

# LA DIVERSIDAD DE REGÍMENES JURÍDICOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. ESPECIAL REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL

XAVIER BOLTAINA BOSCH

*SUMARIO: I. LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS DE PERSONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (EBEP).– II. LA DIVERSIDAD DE REGÍMENES JURÍDICOS Y EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO.– III. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: 1. Clasificación de los funcionarios públicos que pueden prestar servicios en las Administraciones Públicas. 2. Funcionarios de carrera. 3. Funcionarios interinos: ¿la laboralización de la figura del funcionario interino?: A) Concepto de funcionario interino. B) Circunstancias de la interinidad funcional. La parcial «laboralización» del funcionario interino.– IV. EL PERSONAL EVENTUAL.– V. UNA REFLEXIÓN PREVIA AL ESTUDIO DEL PERSONAL LABORAL: FUNCIONES ATRIBUIDAS A PERSONAL FUNCIONARIO Y FUNCIONES DE POSIBLE ATRIBUCIÓN A PERSONAL LABORAL SEGÚN EL EBEP Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EMPLEO PÚBLICO DE ARAGÓN: 1. Las funciones del personal funcional ex art. 9.2 del EBEP y en el Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón de 2010.– VI. ESPECIAL REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. ¿El personal laboral como relación laboral especial? 2. Concepto de personal laboral.– VII. UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NACIMIENTO, CONTENIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO: 1. El personal laboral de la Administración Pública: normativa aplicable. 2. Personal funcionario y personal laboral. 3. Garantías para el personal laboral que ocupe un puesto correspondiente a funcionario. 4. Modalidades contractuales. 5. Derechos y deberes. Código de Conducta. 6. Estructura del personal laboral. 7. Promoción y carrera profesional. 8. Provisión de puestos de trabajo. 9. Situaciones administrativas del contrato de trabajo. 10. Régimen retributivo. 11. Negociación colectiva. 12. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones. 13. Selección. 14. Régimen disciplinario y extinción del contrato de trabajo.– VIII. UNA CUESTIÓN NO RESUELTA: LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS: UN TERTIUM GENUS DE RELACIÓN LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.– IX. BIBLIOGRAFÍA*

*RESUMEN:* Este capítulo tiene por objeto analizar la diversidad de empleados públicos que prestan servicios en las Administraciones Públicas. En primer término se acota el concepto «empleado público» para a partir de ahí, establecer las características fundamentales de los funcionarios públicos —de carrera e interinos— del personal eventual de confianza y asesoramiento especial y, finalmente, dedicar una parte significativa

de las reflexiones a la presencia del personal laboral: las funciones que le pueden ser atribuidas, en contraposición a las previstas para el personal funcionario; su régimen jurídico específico, derivado de su caracterización como «relación laboral de empleo público» según el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) del 2007 y concluyendo con una aproximación a la figura del trabajador indefinido no fijo, fruto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que transcurrida ya más de una década, ha devenido consolidada. A lo largo del capítulo se hacen diversas menciones al desarrollo que sobre estas cuestiones efectúa el Anteproyecto de Ley de la Función Pública de Aragón.

*Palabras clave:* empleado público; funcionario; personal eventual; personal laboral al servicio de la Administración; trabajador indefinido no fijo.

*ABSTRACT:* This chapter aims to analyze the diversity of public employees serving in the government. In the first term, it limits the term «public employee», establishes the fundamental characteristics of public officials, and temporary personnel and advising any special trust personnel. It devoted a significant part of the reflections to the Labour personnel, the functions that can be attributed, in contrast to those provided for the civil servants, their separate legal status derived from their characterization as «public employment labor relations» as the Basic Statute for Civil Servants (EBEP) of 2007 and concluding with an approach to the figure of no fixed permanent worker, the result of the jurisprudence of the Supreme Court are now more than a decade, has become consolidated. Throughout the chapter makes several references to development on these issues made by the Draft Law on Public Employment of Aragón.

