y dependientes y demás órganos o entidades en las que puedan lícitamente prestar servicios los empleados públicos. Bajo tal premisa, es la propia Administración la que debe apreciar la concurrencia de las necesidades, pero está obligada a ponerlas en conocimiento de los afectados a través de una resolución motivada, que habrá de especificar las causas concretas que justifican el traslado²³⁶.

Singular atención merecen las condiciones económicas del personal afectado por el traslado. Así, partiendo de que la movilidad geográfica por necesidades de servicio no implica cambio de categoría profesional, sino tan sólo de lugar de trabajo, es claro que el funcionario (o el trabajador) afectado deberá seguir percibiendo las mismas retribuciones básicas (sueldo, antigüedad y pagas extraordinarias), pues con ellas no se paga la función que efectivamente se desarrolla, sino la cualificación derivada del título exigido para su desempeño. Cuestión distinta es la relativa a aquellas retribuciones que guardan una relación directa con la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad, el cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados. A este respecto, habrá que entender que el funcionario (o trabajador) trasladado tendrá derecho a que se respeten en su integridad los complementos independientes de las funciones efectivamente desempeñadas, debiendo condicionar el incremento o minoración que se produzcan en los complementos vinculados al puesto de trabajo a los cometidos asignados en la unidad, departamento, organismo o entidad a la que haya sido trasladado, no pudiendo afirmar sin más el carácter consolidable de tales complementos.

Este traslado admite incluso el cambio de residencia, pero para que pueda materializarse tiene que estar expresamente previsto en el plan de ordenación de los recursos humanos, incorporación que se configura, además, como excepcional. Así, el mismo art. 81.2 EBEP prevé la existencia de mecanismos de movilidad geográfica, cuando, por motivos excepcionales, los planes de ordenación de recursos impliquen novación del lugar de residencia, si bien se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados, respetando, en todo caso, el derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los forzosos²³⁷.

En cuanto a la forma de instrumentar dichos traslados, supongan o no cambio de residencia, el art. 78.3 EBEP encomienda a las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del Estatuto el establecimiento de los cauces de provisión de los puestos afectados. A estos efectos y a la espera del oportuno desarrollo, para el ámbito de la Administración General del Estado, el RGIPPT regula tres procedimientos para instrumentar dicha movilidad, que hay que entender, de momento, vigentes:

1. La redistribución de efectivos (art. 59 RGIPPT), que posibilita a la Administración la adscripción por necesidades del servicio de cuantos ocupen con carácter definitivo plazas no singu-

236. STS, Cont-Admtivo, 25 enero 1999 (RJ 1021).

237. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 417.

238. El requisito de que la redistribución sea entre puestos de la *misma* naturaleza fue "sorprendentemente" eliminando por el art. 103.4º Ley 13/1996, de

30 de diciembre, para ampliar de manera fundamental el ámbito de aplicación de este supuesto de movilidad forzosa. FEREZ FERNANDEZ, M.: "El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado", *Documentación Administrativa*, núms. 241-242, 1995, pág. 85.

larizadas (aquellas no individualizadas o distinguidas de los restantes puestos de trabajo en las correspondientes relaciones) a otras de similar naturaleza²³⁸, nivel de complemento de destino y complemento específico, siempre y cuando para la provisión esté previsto el mismo procedimiento y sin que ello suponga cambio de domicilio (art. 30 RGIPPT)²³⁹.

Se consagra, de este modo, un mecanismo jurídico conforme al cual cualquiera que ocupe una plaza no singularizada puede sufrir repentinamente un cambio de puesto (acarreándole incluso el de centro de trabajo y, llegado el caso, el de departamento ministerial), permaneciendo, eso sí, en la localidad donde desempeñaba sus funciones²⁴⁰. La finalidad legal parece clara: dotar de la necesaria eficacia al quehacer de la Administración, reubicando funcionarios (y también trabajadores) desde lugares donde sobran hacia otros donde son necesarios, sin tener que acudir al procedimiento, más oneroso, de incorporar nuevos efectivos; hacerlo, además, de forma rápida y sencilla²⁴¹, aun cuando para ello las exigencias de organización deban cobrar, a juicio de algunos²⁴²; “un alto precio al derecho al cargo entendido como garantía máxima de inamovilidad”²⁴³.

Partiendo del hecho cierto de que no cabe sostener en el marco de la función pública el carácter incólume de la inamovilidad aun a costa de la ineficacia de la Administración, no cabe sino reconocer el acierto de la introducción de una cautela como la aquí estudiada²⁴⁴, y únicamente advertir sobre la necesidad de que no acabe por convertirse en un procedimiento “normal”, destinado únicamente a hurtar operatividad a los sistemas ordinarios de provisión²⁴⁵.

Con todo, y pese su aparente bondad, no procede silenciar tampoco algunos de los defectos técnicos de los que adolece²⁴⁶: en primer lugar, la inexigencia de una resolución motivada, pues se ven afectados “derechos laborales de entidad”²⁴⁷; en segundo término, la

239. MARTINEZ MARIN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, 2ª edición, Madrid, 2001, pág. 6o.

240. ARROYO YANES, L.M.: “Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, L.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, pág. 304.

241. “Agilizando, en todo caso, la gestión de los recursos humanos”. PEREZ GOMEZ, J.M.: *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, Granada, 1993, pág. 85.

242. PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, Madrid, 1997, pág. 104.

243. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 414.

244. Fue la Ley 23/1988 la que procedió a modificar

la letra d) del art. 20.1 LMRFP para acoger esta nueva fórmula de provisión de puestos de trabajo. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, 1995, pág. 506.

245. El uso de esta técnica debe de ser muy limitado y venir complementado con un empleo acertado de la vía del concurso que permitiera que los trasvases de empleados se produjeran una vez que dicho procedimiento hubiera agotado toda su operatividad. ARROYO YANES, L.M.: “Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, L.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, cit., pág. 305.

246. De “puntos oscuros” los califica PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, cit., pág. 416.

247. FERREZ FERNANDEZ, M.: “El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado”, cit., pág. 85.

ausencia de concreción de cuanto debe entenderse por "necesidades del servicio"²⁴⁸, concepto jurídico indeterminado a todas luces; en tercer lugar, la indeterminación de aquello a incluir dentro de la noción "puestos no singularizados"²⁴⁹; y en fin, la incomprensible imposibilidad de que la medida suponga cambio de domicilio.

Profundizando en la última de las críticas esbozadas, conviene recordar que, como una muestra más del derecho a la inamovilidad de los funcionarios (y, en cierta medida aun cuando con muchas más matizaciones, también trabajadores), la redistribución puede tener lugar dentro de un mismo departamento u organismo, pero también entre un departamento y los organismos de él dependientes e, incluso, entre distintos departamentos, pero sin implicar por ello cambio de residencia²⁵⁰, razón por la cual la operatividad de la medida queda enormemente limitada.

2. La reasignación de efectivos (art. 6o RGIPPT), que ha sido vista por algunos como el equivalente a una posibilidad de despido del funcionario por causas objetivas, ligada a la oportuna reestructuración administrativa. Se trata de una facultad ("excepcional"²⁵¹, "atípica", "residual o -al menos- subsidiaria"²⁵²) tendente a destinar con carácter definitivo a otro puesto de trabajo a aquéllos cuyos puestos hayan sido suprimidos como consecuencia de un plan de reestructuración²⁵³.

Su finalidad última radica, pues, en "recolocar" al funcionario (o al trabajador), afectado por la supresión de "su" plaza, en otra vacante, ya en el mismo municipio, ya con cambio de residencia²⁵⁴. Como crítica, cabe apuntar el hecho de tratarse de una movilidad forzosa al margen de las conveniencias del afectado, de la posibilidad de que no haya podido tomar posesión al estar suspendida la incorporación por un plan de ordenación, de conducirlo a la reasignación a un puesto pudiendo serlo a otro distinto y por aquél preferido o, en fin, de forzarlo a participar en un proceso incierto de convocatorias de concursos para recomponer la carrera, debiendo hacer frente a una realidad burocrática "poco sensible" y capaz de acabar en una opción por dejar desiertas, "con más frecuencia de la deseable", cuantas plazas pudieran ser de su interés²⁵⁵. Pero, en contrapartida, no conviene minusvalorar el beneficio incorporado a esta técnica en aras de la potestad organizativa que, como a todo empresario, corresponde a la Administración, pues permite modificar el enclave de la plaza en un

248. Lo cual ha llevado a algún autor a pensar que "en el fondo no existen". PALOMAR OLMEDA, A.: *Planificación de los recursos humanos en el ámbito público*, cit., pág. 104.

249. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo, cit., pág. 509.

250. SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la función pública*, 4ª edición, Madrid, 2008, pág. 168.

251. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, Madrid, 1995, pág. 61.

252. RODRIGUEZ RAMOS, Mª.J.: El estatuto de los funcionarios públicos (su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores), Granada, 1997, pág. 207.

253. MARTINEZ MARIN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., pág. 60.

254. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de algunos núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 409.

255. ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994, pág. 537.

nuevo órgano, en distinta sede, en otra localidad, suprimirlo en el seno de un servicio y redefinir tareas o funciones en el existente²⁵⁶.