*Key words:* public employee; civil servant; advising any special trust personnel; temporary staff; labour personnel; permanent workers not fixed.

## **I. LAS NUEVAS TIPOLOGÍAS DE PERSONAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO (EBEP)**

El título II de la Ley del Estatuto del Empleado Público (EBEP) describe y también define las «clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», si bien debe distinguirse comprendido en tal Título II un subtítulo I, referido propiamente al «personal directivo». La distinción sistemática es fruto del zigzagueante trámite parlamentario del Estatuto. El texto final aprobado por el Congreso, previo a su tramitación por el Senado ya corrigió tal denominación del Título, pasando al actual de «clases de personal» pero incorporaba al personal directivo como una de tales clases, incrementándose pues de cuatro a cinco en la relación. Finalmente, en el trámite de enmiendas del Senado, se suprimió al personal directivo como una clase de empleado público, resituándose nuevamente la tipología en la clasificación inicial del primer texto —aunque incorporando un tercer subgénero dentro del personal laboral, al distinguir entre trabajadores *fijos*, *indefinidos* y *temporales*— y trasladando los

directivos profesionales a un Subtítulo específico (el I), que no obstante supone una sistemática peculiar, pues los «*empleados públicos*» se clasifican finalmente en funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral y personal eventual, despojándose de tal condición de «*empleado*» a los directivos, pese a que el art. 13 del EBEP los acoge bajo el frontispicio de «*personal directivo*» y regula su régimen jurídico como tal «*personal directivo profesional*».

En este artículo que publica la Revista Aragonesa de Administración Pública nos centraremos en la diversidad en la tipología de empleados públicos en el sistema español y en especial, en el personal laboral al servicio de las Administraciones, calificada su vínculo como una «*relación laboral de empleo público*» según la definición de la Exposición de Motivos del EBEP, novedosa desde el punto de vista de la terminología ius laboralista.

## II. LA DIVERSIDAD DE RÉGIMENES JURÍDICOS Y EL CONCEPTO DE EMPLEADO PÚBLICO

El EBEP incorpora por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico un concepto que la doctrina había acuñado pero que propiamente era extraño a la definición legal vigente —salvo algunas excepciones que podía localizarse puntualmente en leyes específicas—: la del «*empleado público*». El EBEP se define como una norma que pretende fijar los principios generales aplicables al conjunto de «*las relaciones de empleo público*» y busca que en su contenido se incorpore aquello que es común al conjunto de los funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración, y también al personal eventual. De ahí que la Exposición de Motivos se refiera a tal Estatuto como la síntesis de «*aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado*».

Hasta la aprobación del EBEP, las normas de función pública no se referían propiamente al «*empleado público*» como concepto jurídico definido, salvo algunas normas específicas o preceptos puntuales. Por lo general, la dicción era la de «*personal al servicio de las Administraciones Públicas*» —en el caso de Aragón—, «*personal al servicio de la Administración de la Comunidad Autónoma...*» según el Decreto legislativo 1/1991 de Ley de Ordenación de la función pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y a partir de allí se fijaba la ya tradicional distinción entre funcionarios de carrera, interinos, personal laboral —fijo y temporal— y personal eventual. Sin embargo, si la finalidad del nuevo Estatuto, y la propia denominación del mismo, es aunar en una misma norma muchos de los aspectos que afectan a los diferentes servidores públicos con independencia de su vínculo jurídico, era imprescindible que, denominado aquel como Estatuto Básico del Empleado Público, se procediera a su definición.

Definición no pacífica y que también sufrió modificaciones a lo largo del trámite parlamentario. Frente a la descripción inicial, que se calificaba a tal empleado como la persona que accede al desempeño retribuido de una función o un puesto de trabajo en la Administración Pública al servicio de los intereses generales, la definición finalmente aprobada fue más escueta, al suprimir la referencia al puesto de trabajo. Así, se entiende como tal empleado público a aquél que desempeña una función retribuida en la Administración Pública al servicio de los intereses generales (art. 8.1)

Nos parece evidente —y justificada— la parquedad e imprecisión de tal definición. Si no fuera por la descripción que efectúa el 8.2 de cuáles son los empleados públicos, en aquél primer concepto podría incorporarse un amplio abanico de servidores públicos, incluido naturalmente el personal directivo pero también aquél que tiene la consideración de alto cargo. Por tanto, se hacía necesario resituar el concepto a través de la relación del art. 8.2 del EBEP.