Pese a sus innumerables ventajas desde el punto de vista técnico-organizativo, al incorporar cuantas medidas sirven para forzar una voluntad "disponible" por parte del funcionario (y trabajador) para conseguir su adscripción a otra vacante de características, tareas y retribuciones similares a las de la suprimida, en la práctica, y en la mayoría de los casos, conduce a meras amortizaciones de puestos de trabajo²⁵⁷, articulando un proceso al efecto desarrollado en tres fases (art. 60.3 RGIPPT)²⁵⁸:

La primera se lleva a cabo por el Ministerio de Política Territorial (en el marco estatal) o Consejería o Departamento (en el autonómico) donde estuviera destinado el funcionario, en el ámbito del mismo y de los organismos adscritos, en el plazo máximo de seis meses desde la supresión de aquél. Si no obtuviera puesto en el Ministerio (Consejería o Departamento) donde estuviera destinado, podrá ser reasignado por el Ministerio en el plazo máximo de tres meses a plazas de otros Ministerios (Consejerías o Departamentos) y sus organismos adscritos. En cualquier caso, durante todo este tiempo el afectado percibirá la retribución correspondiente al puesto de trabajo que venía desempeñando. Si tras las anteriores fases de reasignación no hubiera obtenido ninguno quedará adscrito al Ministerio (u órgano central de personal equivalente de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales) en situación de expectativa de destino y podrá ser reasignado a otros de similares características de distintos Ministerios (Consejerías o Departamentos) y organismos a ellos vinculados; mientras tanto percibirá las retribuciones básicas, el complemento de destino del grado personal y la mitad del complemento específico de la plaza que estuviera desempeñando al pasar a esta situación. En fin, transcurrido un año sin haber obtenido alguno, el funcionario pasará a la situación de excedencia forzosa, con derecho a percibir las retribuciones básicas y prestaciones por hijo a cargo, así como al cómputo del tiempo en dicha situación a efectos de derechos pasivos y trienios, gozando del preferente derecho para ocupar, por una sola vez, el destino en la localidad donde servía cuando se produjo su cese en el servicio activo, si bien queda obligado a participar necesariamente en todos los concursos que se convoquen (art. 13 RSA).

Según cabe deducir de lo expuesto, la reasignación se inicia como una variante de movilidad funcional, evoluciona -o puede hacerlo- hacia la movilidad de lugar de trabajo, puede conllevar el cambio de Administración a partir del oportuno convenio y, al final, transformarse en nuevas situaciones administrativas (por oposición a la de servicio activo) para el afectado. Siendo tantos y tan importantes los derechos en juego, tan largo el proceso y tan grave el posible resultado final, parece sencillo comprender la viva polémica a su alrededor creada, que aconseja modificar el diseño normativo actual

256. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *El ocaso de la función pública: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, cit., págs. 45-46.

257. PALOMAR OLMEDA, A.: "La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del estatuto de los funcionarios públicos", *Revista de*

Administración Pública, núm. 134, 1994, pág. 397.

258. Por extenso, MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *El ocaso de la función pública: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, cit., págs. 63 y ss.

para corregir sus principales disfunciones²⁵⁹. Quizá la legislación de desarrollo del EBEP corrija tales deficiencias.

Es más -y como último frente abierto a la crítica-, tampoco conviene olvidar la obligación constitucional de que los criterios de reasignación de efectivos descansen en los principios de igualdad de acceso, mérito y capacidad, si bien es fácil de advertir, en primer lugar, cómo la propia noción de reasignación supone la exclusión del principio de igualdad de acceso, pues los puestos cubiertos por tal singular mecanismo son aquéllos a los cuales no pueden aspirar todos cuantos acrediten ciertos requisitos de categoría, nivel, preparación, etc., sino los reservados exclusivamente a quienes son objeto de supresión por el plan; estos últimos ni siquiera son aspirantes a un conjunto de vacantes ofertadas, sino sólo adscritos directamente a tales plazas. En segundo término, y en relación con los principios de mérito y capacidad, al margen de que toda restricción de un proceso selectivo o de provisión supone disminuir las posibilidades de seleccionar al mejor de los posibles, la Ley no contiene garantía alguna en orden a respetar tales principios²⁶⁰.

En definitiva, únicamente se exige que se realice a partir de parámetros objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad, "lo cual, desde luego, no es decir mucho, pues la aplicación de tales criterios no va a incidir tanto en la `calidad' de quienes van a sufrir el proceso de supresión de puestos -los cuales, desde el punto de vista de su capacitación, pueden ser excelentes, mientras no pueden serlo tanto quienes permanezcan en los suyos— cuanto en los méritos funcionariales"²⁶¹. Es decir, una vez decididas las plazas a amortizar, se sobreentiende que en orden a ocupar las vacantes, a igualdad de circunstancias objetivas (similares características, funciones y retribuciones), procederá tener en cuenta los citados méritos funcionariales para convertir a éstos en los determinantes a la hora de decidir si un funcionario (o trabajador) pasa a un puesto concreto y no a otro, más tarde o nunca, dependiendo de las ofertas puntuales existentes.

3. La expectativa de destino, que, definida como situación transitoria en la cual se encuentra un funcionario cuyo puesto de trabajo haya sido suprimido a resultas de un plan de reestructuración y no haya sido reasignado a otro durante esta anualidad (art. 12 RSA)²⁶², constituye la última de las fases del proceso de reasignación, a la cual se accede de no haber conseguido una plaza en las dos primeras²⁶³.

259. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros en la función pública*, cit., pág. 413.

260. La reasignación, explica la norma, se efectuará aplicando criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad, criterios que se concretarán en el plan de empleo. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, cit., págs. 62-63.

261. ARROYO YANES, L.M.: "Las técnicas de provisión de puestos de trabajo en la función pública local", cit. pág. 308.

262. De forma tradicional, y dando sentido a la locución, por expectativa de destino se había entendido un estado transitorio dentro de la relación de servicio del funcionario en el cual, estando aquél en activo, sin embargo, no tiene asignado puesto alguno, permaneciendo a disposición de la autoridad competente en espera de poder pasar a desempeñarlo. Entre otros, FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 441.

Por cuanto aquí interesa -y como ya consta-, quienes se encuentren en expectativa de destino percibirán las retribuciones básicas, el complemento de destino del grado personal correspondiente o, en su caso, el del puesto de trabajo desempeñado al pasar a esta situación²⁶⁴. Por consiguiente, sus derechos económicos se ven reducidos en el 50 por 100 del complemento específico y carecen de cualquier complemento de productividad. A todos los demás efectos esta situación aparece equiparada a la de servicio activo (art. 12.5 RSA)²⁶⁵.

Una vez declarada como tal la situación de expectativa de destino, y mientras permanezca en la misma, el funcionario no realiza actividad alguna, "o al menos así parece indicarlo la norma"²⁶⁶; en contrapartida, debe asumir una triple obligación [art. 6o RGIPPT]²⁶⁷: a) aceptar los destinos ofrecidos en puestos "de características similares" al que desempeñaba y estén situados en la provincia; b) acudir a cuantos cursos de capacitación le sean ofertados; y c) participar en todos los concursos convocados para plazas adecuadas a su cuerpo, escala o categoría, siempre y cuando radiquen en su provincia de destino. El deber se conjuga, en este caso, con el derecho a hacerlo si lo fueran para otras plazas geográficamente localizadas en provincias distintas, o en el correlativo a presentarse a cuantas convocatorias de plazas de libre designación desee, sea cual fuere su ámbito territorial²⁶⁸.

Con todo, aun cuando se trata de una situación de carácter estrictamente temporal o coyuntural (su duración máxima es de un año, a partir del cual el afectado pasará a excedencia forzosa -o antes, en caso de incumplir las obligaciones anejas a su especial posición), convendrá advertir-siguiendo a la mejor doctrina²⁶⁹- sobre un doble peligro derivado de este deber concreto: de un lado, su utilización "al sólo objeto de adulterar el sistema de provisión de vacantes, de modo que se mantuviera a un gran número de funcionarios (o trabajadores) para ser discrecional y provisionalmente adscritos a diferentes puestos"; de otro, su contribución a la consolidación de "dos auténticas castas", quienes disponen de destino definitivo y los empleados en expectativa de destino. Tales riesgos no ceban ensombrecer, sin embargo, sus virtudes a la hora de organizar los recursos humanos al servicio de una concreta Administración.

263. BARRANCHINA JUAN, E.: *La función pública (Su ordenamiento)*, T. II, Barcelona, 1991, pág. 193.

264. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, cit., pág. 76.

265. MARTINEZ MARIN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, cit., pág. 65. Como "variante de la situación de servicio activo" ha sido calificada por MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.: "Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos", cit., pág. 442.

266. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de*

diciembre, cit., pág. 76.

267. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia de gestión*, cit., pág. 111.

268. El incumplimiento de estas obligaciones puede suponer el pase del funcionario a la situación de excedencia forzosa. PEREZ GOMEZ, J.M.: *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 111.

269. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre*, cit., págs. 532-534.

C) ASIGNACIÓN COYUNTURAL DE PUESTOS DE TRABAJO Y COMISIONES DE SERVICIOS FORZOSAS

El art. 81.3 EBEP prevé la movilidad provisional a otro puesto de trabajo para casos de "urgente e inaplazable necesidad", si bien exige su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación. En este contexto, el principal mecanismo de atribución coyuntural de puestos de trabajo que entra en juego en los supuestos en los cuales resulte necesario, inaplazable y urgente cubrir determinados puestos, es el de las comisiones de servicio de carácter forzoso. Conforme a la normativa reglamentaria previa, todavía en vigor, esta situación administrativa está regulada en el art. 64.2 RGIPPT, como otro supuesto de movilidad funcional temporal por decisión unilateral de la Administración que, incluso, podrá recaer con carácter obligatorio en un funcionario (o un trabajador -si el convenio colectivo lo recoge o, en defecto de pacto, atendiendo a la posible aplicación supletoria-) del mismo departamento (organismos adscritos incluidos), destinado en el municipio más próximo (o con mejores condiciones de desplazamiento), con menores cargas familiares y, en igualdad de condiciones, de menor antigüedad (art. 64.2 RGIPPT)²⁷⁰.

El tenor legal transcrito no deja de suscitar importantes críticas, aconsejando un replanteamiento de la figura jurídica analizada²⁷¹:

Una primera y principal va referida al supuesto —absurdo en cualquier construcción lógica—, no resuelto, pero bastante normal, de disputa por un puesto "forzoso" cuando fuera objeto de deseo por varios funcionarios (o trabajadores) que no quisieron o no pudieron acudir al concurso y ahora pretenden beneficiarse de la *vacatio*²⁷².

En segundo término, ni la temporalidad en su duración máxima (un año prorrogable por otro), ni la exigencia de procedimiento contradictorio con audiencia del interesado²⁷³, logran erradicar suspicacias derivadas, entre otros factores, de la falta de previsión de regla alguna (como la contemplada por el art. 63.2 Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 -LFCE—) para poder elegir a un funcionario (o trabajador) de la misma localidad, dejando así expedita la vía "para seleccionar a quien se quiera (normalmente para favorecerlo, pero también en contra de sus intereses -por eso precisamente es forzosa²⁷⁴-), siempre y cuando cumpla los requisitos para el desempeño del puesto"²⁷⁵.

270. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: "La comisión de servicio y expectativa de destino", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991, pág. 393.

271. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO: *Movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión.*, cit., págs. 84 y ss.

272. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: "La comisión de servicio y la expectativa de destino", *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1995, pág. 393.

273. STS, Cont-Admtivo, 16 junio 1986 (Ar. 4696). En la doctrina, DE VICENTE DOMINGO, R.: *El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública*, Valencia,

1997, págs. 161-162.

274. STSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 28 febrero 1998 (Ar. 650).

275. MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, cit., pág. 408.

276. Devengando las retribuciones correspondientes a su puesto en origen o a aquél que desempeñara en comisión -y las indemnizaciones correspondientes- (arts. 64.5, 65.2 y 66.2 RGIPPT). FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 406.

En tercer lugar, el afectado sigue en situación de servicio activo²⁷⁶, lo cual traerá aparejadas importantes consecuencias a efectos de determinar cuál sea el concreto grado personal a consolidar: si el correspondiente al puesto desempeñado en comisión o el del nivel de la plaza de procedencia. Aun cuando la falta de concreción legal ha obligado a pronunciarse a la jurisprudencia entendiéndose que el desempeño definitivo o "en posesión" de un puesto "obtenido mediante un mecanismo normal de provisión, y su ejercicio provisional a través de la comisión de servicio es insuficiente para consolidar el grado personal correspondiente al puesto desempeñado"²⁷⁷, en verdad no parece desaconsejable una regulación legal expresa de la cuestión.

5.2.2. Modificaciones sustanciales

La posible utilización de todo este catálogo de instrumentos de movilidad no sólo por lo que hace al personal funcionario sino también al laboral, con sus ventajas e inconvenientes, no impide que la Administración se decante, como alternativa a tener en cuenta, por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del personal laboral (o funcionario) a su servicio, no en vano el objeto del contrato (o del puesto) puede sufrir mutaciones por razón del llamado poder de dirección de la empresa o *ius variandi* que le autoriza a novar las condiciones de la prestación de actividad de sus trabajadores para una mejor acomodación a las circunstancias comerciales, industriales y de producción. Nada dice expresamente el EBEP y el resto de normas de la función pública sobre posibles modificaciones de la jornada, horario o turno de trabajo, aun permaneciendo en el mismo puesto de trabajo. Así, configurado el régimen funcional desde la perspectiva unilateral y de supremacía especial, va a quedar a discreción de los órganos de dirección de las Administraciones Públicas la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo de los funcionarios en función de las necesidades de los servicios discrecionalmente apreciadas, sin más límite que los que se deducen de la prohibición de la arbitrariedad²⁷⁸.

Por el contrario, estas facultades empresariales no aparecen recogidas en el Derecho del Trabajo en términos absolutos, sino sometidas a una serie de limitaciones, más o menos rigurosas según sea la modificación de que se trate, fundamentadas en la garantía que

277. STS, Cont-Admtivo, 28 septiembre 1996 (Ar. 7864). "Sólo, excepcionalmente, podrá atenderse al del puesto desempeñado en comisión de servicio cuando éste se ocupe mediante destino definitivo obtenido a través de la oportuna convocatoria del pertinente proceso selectivo, no de otro modo...; [tal previsión reglamentaria] no se produce *ultra vires*, o excediéndose de las previsiones de las Leyes funcionariales de cobertura, pues no hace sino pormenorizar el régimen que resulta de la ordenación de la función pública en torno a los principios de mérito y capacidad. Y la conclusión alcanzada para el desempeño en la situación de 'comisión de servicio' es la misma para el carácter provisional o temporal del desempeño del puesto, pues de lo contrario estas situaciones provisorias podrían servir para asignaciones de grados personales desvinculadas de la idoneidad para el puesto y para demorar

la provisión de éstos por los mecanismos de concurso, etc, que hagan efectivo el aludido principio de mérito y capacidad" [STS, Cont-Admtivo, 2 marzo 1995 (Ar. 2289); SSTSJ, Cont-Admtivo, Canarias/Las Palmas 10, 13 y 18 junio 1997 (Ar. 2100, 2104 y 2115) y 17 julio 1998 (Ar. 3278); Cataluña 3 marzo 1995 (Ar. 2116) y 25 junio 1998 (Ar. 2749) y Valencia 17 septiembre 1998 (Ar. 3241)]. "De lo contrario, se producirían situaciones injustas por agravio comparativo, cuando no también perjuicios a derechos e intereses legítimos de otras personas si ya han accedido otros funcionarios a este puesto y a los del mismo nivel mediante el pertinente concurso" [SSTSJ, Cont-Admtivo, Cataluña 24 marzo 1997 (Ar. 716) y 2 junio 1998 (Ar. 2326)].

278. LOPEZ GOMEZ, J.M.: La relación laboral especial de empleo público, Madrid, 2009, pág. 323.

debe presidir las relaciones recíprocas y dirigidas a preservar los derechos económicos y profesionales de los trabajadores. Por tal razón, si la modificación adquiere una relevancia sustancial, será preciso que, primero, encuentre su justificación en probadas razones técnicas, organizativas y de producción; segundo, se siga el procedimiento legalmente previsto en el art. 41 ET, distinguiendo entre modificaciones individuales y colectivas; y, tercero -y para el ámbito específico de las Administraciones Públicas-, se refleje la voluntad institucional para el uso de este resorte en las relaciones de puestos de trabajo si en las mismas existiera constancia expresa de la condición a modificar²⁷⁹. Por poner un ejemplo, el art. 20 del III Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado establece que los órganos administrativos competentes "podrán acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, de carácter individual o colectivo, cuando existan probadas razones técnicas, de eficiencia organizativa o de mejor prestación de los servicios públicos, de acuerdo con lo establecido en el art. 41 ET. Se entenderá que concurren las causas a las que se refiere el citado artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la prestación del servicio público en el departamento u organismo, a través de una más adecuada organización de los recursos". Seguidamente, establece el cauce procedimental a seguir, distinguiendo, al igual que hace el art. 41 ET, entre modificaciones individuales y colectivas.

Así, "en el caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, ésta se negociará en la correspondiente subcomisión delegada en el plazo de quince días desde su presentación, con carácter previo a la adopción de la resolución motivadora de la decisión. Con posterioridad a dicha negociación, la decisión de modificación se notificará al trabajador afectado y a sus representantes legales y sindicales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad, así como a la subcomisión delegada. Cuando se trate de modificaciones de carácter colectivo, la Administración abrirá un período previo de consultas, y en su caso negociación, de acuerdo con el art. 41 ET, con los representantes de los mismos, para lo cual se entregará una memoria justificativa de las causas o motivos de la modificación propuesta, así como de las medidas a aplicar y sus referencias temporales. Finalizada la negociación o período de consultas, la decisión de modificación se notificará a los trabajadores afectados y a la subcomisión delegada con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad".

5.2.3. Planes de ordenación de los recursos humanos

Las reflexiones anteriores dan sobradas muestras de que lo deseable, a efectos de garantizar una buena gestión de los recursos humanos, será detectar dónde faltan y dónde sobran plazas, y comparar con otros ámbitos que cuenten con un personal de similar cualificación a fin de articular mecanismos ordenados a hacer viable el flujo de efectivos en un doble sentido: quienes sobran de un lado, han de poder incorporarse en otro donde falten, y al contrario, teniendo presente asimismo cómo esta comunicación de medios humanos no debe limitarse al seno de una misma Administración Pública²⁸⁰. La importancia de los pla-

279. CORDERO SAAVEDRA, L.: Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas, cit., pág. 219.

280. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 170, 1997, pág. 24.

nes de ordenación a la hora de instrumentar medidas destinadas a tan loables fines, tanto cuando se trata de personal funcionario como de personal laboral, no puede ser olvidada, no en vano su objetivo, tal y como señala el art. 69 EBEP, es “contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”. Su fin es, por tanto, doble: de un lado, posibilitar que la prestación de los servicios por parte de la organización sea eficaz; de otro, que el gasto en recursos humanos se realice de forma eficiente²⁸¹.

Con dichos instrumentos se pretende dar un salto cualitativo en el sistema de gestión de la mano de obra al servicio de la Administración capaz de mejorar su rendimiento y atender los embates de la crisis de la manera más eficiente y menos costosa posible. Ello exige, en primer lugar, disponer de un conocimiento cabal de las tareas y funciones a desempeñar. En segundo término, configurar una atribución correcta de los cometidos. Es más, ambas operaciones deben tener proyección de futuro en un espacio temporal determinado²⁸².

A pesar de la dificultad que comporta su elaboración y aplicación, no cabe olvidar que ya el art. 18 LMRFP erigió a los planes de empleo, precedente inmediato de los actuales, en instrumento imprescindible para la reordenación administrativa, en un contexto general marcado por profundas transformaciones internas y externas que requieren una Administración más reducida y menos gravosa, más eficaz y tecnificada (Exposición de Motivos Ley 22/1993, de 29 de diciembre)²⁸³.

Desde esta misma perspectiva —y con mayor motivo ahora—, los planes de organización de los recursos humanos pueden definirse, a la luz del régimen jurídico vigente, como aquellos mecanismos tendentes a la “óptima utilización de los efectivos al servicio de los Entes públicos” en el ámbito al cual afecten, cuyo contenido ha de abarcar las actuaciones globales y puntuales precisas, de forma conjunta para el personal funcionario y laboral, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal. Integran, por tanto, un conjunto de previsiones y medidas capaces de resolver, en la medida de lo posible, las necesidades de la gestión del personal en su esfera de aplicación, garantizando la disposición de los empleados necesarios para la adecuada prestación de los servicios, en número y características²⁸⁴.

Entre las medidas incorporadas en un plan de ordenación —enunciadas sin carácter exhaustivo y de manera facultativa, conforme corresponde a la gran flexibilidad con la cual el legislador ha diseñado la figura—, el art. 69.2 EBEP señala, entre otras, las siguientes²⁸⁵:

281. VAZQUEZ CARRANZO, J.: “Art. 69. Objetivos e instrumentos de la planificación”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 744.

282. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función Pública*, cit., pág. 160.

283. SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 119.

284. ALDOMA BUIXADE, J.: “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 741.

285. PALOMAR OLMEDA, A.: “Organización del empleo público”, en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, págs. 217 y ss.

a) "Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos". El diagnóstico de las demandas de la organización es, sin duda, el elemento central de la planificación, a partir del cual se puede conocer si en dicha organización existe una adecuada proporción entre los objetivos que se propone alcanzar y los medios personales y el perfil de cualificación de que dispone para lograrlo. De este modo, si no existe esa adecuada proporción, la organización debe ser redimensionada, al concurrir un excedente o un déficit de personal.

b) "Previsiones sobre sistemas de organización del trabajo y modificación de estructuras de puestos de trabajo"; lo cual afecta, lógicamente, a las relaciones de puestos de trabajo, concebidas como instrumento de ordenación y clasificación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, en el cual se precisan los requisitos para el desempeño de cada plaza, así como sus características retributivas (art. 74 EBEP)²⁸⁶.

c) "Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen". Las medidas de movilidad serán aplicables en los dos supuestos siguientes: de un lado, cuando la organización sea excedentaria por razones cuantitativas o cualitativas y que, por tanto, es necesario reducir el número y/o la cualificación del personal que presta servicios en las mismas; de otro, cuando exista una descompensación territorial de los efectivos que exige, sin afectar a sus contenidos funcionales, reubicarlos en el territorio. Teniendo en cuenta que el apartado siguiente individualiza la movilidad forzosa, procede entender aquí incluida exclusivamente la voluntaria que debe articularse a través de alguno de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que legalmente estén establecidos.

d) "Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III del presente título de este Estatuto". Aun cuando estas actuaciones no tienen conexión alguna entre sí y, probablemente, deberían haber respondido a una sistemática diferenciada, lo cierto es que este apartado pretende aunar todos los instrumentos que conforman la gestión: por una parte, la promoción interna y la formación, cuyo objetivo es conseguir que las personas que prestan servicios en la organización, con la mejora de su estatus profesional o con la adquisición de nuevas capacidades profesionales, estén en condiciones de cumplir los requerimientos de la organización en cuestión; por otra, la movilidad forzosa, entendida como la ubicación del personal en la propia organización en forma territorial o funcional diferente, la cual se erige en el elemento central de la gestión pública. Ésta última, como ya consta, pretende paliar una deficiencia cuantitativa (excesivo número de efectivos).

e) "La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público". Si la organización necesita nuevo personal deberá procederse, lógicamente, al reclutamiento externo.

286. PEREZ GOMEZ, J.M.: *Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 99.

Como puede deducirse de estas previsiones, los planes no son de aplicación directa o ejecutiva, pues su desarrollo requiere la adopción de otra serie de actuaciones que se han de concretar en los presupuestos anuales, las relaciones de puestos de trabajo, la oferta de empleo público, convocatorias, movilidad...”²⁸⁷.

Toda esta variedad no debe hacer olvidar, a la postre, que ya el art. 2 RGIPPT había venido distinguiendo dos modalidades distintas: los planes integrales de recursos humanos y los planes operativos de recursos humanos²⁸⁸.

Los primeros integraron un “instrumento básico de planificación global”. Fueron concebidos con carácter más bien prospectivo y de efectos indirectos o a medio plazo; encargados, en último término, de consignar en materia de personal la estructura y efectivos necesarios y las medidas y actuaciones a realizar para conseguir los objetivos pretendidos, especialmente en materia de movilidad funcional y promoción. Significaron una opción clara por organizar desde dentro, reestructurando cuanto ya se tenía a través de procesos de movilidad, promoción y reciclaje frente a la planificación desde fuera, orientada a la selección externa²⁸⁹.

Los operativos, en cambio, “en el marco de los planes integrales de recursos humanos o con independencia de los mismos”, determinaron las medidas concretas sobre movilidad, redistribución de efectivos y asignación de plazas. En realidad, respondían parcialmente a los antiguos expedientes de regulación de empleo por modificaciones sustanciales o traslados en el ámbito laboral (la suspensión y la extinción -sobre todo esta última- parecen más difíciles), para mostrar cómo el derecho al cargo seguía exigiendo una *merces* cierta y estableciendo -contrariamente a lo pretendido- unos límites concretos a la flexibilidad²⁹⁰.

Con un nuevo diseño, el EBEP no hace mención a ninguna de las dos modalidades anteriores, si bien nada impide que la legislación de desarrollo pueda recogerlas, sin perder de vista tampoco que cada Administración Pública, en virtud de sus propias potestades de autoorganización, planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación, pudiendo optar por seguir el planteamiento del RGIPPT (art. 69.3)²⁹¹.

Ninguna referencia hace tampoco el EBEP al procedimiento de elaboración de los planes, quedando suprimida la obligación formal de elaborar una memoria justificativa, prevista en el último párrafo del derogado art. 18.2 LMRFP, donde debieron indicarse las referencias temporales sobre la ejecución de las previsiones y medidas contenidas. Parece evidente, sin

287. LOPEZ GOMEZ, J.M.: La relación laboral especial de empleo público, cit., pág. 303.

288. RIVERO LAMAS, J.: “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general” *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2000, pág. 617.

289. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios. Sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública*, cit., pág. 368. Al respecto, entre otras, STSJ Castilla y León/Valladolid 30 junio 2004 (JUR. 7028).

290. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los planes de empleo como medida de reestructuración administrativa: dificultades de aplicación práctica”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2006, págs. 297 y ss.

291. FERREZ FERNANDEZ, M.: “Planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71)”, en AA.VV (ORTEGA ALVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 521.

embargo, que el plan no se podrá formalizar solamente en el acuerdo de aprobación del mismo, sino que éste deberá ir precedido de dos trámites ineludibles²⁹²: en primer lugar, un análisis de las necesidades de mano de obra, en el cual queden suficientemente motivadas las medidas a adoptar; en segundo término, un período de negociación en la correspondiente mesa, del que deberá quedar constancia en el expediente a través de las actas de las sesiones en las que se debata la propuesta.

En fin, pese a las innumerables ventajas de los planes de ordenación desde el punto de vista material en favor de la potestad organizatoria que, como a todo empresario, corresponde a la Administración, no procede marginar tampoco la concurrencia de las circunstancias siguientes capaces de cuestionar su diseño normativo actual²⁹³:

Los planes de ordenación difícilmente serán de aplicación a todas las Administraciones Públicas, pues parecen estar pensados sobre todo para grandes organizaciones (muy en particular la del Estado), en las cuales se producen desajustes sensibles entre la demanda de personal y los efectivos existentes. Es más, no existe en la Administración española tradición planificadora en materia de empleo público e, incluso, como demuestra la experiencia en otros ámbitos, la capacidad en este espacio es relativa en términos generales. De hecho, cabe sostener que la experiencia de los últimos años no ha sido altamente positiva, pues son muy escasos los planes aprobados²⁹⁴. "No parece admisible ni predecible, por tanto, que las medidas drásticas, radicalmente transformadoras de la estructura organizativa, contenidas en los planes (los cuales excepcionan los sistemas legales de control y pueden atentar contra la seguridad jurídica), se conviertan en un sistema habitual de gestión, al que pueda recurrirse con normalidad en todos los casos"²⁹⁵.

En fin, las aseveraciones críticas anteriores no deben llevar -tampoco y en el extremo opuesto- a descalificar el instrumento en sí mismo considerado, pues no cabe duda de que la estructura burocrática debe ser permeable a las nuevas circunstancias y el recurso a la planificación puede ayudar decisivamente en tal tarea²⁹⁶. Procede recordar, en este contexto, que la Administración Pública está sometida al principio de objetividad, de imparcialidad y de servicio al interés general y que todo ello debe compaginarse con los principios de mérito y capacidad que se convierten, por mor del EBEP, en los parámetros inspiradores del conjunto del empleo público y no sólo de la selección como indica el art. 103.3 CE. Desde

292. ALDOMA BUIXADE, J.: "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público", cit., pág. 748.

293. SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la función pública*, cit., pág. 121 ó PALOMAR OLMEDA, A.: "La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los funcionarios públicos", *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, págs. 381 y ss.

294. Cabe mencionar, entre otros, los cinco siguientes como más significativos: Servicio Público de Empleo, CIEMAT, Correos y Telégrafos, Agencia Tributaria y Ministerio de Defensa. VILLORIA

MENDIETA, M. y DEL PINTO MATUTE, E.: *Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, 2000, págs. 191-195.

295. MOREU CARBONELL, E.: "Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pág. 404.

296. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los planes de empleo como medida de reestructuración administrativa: dificultades de aplicación práctica", cit., págs. 303 y ss.

esta perspectiva, la negociación con los representantes de los empleados públicos acerca de las medidas a incluir en los instrumentos de planificación ha de adquirir un papel fundamental para garantizar la efectividad de los mismos y para evitar que la conflictividad individual que pueden provocar acabe colapsando su puesta en práctica²⁹⁷.

297. PALOMAR OLMEDA, A.: "Organización del empleo público", cit., pág. 229.

6

La utilización del contrato
administrativo de servicio:
apunte de problemas

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 no sólo de movilidad y de planificación de efectivos, sino también de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha llevado a cabo a través de diversas fórmulas tanto en régimen administrativo como laboral²⁹⁸. 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 otras²⁹⁹.

6.1. Antecedentes

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 temporal³⁰⁰.

Retrotrayendo la mirada, procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) 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, 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 prestación³⁰¹, 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

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

299. 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).

300. 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.

301. ROQUETA BUJ, R.: “*La contratación administrativa del personal: evolución*”, en AAVV.: *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.

y único la contratación en régimen administrativo “para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” (disposición adicional 4.^a2 LMRFP)³⁰². 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 administrativo de servicios”³⁰³, 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”³⁰⁴.

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 similares³⁰⁵. 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 por la Administración cuando su objeto no pudiera

302. 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.