Sin embargo, tal concepto tiene su lógica —en lo que se refiere a ambigüedad e imprecisión— en la dificultad misma de definir al «*empleado público*». Es prácticamente imposible casar en un único concepto toda una diversidad de «*empleados*» vinculados con la Administración por regímenes jurídicos diferentes e, incluso dentro de ellos mismos, con sustanciales diferencias en cuanto a derechos y obligaciones.

Así, puede colegirse que si una de las notas características del funcionario de carrera es el derecho al cargo, ésta no se predica del funcionario interino o del personal eventual, por lo que aquella no podía incorporarse a la definición común. Tampoco las notas de estabilidad sirven de elemento común, habida cuenta que la norma se refiere a trabajadores temporales, trabajadores indefinidos —diferenciándolos de los fijos—, funcionarios interinos y personal eventual, frente a los que sí tienen derecho de permanencia (funcionarios de carrera y personal laboral fijo), permanencia esta que no puede calificarse con igual alcance y contenido para ambos colectivos. Igualmente el régimen jurídico no podía servir de común denominador, al incorporar a funcionarios y personal laboral bajo el mismo concepto, pese a los intentos de aunar en algunos aspectos una regulación similar o idéntica. En cuanto a la voluntad de incluir al personal eventual, de libre nombramiento y cese y desarrollando funciones de confianza o asesoramiento especial, era de hecho imposible cohesionarlo en cuanto su propia esencia con la que sustenta a funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración.

Por ello entendemos que la definición finalmente establecida para el «*empleado público*» ha incorporado aquello que desde el punto de vista jurídico puede identificar a toda la relación jurídica: el desempeño de una función, con carácter retribuido —lo que excluye prestaciones personales voluntarias—,

que tal ejercicio sea en el seno de la Administración Pública y que aquella tenga por finalidad el servicio de «*los intereses generales*».

Lo dicho nos permite efectuar algunas consideraciones iniciales.

En primer término, el EBEP estructura el personal al servicio de la Administración bajo el concepto de «*clases de personal*» delimitándolos a los ya referidos. El anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón (en lo sucesivo, ALEPA) (1) sigue la misma línea, en su art. 27.4.

En segundo lugar, el EBEP opta por un régimen general funcionarial para los empleados públicos, aunque no de forma exclusiva; al contrario, creemos que esa preferencia se diluye, aunque no sea de forma decidida, y a salvo que se interprete los preceptos que tratan de la cuestión desde la lógica de nuestra propia Constitución, como tendremos ocasión luego de valorar. Recordemos que el Informe de la Comisión de Expertos de 2005 defendió que la preferencia de la CE por el régimen funcionarial marcada por la STC 99/1987 no se ha respetado en la práctica —conclusión que compartimos— y se ha flexibilizado por la jurisprudencia posterior (2), lo cual ha permitido al legislador no inclinarse por un régimen funcionarial más expansivo. Ello se denota en la propia estructura del Título II: la clasificación y definición del personal es hasta un cierto punto aséptica, con la salvedad del art. 9.2 y, por otro lado, no se fijan fronteras precisas a la incorporación del personal laboral, excepción hecha de la remisión que el art. 11.2 efectúa aquél art. 9.2.

Finalmente, como tercera reflexión, consideramos que el Título II es escasamente innovador ya no sólo en la definición de conceptos de los distintos tipos de empleados, sino incluso impreciso jurídicamente en aquellos aspectos en donde pretende introducir novedades, como tendremos ocasión de estudiar.

### III. LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### 1. Clasificación de los funcionarios públicos que pueden prestar servicios en las Administraciones Públicas

Como hemos ya señalado, el EBEP clasifica a los funcionarios públicos en dos modalidades: los funcionarios de carrera (art. 9) y los funcionarios interinos (art. 10), si bien a nuestro juicio ambos son funcionarios aunque la ausencia

---

(1) Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón, borrador 290310, del año 2010. Todas las referencias a ALEPA lo serán a este texto.

(2) Tesis de la Comisión que se ampara en la STC 37/2002, de 14 de febrero. Planteamiento que, sin embargo, no compartimos, sino que al contrario, entendemos que la mencionada sentencia confirma el pronunciamiento del Alto Tribunal de 1987. *Vid.*, al respecto, BOLTAINA BOSCH (2006)

del derecho al cargo de los últimos permite modular su régimen jurídico, al quedar exceptuados de algunos derechos, aunque al distinguir de tal manera como acontece en el Estatuto éste se ha eco de un criterio diferente, según el cual al carecer del derecho a la inamovilidad, los funcionarios interinos no son propiamente funcionarios o, cuanto menos, es lícito —en opinión del Informe de la Comisión de Expertos de abril 2005— poner en duda, desde un punto de vista sustantivo, su condición de verdaderos funcionarios, si bien para evitar confusiones jurídicas, plantea finalmente aceptarles tal característica (3).

## 2. Funcionarios de carrera

La definición de funcionario de carrera que efectúa el EBEP se ha mantenido inalterable a lo largo de todo el trámite parlamentario y el mismo esquema asume el art. 28 del ALEPA. Asume una definición ya clásica en nuestro derecho de la función pública, en donde destacan cuatro notas: nombramiento legal, de carácter permanente, que implica un vínculo estatutario regido por el Derecho Administrativo y que supone un desempeño de servicios profesionales retribuidos. Concepto que en gran medida ya aparecía en la preconstitucional Ley de Funcionarios Civiles del Estado pero que supone distinguir con claridad la figura del funcionario de carrera de las restantes recogidas en el Título II: del personal laboral, porque éste se vincula por un contrato de trabajo y no por un nombramiento legal y porque el Derecho Administrativo no le es de aplicación —afirmación esta que debe relativizarse en no pocas ocasiones—; del personal interino porque fundamentalmente éste carece del derecho al cargo y todas las manifestaciones consecuentes; y del personal eventual por la misma razón que en el funcionariado interino más la tipología de funciones que desempeña.

Con mucho más interés hemos de analizar el art. 9.2 EBEP. Fundamentalmente porque supone el encaje del funcionariado dentro de nuestro sistema de empleo público, al definir cuáles son las funciones que necesariamente deberán ser desempeñadas por tal tipo de personal. Precepto que debe relacionarse, en el ámbito local, con la DA 2ª que también prescribe el recurso al funcionariado en las Corporaciones locales.

---

(3) Expresamente, el Informe señala que mientras ejerzan transitoriamente funciones atribuidas a funcionarios de carrera y en tanto en cuanto su nombramiento legal —y no contractual— haya respetado previamente los principios de mérito y capacidad en el acceso, «no existe reparo alguna en que conserven su condición de funcionarios...»

### 3. Funcionarios interinos: ¿la laboralización de la figura del funcionario interino?

El EBEP formula una definición de funcionario interino que dado su carácter de norma básica es aplicable a todas las Administraciones Públicas españolas afectadas por el Estatuto. Con ello se supera una cierta disfunción, como la que acontecía en la normativa catalana, castellano-manchega o vasca, al articularse una figura de interinidad no recogida en la norma estatal. Igualmente plantea en qué supuestos se puede recurrir al funcionario interino, se regula su selección y cese, se establecen medidas relativas a la reducción de la precariedad y se fija una cláusula general de cierre en cuanto a su régimen jurídico.