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

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

305. 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.

“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 de 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 destinados también a 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 profesionales³⁰⁶. Buena prueba de ello era tanto la enumeración de las tareas encargadas de dotarlo de contenido sustantivo (especificadas en el art. 196.2 LCAP)³⁰⁷, como el hecho de añadirse una 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”³⁰⁸. 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 aquella 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 públi-

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

307. 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.

308. 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.

co, razón por la cual no mediaba inconveniente para poder efectuarlas también a través de un vínculo laboral para obra o servicio determinado³⁰⁹.

La discrecionalidad de que parecía gozar la Administración para elegir entre una u otra vía era prácticamente absoluta³¹⁰, pues los contratos administrativos de consultoría y de asistencia partían únicamente del “carácter excepcional de las tareas encomendadas, es decir, debía tratarse de una necesidad no generalizada, ocasional, una tarea que ocurría rara vez o que se apartaba de lo ordinario”³¹¹, circunstancias que no eran extrañas a la contratación laboral temporal. Las necesidades atendidas a través de este tipo de contratación administrativa, “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”³¹². 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”³¹³.

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”)³¹⁴ se orientaba a la realización de actividades de carácter preferentemente manual³¹⁵: 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 éste³¹⁶.

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 man-

309. 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.

310. 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.

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

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

313. 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).

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

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

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

tenimiento 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 instalaciones³¹⁷.

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 determinado³¹⁸. 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 específicos³¹⁹.

c) Por si la similitud de objeto no quedaba suficientemente evidenciada, el art. 15.1 c) LMRFP, en aquel momento en vigor, se 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 anteriores³²⁰.

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 espectáculos³²¹. 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*)³²².

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

318. 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*, 2ª edición, Madrid, 2004, págs. 1061 y ss.

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

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

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

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

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 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 instrumento 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 pudieron 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 analizados³²³, lo cual provocó un resultado harto deplorable calificado como “el fenómeno de la función pública paralela”³²⁴, “tan arbitraria cuanto, por lo mismo, abierta a la inseguridad jurídica”³²⁵. 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”³²⁶, 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.

6.2. Interpretación judicial

La doctrina judicial discurre, en este sentido, por un cauce “unívoco y lineal”: “lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión

323. 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.

324. 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.

325. 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.

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

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 concertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual³²⁷.

En los años noventa se consolida la doctrina del Tribunal Supremo que sostiene cómo la correcta calificación del contrato ha de atender al contenido real de las prestaciones de las partes y no al *nomen iuris* que éstas le hayan dado, o a las formalidades administrativas que se hayan seguido para su concertación³²⁸. Conforme a la misma, el contrato habrá de calificarse como laboral en los supuestos en que la apariencia formal de un vínculo administrativo deje ver de manera clara la realidad subyacente de un contrato de trabajo, en el que el objeto del nexo no es un resultado específico, sino una actividad genérica llevada a cabo en régimen de subordinación, pues la contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera “a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual”, lo que exige que se trate de “un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final”. Esta exigencia no se cumple “cuando la actividad efectivamente realizada en la ejecución del contrato ha sido la prestación de servicios habituales y permanentes en régimen de dedicación temporal y en el marco organizativo de una unidad administrativa, lo que pone de manifiesto que el objeto del contrato no ha sido la realización de una obra entendida como el resultado de una actividad humana, sino esa actividad misma en su proyección temporal”.

En síntesis, esta doctrina consolidada puede resumirse así: 1) El art. 1.3 a) ET excluye del régimen laboral las relaciones del personal de las Administraciones Públicas que se regulen por normas de Derecho Administrativo al amparo de una Ley; 2) Esta exclusión permite en principio romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el art. 8.1 ET; 3) Ahora bien -excepción a 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; 4) Es esto lo que sucede en supuestos en que la contratación administrativa se acoge formalmente a la norma legal, pero el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia prestados de forma dependiente y por cuenta ajena³²⁹. A la vez, se consolida la doctrina del Tribunal

327. 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 SSTs, 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.

328. SSTs, Social, 2 octubre 1992 (AS 7842), 24 abril 1997 (AS 3498), 27 abril y 24 y 29 septiembre 1998 (AS 3870, 7425 y 7583), 18 febrero 1999 (AS 2015) y 1 septiembre 2004 (AS 5605).

329. STSJ, Social, La Rioja 30 octubre 2001 (AS 4080), Valencia 21 febrero 2002 (AS 1111) y Castilla y León/Valladolid 9 mayo 2005 (AS 117).

Supremo a favor de la competencia del orden jurisdiccional social sobre el conocimiento de los litigios en los que se discute la naturaleza jurídica de la relación de servicios reclamando su consideración laboral a pesar de su apariencia³³⁰.

Una valoración ajustada de este tipo de prácticas ha llevado a los órganos judiciales a matizar lo previsto en el art. 43 ET para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, reconociendo la posibilidad de que, si el interesado lo elige, adquiera la condición de empleado público indefinido no fijo³³¹. Ahora bien, el hecho de que el otorgamiento de carácter indefinido a contratos laborales por vía judicial, aun cuando sin la condición de fijos, no es una forma idónea de selección personal por parte de las Administraciones Públicas, ha llevado al Tribunal de Cuentas a alertar sobre la necesidad de que se proceda a la cobertura de los puestos de trabajo mediante los medios de provisión regulados en las normas administrativas, previa modificación de las relaciones de puestos de trabajo si ello fuera necesario, evitando recurrir a la contratación administrativa para cubrir las carencias permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la Entidad pública u organismo de que se trate³³².

6.3. Últimas reformas normativas

Dos importantes hitos normativos pretenden corregir esta inseguridad, 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)³³³. 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

330. SSTS, Social, 2 y 10 febrero 1998 (AS 1248 y 2208), 27 abril y 13 julio 1998 (AS 3870 y 6170), 3 junio y 29 septiembre 1999 (AS 6005 y 7539) y 17 septiembre 2004 (AS 6047).

331. Entre muchas y ya clásicas, SSTS, Social, 27 mayo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 8875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147), 19 junio y 17 septiembre 2002 (Ar. 10677 y 10649), 6 mayo y 11 noviembre 2003 (ILJ 1063 y 2056), 26 julio 2004 (ILJ 923) ó 19 mayo 2005 (TOL 668428). Más recientes, SSTSJ, Social, Cantabria 15 abril 2009 (AS 2099), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 mayo 2009 (AS 1852), Castilla y León/Burgos 4 junio 2009 (AS 2218) Canarias/Las Palmas 29 junio 2009 (AS

2450) ó Madrid 11 septiembre 2009 (IUR 479227).

332. Moción núm. 827 del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad descentralizada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales. www.tcu.es

333. CANTERO MARTINEZ, F.: “Estructura del empleo público y clases de empleados públicos”, en AAVV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009, págs. 89 y ss.

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)³³⁴ 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, 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 laboral³³⁵.

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 insuficiente³³⁶. 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 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.

334. 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).

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

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

Muy sugerentes son, a estos efectos, las recomendaciones efectuadas por el Tribunal de Cuentas en la moción núm. 827, en virtud de la cual deviene necesario que en los pliegos de condiciones técnicas, así como en los de cláusulas particulares, de los contratos de servicios se determinen con precisión las prestaciones a realizar, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las empresas contratistas, cuidando, al tiempo, que su ejecución no se desvíe de lo pactado. Es muy importante, igualmente, que los responsables de la gestión de los servicios, para cuya ejecución se recurre a la contratación externa, se abstengan de realizar, durante la ejecución de los contratos, acto alguno que pueda conducir al reconocimiento de una cesión ilegal. En especial, deberán respetar, durante dicha ejecución, el poder de dirección que corresponde al empresario, absteniéndose de asumir funciones directivas, señaladamente mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones sobre el personal de la empresa contratada, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden al desarrollo de los contratos.

7

El principio de mérito
y capacidad en el fiel
de la balanza

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”³³⁷, cobre gran importancia en detrimento del reclutamiento de funcionarios³³⁸.

Ahora bien, pese a la rotundidad de los términos anteriores, cabe recordar que 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 y es garantía de la necesaria imparcialidad en los elegidos³³⁹, no otorga, sin embargo, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a participar, cuando proceda, bajo las mismas condiciones en las pruebas de selección³⁴⁰; lo hace, además, de forma concluyente, concediendo un derecho de carácter fundamental y un contenido específico y diferente al reconocido en el mismo precepto a los cargos públicos³⁴¹.

Así, lejos de poderlo considerar sólo como una mera especificación del art. 14 CE, es incuestionable el mayor alcance y operatividad de aquél en su proyección al régimen jurídico funcional³⁴². De este modo, 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 mencionado art. 23.2³⁴³.

7.1. La exigencia de requisitos objetivos para el acceso al empleo público

El compromiso enunciado en el art. 23.2 CE encuentra traducción en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a la situación

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

338. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 23 y ss.

339. 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.

340. 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).

341. 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 VIL- LAAMIL, O., Dir.): *Comentario a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid, 1985, págs. 673-674.

342. 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.

343. 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.

de empleado público, incluso en momentos posteriores relativos a la provisión de un cargo o puesto de trabajo, singularmente en los concursos de traslado³⁴⁴ y en la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su plaza, de conformidad con lo dispuesto en las leyes³⁴⁵, llevando a excluir o admitir determinadas conductas de la Administración en atención a la arbitrariedad o razonabilidad -respectivamente-, teniendo en cuenta para ello el elenco de tareas a realizar por esta última³⁴⁶, pues resulta admisible un trato diferenciado de unos aspirantes frente a otros cuando no conduzca a la discriminación³⁴⁷; circunstancia esta que por sí sola no puede ser presumida, pues no parece desproporcionado el establecimiento de determinados requisitos previos en atención a la diversidad de funciones a desempeñar³⁴⁸.

Formulado de otra manera, y a partir de dicho referente, la igualdad en el acceso a funciones públicas “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”³⁴⁹.

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”³⁵⁰.

En definitiva, el art. 23.2 CE no confiere prerrogativa alguna 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, a la vez, otorga una facultad de carácter pura-

344. 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.

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

346. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: “Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, pág. 524.

347. Baste remitir a las apreciaciones formuladas por CASTILLO BLANCO, F.A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada, 1993, pág. 17.

348. 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.

349. 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.

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

mente 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 mentada igualdad³⁵¹. 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. Ley 28/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), o, si se prefiere, mediante el procedimiento ordinario, y, en último término, agotados todos los recursos en la vía judicial, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por si duda hubiere, la igualdad que reconoce ese precepto constitucional no otorga el derecho a que los participantes sean necesariamente elegidos, pues el proceso de selección puede quedar desierto sin merma de la misma³⁵².

7.2. El reclutamiento de las personas más idóneas: aplicación a funcionarios y trabajadores

Tal y como ha reconocido el máximo intérprete de la Norma Fundamental -y se ha dejado constancia en las páginas precedentes-, el derecho del art. 23.2 CE “entronca válidamente en el principio general de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE”³⁵³, lo cual implica que “la referencia al art. 14 como manifestación general, de 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”³⁵⁴. De no ocurrir así quedaría degradada 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 trabajadores³⁵⁵. 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”³⁵⁶; ni siquiera el sometimiento al ordenamiento privado puede hacer decaer ni perder vigor a determinados principios reguladores de la selección de personal³⁵⁷.

351. 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.

352. CAVAS MARTINEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AAVV (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.

353. 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).

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

355. STCo 83/2000, de 27 de marzo.

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

Por tales motivos, resulta preciso aplicar el art. 23.2 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”³⁵⁸.

Bajo tales premisas, ya la LMRFP hizo suyos los principios constitucionales del art. 23.2, 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 “originalidad”, poniendo el acento, en ambos casos, en un mismo fin: la identificación creciente entre el tipo de pruebas a efectuar y las tareas a desempeñar³⁵⁹. Decantó su criterio, pues, por una uniformidad de arranque, sin distinguir de partida entre las especies³⁶⁰, “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), lo que constituía -y constituye- una traslación de la doctrina de los actos separables al ámbito de la contratación laboral por la Administración pública³⁶¹. Partiendo de la “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 selectivo.

Como ha reconocido la doctrina jurisdiccional en numerosas ocasiones, este precepto resultaba aplicable a todas las Administraciones y a todos sus empleados, incorporando un mandato cuyo carácter imperativo no cabría desconocer³⁶². Bajo esta misma perspectiva, el actual art. 55.1 EBEP, se esfuerza en dejar claro que las “Administraciones públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales” tantas veces citados. Este precepto alude sucesivamente a los principios de mérito y capacidad, que son los dos pilares sobre los que el art. 103.3 CE fundamenta el acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Al incorporar a este apartado ese triple postulado, el legislador constitucional está indicando la profunda interrelación existente entre ellos. La libertad del legislador ordinario para regular las pruebas de acceso está limitada por la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias,

357. DEL SAZ CORDERO, S.: “Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA MARIN, C.; LOZANO, B. y DEL SAZ CORDERO, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, pág. 173.

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

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

360. Por extenso, especialmente sugerente la exposición de CASTILLO BLANCO, F.A.: “Las proble-

máticas 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.

361. 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.

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

lo cual se determina en función de si esas desigualdades “son ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad”³⁶³.

El interés general, llamado a presidir la actuación de conformidad con el principio de eficacia, impide -se repite- a la Administración pública 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 son aplicables para la selección de personal funcionario o laboral no sólo en todas las Administraciones públicas, sino también en otras Entidades y organismos en los términos del 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); incluso en las Entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el citado art. 2 EBEP (consorcios, fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad) por mandato expreso de su disposición adicional primera.

7.3. Quiebras, cautelas e instrumentos de lícita utilización: el recurso a las bolsas de trabajo y la contratación a tiempo parcial

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 no sólo en cuanto a la formulación legal de los criterios en los que se manifiesta (art. 55.1 EBEP), sino también en las garantías que rodean al proceso de reclutamiento (“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 agilidad, sin perjuicio de la objetividad” -art. 55.2 EBEP-), va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen laboral se trata³⁶⁴, 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 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 a sus trabajadores 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 aplica-

363. GOÑI SEIN, J.L.: “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases del empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AAVV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. I, Madrid, 2009, pág. 358.

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

ción del mérito y la capacidad en toda su intensidad”³⁶⁵, colocando a dichos postulados en una situación de crisis sin precedentes³⁶⁶.

Es necesario, por tanto, extremar las cautelas en el intento de conseguir un empleo público de carácter profesional, frente a la inseguridad e ineficacia que, en el pasado, ocasionaron las designaciones y nombramientos amparados en la adscripción política, en el favoritismo o en otras relaciones personales en las cuales no quedaba papel alguno asignado a la valía real de los elegidos -“*spoils system*”-. Procede seguir, así, un cauce de selección objetivo, ordenado a comprobar y valorar el acervo personal de los candidatos³⁶⁷. Tal premisa no debe hacer olvidar, sin embargo, que la Administración necesita ciertos márgenes de flexibilidad a la hora de gestionar los efectivos humanos. De ahí que el recurso instrumental al Derecho del Trabajo, a entender “como una vía preferente para la organización interna 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”³⁶⁸, adquiera principal relevancia.

Un justo equilibrio entre ambos postulados (ductilidad y objetividad) debe erigirse en el parámetro fundamental de actuación de las Administraciones Públicas a la hora de dotarse del personal necesario para asumir de forma directa o indirecta la prestación de los servicios de interés general. A tal fin, puede resultar de gran utilidad la utilización de las dos fórmulas siguientes:

1. La confección de las denominadas bolsas de trabajo, listas de espera o relaciones de candidatos, integradas por quienes habiendo participado en algún proceso reglado de selección de personal no hubieran obtenido plaza en la convocatoria, facilitando, así, la entrada en el empleo público a quienes han intervenido sin éxito en las pruebas convocadas en desarrollo de las correspondientes ofertas, pero han superado alguno de los ejercicios realizados³⁶⁹. Estas personas quedan a disposición de la Administración para cubrir, de forma temporal y no definitiva, las vacantes que, por cualquier causa, pudieran surgir en la plantilla, posibilitando, a la par, a los aspirantes ganar experiencia de cara a futuras pruebas selectivas³⁷⁰.

Constituyen, pues, un mecanismo de agilización de los procesos de incorporación, gracias al cual pueden cubrirse cuando sea preciso las demandas esporádicas de personal preparado, permitiendo planificar anticipadamente el suministro idóneo de mano de obra para

365. 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.

366. PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2007, pág. 136.

367. MARTIN RETORTILLO BAQUER, L.: *Méritos o botín*, Pamplona, 2000, pág. 30.

368. GONZALEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGU, J.: “Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992, págs. 15.

369. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Bolsas de trabajo y Administración Pública”, *Actualidad Laboral*, número 21, 2006, págs. 2559-2577.

370. LOPEZ GOMEZ, J.M. y GOMEZ ALVAREZ, T.: “El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 53, 2000, pág. 91.

las necesidades temporales y urgentes de los empleadores públicos. Para su correcto funcionamiento, en su diseño deben aparecer imbricados tres elementos: una lista de espera, el departamento de la Administración encargado de elaborarla y una comisión paritaria de seguimiento en cuyo seno deben estar presentes los sindicatos firmantes del convenio. El elemento principal viene dado por la relación, en la cual se ingresa mediante solicitud del interesado, quien pasa a ocupar en ella un puesto jerarquizado o número de orden. Por su parte, el departamento correspondiente es el encargado de gestionar las admisiones, adjudicar los números de prelación y, llegado el momento, determinar -en muchos casos de consuno con un órgano *ad hoc* donde participa la contraparte social- el candidato idóneo -sin descuidar nunca su posición concreta- para cubrir la necesidad sobrevenida. En fin, la comisión de seguimiento, formada por igual número de representantes de la Administración y de los interlocutores sociales, es la encargada de controlar el proceso, reuniéndose periódicamente a tal efecto³⁷¹.

Su legitimidad debe ser plenamente admitida en aras a cubrir necesidades temporales y urgentes de mano de obra, pero el carácter de poder público revestido de imperio atribuido a la Administración no debe hacer olvidar tampoco cómo las reglas y requisitos rectores de las bolsas de espera deberán fijarse en atención solamente al mérito y capacidad precisos para el puesto convocado, quedando prohibido el establecimiento de cualesquiera otros impuestos, en términos concretos e individualizados, capaces de llevar a adjudicaciones *ad personam*³⁷².

2. Otro instrumento muy importante a la hora de gestionar de una forma flexible las necesidades de mano de obra por parte de las Administraciones Públicas es la vía ofrecida por la contratación a tiempo parcial. Desde el punto de vista conceptual, esta prestación de actividad reducida no puede tener sino como su referente de contraste en una prestación a tiempo completo, razón por la cual el elemento caracterizador y diferencial queda cifrado únicamente en la cuantificación del tiempo de trabajo. De este modo, el trabajo a tiempo parcial se define por el hecho de efectuar una actividad durante una jornada inferior a la relativa al tiempo pleno, con la correlativa y proporcional reducción retributiva³⁷³.

Ninguna dificultad plantea la aplicación de esta modalidad contractual a los trabajadores atendiendo a lo dispuesto en el art. 12 ET. Por lo que hace a los funcionarios, procede recordar que esta posibilidad fue tímidamente incorporada a través de la reforma introducida en el derogado art. 18 LMRFP por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que facultaba a los planes de empleo para la introducción, entre otras previsiones, de la «prestación de servicios a tiempo parcial» [art.18.2.g)]. Sobre la escasa virtualidad de los planes de empleo no procede insistir en este momento. Únicamente es menester constatar que aun cuando su objetivo se encontraba plenamente justificado, pues pretendían articular medidas ordena-

371. GOMEZ ALVAREZ, T.: "Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2005, pág. 72.

372. Tal y como exigen las SSTCo 42/1981, de 22 de diciembre, 50/1986, de 23 de abril, 18/1987, de 16 de febrero, 67/1989, de 18 de abril, 27/1991, de 14 de febrero, 93/1995, de 19 de junio, 11/1996, de 29 de

enero ó 96/1997, de 19 de mayo.

373. CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B.: "Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones", en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007*, de 12 de abril, Granada, 2008, pág. 567.

das a la realización y el ajuste de la estructura de las organizaciones, esto es, a mejorar en definitiva el rendimiento de los recursos humanos de la Administración pública, lo cierto es que su excesiva complejidad técnica y la ausencia de tradición planificadora en los Entes públicos hicieron que su utilización fuera prácticamente nula. Es más, la posibilidad de introducir en los mismos, como medida tendente a la óptima gestión del personal, la realización del trabajo a tiempo parcial ocasionaba un doble efecto pernicioso: de un lado, una drástica reducción de las retribuciones a percibir por el funcionario afectado por una medida no siempre bien recibida, máxime cuando por ausencia de toda referencia legal, el afectado seguía inmerso en el mismo régimen de incompatibilidades que hasta entonces; de otro, la privación al mismo del conocimiento de asuntos concretos que pudieran corresponderle, habida cuenta la determinación de los servidores públicos a quienes se aplicaran las previsiones del plan o de los puestos sujetos a la dedicación parcial era plenamente discrecional (a decidir por quien aprobaba dicho plan)³⁷⁴.

Así pues, la introducción generalizada del trabajo a tiempo parcial en el marco de los planes de empleo no estuvo exenta de críticas, por cuanto imponer preceptivamente a un funcionario o a un trabajador la minoración horaria, a fin de crear otro puesto también a tiempo parcial (dividir el trabajo, en suma) era poco coherente con unos instrumentos que abiertamente justificaban su existencia en la necesidad de racionalizar el gasto público. Baste pensar cómo, si bien el tiempo de trabajo puede ser dividido matemática y exactamente, no ocurre lo mismo con el montante económico implicado en el régimen de retribuciones y de aportaciones al sistema de Seguridad Social, o con los costes de gestión de personal que se incrementan con la duplicidad de mano de obra que la medida implica.

Pese a tal fracaso, el trabajo a tiempo parcial puede encontrar, sin embargo, una solvente justificación (y así parece que lo entiende la nueva regulación incorporada al EBEP) si la dedicación horaria mermada no fuera una imposición externa, evitando así cualquier litigiosidad, y, al tiempo, quedara incardinada en sectores administrativos «no productivos» (mayoritarios en el sector público), donde la prestación minorada de servicios no implicara ni un descenso prestacional, ni un aumento del gasto, ni una mayor dificultad de gestión³⁷⁵.

La normalización del trabajo a tiempo parcial por parte de los empleados públicos que el EBEP pretende implantar no debe hacer olvidar, a la postre, que las futuras normas de desarrollo del precepto aquí analizado deben prestar especial atención a la necesaria salvaguarda de los derechos de los funcionarios y de los trabajadores que presten servicios bajo esta modalidad, en el bien entendido sentido de que éstos han de coincidir plenamente con los disfrutados por los empleados a tiempo completo con una única matización: cuando resulte consecuente con la naturaleza del derecho en cuestión quedarán reducidos proporcionalmente al tiempo trabajado. Así pues, se aplicará el principio de proporcionalidad únicamente en aquellos aspectos de tipo cuantitativo, mientras que los derechos de matiz cualitativo se deberán atribuir íntegramente sin posibilidad de merma alguna. Sea como fuere, no habrá que perder de vista una probable feminización en la prestación de servicios

374. FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: La movilidad en la función pública. Entre la estabilidad y la eficacia en la gestión, cit., pág. 28.

375. MARTINEZ FONS, D.: “La jornada de trabajo de los funcionarios públicos”, en AAVV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2008, pág. 567.

a tiempo parcial en el ámbito público, en cuyo caso la normativa heterónoma y autónoma que desarrolle el art. 47 EBEP debe tener en cuenta la posibilidad de que se incurra en discriminaciones indirectas a través de tratamientos peyorativos hacia este régimen de trabajo o de consecuencias perjudiciales para quienes se acojan a él.

Es más, otra cuestión necesitada de solución expresa en la normativa de desarrollo del EBEP es la relativa a la posibilidad de que una relación a tiempo completo se transforme en otra a tiempo parcial o viceversa, siendo imprescindible diseñar el instrumento jurídico hábil para proveer a dicha conversión sin perder nunca de vista que, producida la novación pretendida, su carácter nunca puede ser irrevocable; antes bien, el afectado que, en su día, optó por la transformación puede retornar a su modelo de actividad de origen sin complicaciones adicionales³⁷⁶.

En fin, la generalización del trabajo a tiempo parcial en el empleo público obligará, de un lado, a regular los efectos de la prestación de este tipo de actividad sobre los derechos pasivos y, de otro, a revisar a fondo el sistema de incompatibilidades, pues es posible que algunos de los empleados públicos que no desempeñen sus tareas a jornada completa deseen asumir otras actividades remuneradas en las horas libres. Todo ello no debe hacer olvidar, sin embargo, las enormes ventajas que una prestación de actividad a tiempo parcial puede reputar en la organización y gestión de los recursos humanos al servicio de las Administraciones públicas.

376. RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Capítulo V. Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE

NAVARRO, AV., Dirs.): Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 455.

Bibliografia

AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.)

Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Valencia, 2003, pág. 1088.

ALARCON CARACUEL, M.R.

La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales, Sevilla, 1985.

ALBIOL MONTESINOS, I.

“Las empresas de trabajo temporal”, *Tribuna Social*, núm. 43, 1994.

ALDOMA BUIXADE, J.

“Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008.

ALFONSO MELLADO, C.L. y PEÑA OLBIAL, S.

“De nuevo el trabajador indefinido no fijo. Ahora en supuesto de cesión ilegal de trabajadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003.

ALMENDROS GONZALEZ, M.A.

“Planificación de recursos humanos”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008.

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.

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.

ALVAREZ ALCOLEA, M.

“Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratadas”, en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.

ALVAREZ RICO, M. y GONZALEZ-HABA GUIASDO, V.M^a.

Administración y función pública en España, Madrid, 1992.

AMOEDO SOUTO, C.A.

“La precarización laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la utilización de ‘medios propios’. El caso de Tragsa”, *Aunario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004.

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.

ANTONIO ALTES, J.

La contratación temporal en la Administración Pública, Valencia, 1984.

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 Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000.

ARIÑO ORTIZ, G.

“El servicio público como alternativa”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979.

ARROYO YANES, L.M.

La carrera administrativa de los funcionarios públicos, Valencia, 1994.

“El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios públicos y su problemática jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995.

“Las técnicas de provisión de los puestos de trabajo en la función pública local”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, L.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998.

BARRANCHINA JUAN, E.

La función pública (Su ordenamiento), T. II, Barcelona, 1991.

BELADIEZ ROJO, M.

Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos, Madrid, 1997.

BLASCO PELLICER, A.

La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social, Pamplona, 2005.

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.

“La responsabilidad civil de los concesionarios y contratistas”, *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994.

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.

BOLTAINA BOSCH, X.

“Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, T.V, 2002.

BORRAJO DACRUZ, E.

“Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 26, 1997.

BORRAJO INIESTA, I.

“El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993.

CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B.: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L., et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008.

CALZADA GIL, E.

“La situación administrativa de servicios en Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 203, 1985.

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.

La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas, Valencia, 1990.

CANTERO MARTINEZ, J.

“Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 176, 2008.

“Estructura del empleo público y clases de empleados públicos”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009.

CASTILLO BLANCO, F.A.

Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional), Granada, 1993.

“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.

“Las situaciones administrativas de los empleados públicos”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007.

CAVAS MARTINEZ, F.

“A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006.

“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.

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.

CORDERO SAAVEDRA, L.

Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas, Murcia, 2003.

CRUZ VILLALON, J.

“Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992.

“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.

y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.

“Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998.

CUETO PEREZ, M.

“Función pública”, en AA.VV.: *Manual de Derecho Administrativo*, T. II, Madrid, 1997.

DE AHUMADA RAMOS, F.J.

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Pamplona, 2000.

DE LA VALLINA VELARDE, J.L.

“Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962.

DE 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. 17, 2008.

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.

DE VICENTE DOMINGO, R.

El puesto de trabajo en el Derecho de la Función Pública, Valencia, 1997.

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.

DEL SAZ CORDERO, S.

“Desarrollo y crisis del Derecho

Administrativo. Su reserva constitucional”, en CHINCHILLA MARIN, C.; LOZANO, B. y DEL SAZ CORDERO, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992. “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995. *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, pág. 80.

DELVOLLE, P.

“Marchés publics: les crières des ‘contrats-maison’, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, núm. 1, 2002.

ERKOREKA GERVASIO, J.I.

“La movilidad interadministrativa en la función pública vasca: normativa básica, regulación autonómica y soluciones judiciales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (II), 1996.

FEREZ FERNANDEZ, M.

“El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado”, *Documentación Administrativa*, núms. 241-242, 1995. “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. “Planificación de recursos humanos (arts. 69 a 71)”, en AA.VV (ORTEGA ALVAREZ, L., Dir.): *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008.

FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.

Contratación administrativa, 3ª edición, Barcelona, 2003. *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.

Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laborización de alguno de los núcleos duros de la función pública), Santiago de Compostela, 2003.

y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.

La movilidad en la función pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión, Madrid, 2004. El acceso al empleo público, Madrid, 2005. “Bolsas de trabajo y Administración Pública”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2006.

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.

FERNANDEZ FERNANDEZ, R.

La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos, Sevilla, 2008. “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos”, 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.

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.

FUENTETEJADA PASTOR, J.A.

“Situaciones administrativas”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009.

FUERTES LOPEZ, M.

“Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jursiprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000.

GALA DURAN, C.

La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social, Pamplona, 1997.

Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias, Madrid, 1998.

“Supuestos y consecuencias de la utilización ‘inadecuada’ de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998. *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, 1999.

“La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras y servicios”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001.

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.

“Descentralización productiva por medio de contrataciones de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I.

GARCIA DE ENTERRIA, E.

Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984).

y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.

Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008.

GARCIA FERNANDEZ, M.

“Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994.

“La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal” (I), *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1996.

GARCIA MURCIA, J.

“El trabajo en contrataciones y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981.

GARCIA PIQUERAS, M.

“El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998.

Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas, Valencia, 1998.

En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos), Granada, 1999.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.

“Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contrataciones”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrataciones. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000.

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.

“Consideraciones en torno al derecho a la

igualdad en el acceso a la función pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990.

La cesión del contrato administrativo. La subcontratación, Madrid, 1997.

GIMENEZ ABAD, M.

“Las transferencias de funcionarios a las Comunidades Autónomas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1994.
 “La función pública autonómica en el proceso de modernización del sector público”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 45 (II), 1996.

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.

GOERLICH PESET, J.M.

“Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997.
 “Actividades laborales externalizables: régimen jurídico”, en AA.VV. (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.

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.

La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro, Madrid, 2004.

“Las bolsas de trabajo de las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, núm. 7-8, 2005.

GONZALEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGO, J.

“Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992.

GONZALEZ IGLESIAS, M.A.

El contrato administrativo de consultoría y asistencia, Madrid, 2002.

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.

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.

GOÑI SEIN, J.L.

“Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases del empleado público. La adquisición y pérdida de la relación de servicio”, 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.

IBAÑEZ GARCIA, I.

“La subcontratación en los contratos del sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007.

JIMENEZ ASENSIO, R.

Políticas de selección en la función pública española (1808-1978), Madrid, 1989.

JURISTO SANCHEZ, R.

La ejecución del contrato de obra pública, Madrid, 1983.

LAHERA FORTEZA, J.

Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, 2001.

LEGUINA VILLA, J.

La responsabilidad civil de la Administración, Madrid, 1983.

LLANO SANCHEZ, M.

Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas, Madrid, 1999.

LOPEZ ANIORTE, M.C.

La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo, Murcia, 2003.

LOPEZ GOMEZ, J.M.

El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, Madrid, 1995.
La relación laboral especial de empleo público, Madrid, 2009.

y GOMEZ ALVAREZ, T.

“El acceso del personal laboral a las Administraciones Públicas: las bolsas de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 53, 2000.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.

Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos, Pamplona, 2003.

MANZANA LAGUARDA, R.

Situaciones administrativas de los funcionarios públicos, Valencia, 1998.

MARTIN JIMENEZ, R.

“Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999.

MARTIN MATEO, R.

“La inamovilidad de los funcionarios”, *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996.
Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración, Madrid, 1988.

MARTIN REBOLLO, L.

La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia, Madrid, 1997.

MARTIN RETORTILLO BAQUER, L.

Méritos o botín, Pamplona, 2000.
“Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996.

MARTIN VALVERDE, A.

“La protección jurídica del trabajo en contrataciones: 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 contrataciones de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994.

“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.

MARTINEZ BLANCO, A.

“El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, *Documentación Administrativa*, núm. 194, 1982.

MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.

“La comisión de servicio y expectativa de destino”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1991.

“La comisión de servicio y la expectativa de destino”, *Revista de Administración Pública*, núm. 125, 1995.

Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo, Madrid, 1995.

El caso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcional de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, Madrid, 1995.

MARTINEZ EMPERADOR, R.

El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios, Madrid, 1980.

MARTINEZ FONS, D.

“La jornada de trabajo de los funcionarios públicos”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S.,

Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008.

MARTINEZ GARRIDO, L.R.

Tratamiento laboral de la contratación y sub-contratación entre empresas: problemas y soluciones, Madrid, 1998.

MARTINEZ MARIN, A.

Régimen jurídico de los funcionarios, 2ª edición, Madrid, 2001.

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.
El contrato de consultoría y asistencia, Madrid, 2002.

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.
“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, Madrid, 2001.

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.

MESTRE DELGADO, J.F.

La extinción de la concesión de servicio público, Madrid, 1992.
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.

MOLERO MARAÑÓN, M^a.L.

Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas, Valencia, 1999.

MOLINA NAVARRETE, C.

“El problema de la identificación del concepto de ‘unidad productiva autónoma’ ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos hermenéuticos”, *Temas Laborales*, núm. 32, 1994.

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.

MONEREO PEREZ, J.L.

“Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contrataciones y en las concesiones administrativas”, *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II.
La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario, Madrid, 1999.

MONTOYA MARTIN, E.

Las empresas públicas sometidas a Derecho Privado, Madrid, 1996.

MONTOYA MEDINA, D.

Trabajo en contrataciones y protección de los trabajadores, Valencia, 2004.

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.

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.

MORELL OCAÑA, L.

Curso de Derecho Administrativo, T.I, 5ª edición, Pamplona, 2002.

MORENO GENE, J.

Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable, Valencia, 2002.

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.

Nuevo régimen de contratación administrativa, 3ª edición, Madrid, 2003.

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*, 2ª edición, Madrid, 2004.

MOREU CARBONELL, E.

“Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997.

MORILLO-VELARDE PEREZ, J.I.

“Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 48, 1985.

“Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998.

NAVARRO NIETO, F.

“Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Documentación Laboral*, núm. 71, 2004.

La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contrata y subcontratas, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2005.

NICOLAS BERNARD, J.A.

“La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija”, 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.

NIETO GARCIA, A.

“La noche oscura de la función pública”, *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980.

NORES TORRES, L.E.

El trabajo en contrata. La noción de ‘contrata de propia actividad’, Valencia, 2004.

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.

ORTEGA ALVAREZ, L. y ARROYO JIMENEZ, L.

“La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites”, en AA.VV.: *Le esternalizzazioni. Tai del XVI Convegno degli amministrativistiitalo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006*, Bolonia, 2007.

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.

PADROS, X. y FORTUNY, J.M.

Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, Barcelona, 1995.

PALOMAR OLMEDA, A.

“La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992.

“La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del estatuto de los funcionarios públicos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994.

Planificación de los recursos humanos en el ámbito público, Madrid, 1997.

“De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2005.

“Organización del empleo público”, en AA.VV. (CASTILLO BLANCO, F.A., Dir.): *Manual de Empleo Público*, Madrid, 2009.

Derecho de la función pública, 8ª edición, Madrid, 2009.

PANTALEON PRIETO, F.

Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Madrid, 1985.

PARADA VAZQUEZ, R.

Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2007.

PAREJO ALFONSO, L.

“La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989.

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 home-*

naje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz, Valencia, 1998.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

Nuevas tecnologías y relación de trabajo, Valencia, 1990.

PEREZ GOMEZ, J.M.

Introducción al régimen jurídico de los funcionarios públicos, Granada, 1993.

“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.

PEREZ LUQUE, A.: Personal temporal de las Corporaciones Locales, Madrid, 1989.

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.

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.

PULIDO QUECEDO, M.

El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución), Madrid, 1991.

“Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990.

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.

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*, Vol. I, Madrid, 2000.

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.

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.

RAMOS MORCILLO, M. J.

“El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996.

RAMOS QUINTANA, M. I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007.

REBOLLO PUIG, M.

“Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Documentación Administrativa*, núm. 243, 1995.

“Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro”, *Poder Judicial*, núm. 20.

REBOLLO RICO, A.

“Derechos y obligaciones del concesionario”, 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.

RIVERO LAMAS, J.

“Tipificación y estructura del contrato de trabajo”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972.
 “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 124, 2000.
 “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003.

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.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.

“Flexibilidad en la Administración Pública: una necesidad inaplazable”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 170, 1997.
 “Los planes de empleo como medida de reestructuración administrativa: dificultades de aplicación práctica”, en AA.VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de las empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2006.
 “Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006.

Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales, Madrid, 2006.

“Capítulo V. Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, M. L.

“El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000.

RODRIGUEZ RAMOS, M^a. J.

El estatuto de los funcionarios públicos (su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores), Granada, 1997.

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
Las empresas de trabajo temporal en España, Valencia, 1994.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.

“La regulación protectora del trabajo en las contrataas”, *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972.

“El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET”, *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996.

“Propia actividad y contrata”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996.

“Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2008.

ROMERO RODENAS, M.J.

“Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas”, *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1998.

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.

SALA FRANCO, T.

Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública, Madrid, 1989.

“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, MTAS, Madrid, 2001.

“La sucesión de contrataas”, en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002.

“Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005.

SALCEDO BELTRAN, M.C.

Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas, Albacete, 2005.

SANCHEZ BLANCO, A.

“La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981.

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*, Madrid, 1985.
Derecho de la función pública, 4ª edición, Madrid, 2008.

SANCHEZ PEGO, F.J.

“La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición”, *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995.

SANTAMARIA PASTOR, J.A.

Principios de Derecho Administrativo, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000.

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.

SELMA PENALVA, A.

“Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V.**y ARETA MARTINEZ, M.**

“Art. 73”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009.

SERRANO GUIRADO, E.

“La Ley de 15 de junio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración del Estado”, *Revista de Administración Pública*, núm. 15, 1954.

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*, Vol. I, Madrid, 2000.

SORIANO GARCIA, J.E.

Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo, Bolonia, 1993.

SOSA WAGNER, F.

La gestión de los servicios públicos locales, 6ª edición, Madrid, 2004.

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.

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. *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008.

TORNOS MAS, J.

“La función pública en las Comunidades Autónomas (Condicionantes previos y marco normativo de la potestad legislativa autonómica)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 7, 1983.

TORREBLANCA VERGARA, J.

Las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, Sevilla, 1987.

TRILLO GARCIA, A.R.

“Art. 88. Servicio en las Administraciones Públicas”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009.

VALDES ALONSO, A.

“Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007.

VALDES DAL-RE, F.

“Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995.

“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.

VAZQUEZ CARRANZO, J.

“Art. 69. Objetivos e instrumentos de la planificación”, 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*, 2ª edición, Pamplona, 2009.

VILLAR EZCURRA, J.L.

La responsabilidad en materia de servicios públicos, Madrid, 1981.

VILLAR PALASI, J.L.

La intervención administrativa en la industria, Madrid, 1964.

VILLAR ROJAS, F.J.

Privatización de servicios públicos, Madrid, 1993.

VILLORIA MENDIETA, M. y

DEL PINTO MATUTE, E.

Manual de gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas, 2ª ed., Madrid, 2000.



Via Laietana 33, 6è
08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04
Fax 93 310 71 03
www.fmc.cat