Sin embargo, nuevamente hemos de llamar la atención sobre la falta de sistemática del precepto. El art. 10 hubiera debido limitarse a definir al funcionario interino y, en todo caso, remitir toda regulación restante a un Título o Subtítulo específico. Sin embargo, opta por normar aspectos muy trascendentales, que deben conjuntarse con otros preceptos a lo largo del texto que tratan de las mismas cuestiones [reducción de la precariedad, por ejemplo (4)] o de otras específicas [retribuciones (5)].

#### A) Concepto de funcionario interino

El funcionario interino se define en el EBEP no tanto por su propia naturaleza jurídica (la precariedad) como por las razones que motivan su recurso, aunque sin obviar aquella primera circunstancia que es básica: son aquellos «funcionarios» que se impregnan de transitoriedad —de ahí que sean calificados como «interinos»—, los cuáles pueden ser incorporados a la Administración siempre y cuando haya razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia. El carácter provisional o transitorio es su principal característica y de ahí que el art. 10.3 EBEP indique que cesarán cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento, aunque ésta no es la única.

La segunda característica es que se requiere una razón que comporte necesidad y urgencia, si bien el EBEP no define a una y otra. Como tales conceptos jurídicos indeterminados, parece lógico entender que en primera instancia corresponderá a la propia Administración, y sólo a ella, precisar las razones mencionadas, si bien se deduce razonable entender que podrá recu-

---

(4) La DT 4ª, sobre «consolidación de empleo temporal» fija todo un conjunto de medidas orientadas a consolidar en puestos o plazas de carácter estructural al personal interino o temporal incorporado con anterioridad al 1 de enero de 2005.

(5) El art. 25.2 del EBEP reconoce el derecho a percibir trienios por parte de los funcionarios interinos, finalizando así una exclusión ya clásica en el derecho de la función pública española en donde las Leyes de Presupuestos siempre los habían exceptuado de tal percepción.

rrirse en vía administrativa y jurisdiccional contra tal calificación. Una tercera nota es preciso añadir a estas dos primeras, y no de menor importancia: las funciones que desempeñen deberán ser «*propias de funcionarios de carrera*», estableciéndose así un claro vínculo entre unos y otros, de tal manera que, a nuestro juicio, no debería tratarse a la funcionario interino como una especie de empleado distinto al funcionario de carrera, sino que ambos estatus debieran formar parte de un género, el del funcionario, del cual se predica en un caso la plena estabilidad y en otro la provisionalidad.

El concepto de funcionario interino, que pivota en las notas mencionadas, supone una condición necesaria pero no son datos suficientes para clarificar la figura. Pese a la existencia de la necesidad y urgencia, de la transitoriedad y del ejercicio de funciones propias del funcionariado, el EBEP obliga a que concurren otras «*circunstancias*», que a continuación analizaremos, y que nos sitúan en un marco jurídico no precisamente seguro, cuanto menos sin desarrollo legal autonómico del EBEP.

## **B) Circunstancias de la interinidad funcional. La parcial «*laboralización*» del funcionario interino**

A nuestro juicio, podemos distinguir entre dos grupos de circunstancias, en función de la novedad que supone el Estatuto: aquellas clásicas en nuestro sistema jurídico de empleo público (la interinidad por sustitución y la interinidad en plaza vacante) y las nuevas modalidades incorporadas al texto ahora comentado, que analizaremos con mayor detalle, si bien la ALEPA amplía las circunstancias a una quinta.

Dado que las dos primeras son ampliamente conocidas, nos centraremos en las dos últimas por su novedad y por las particularidades que comportan, dada su ligazón con el derecho laboral y efectuaremos una referencia a la previsión del art. 29 del ALEPA.

Las nuevas modalidades que permiten el recurso al funcionario interino vienen encabezadas por la posibilidad de recurrir a esta figura para «*la ejecución de programas de carácter temporal*» (art. 20.1.c, coincidente con el art. 29.1.c del ALEPA), supuesto que no es extraño a nuestro derecho de empleo público, pues ya diversas normas autonómicas lo habían instituido, y tampoco extraño al derecho laboral —en concreto, al contrato temporal por obra o servicio determinado—, y que puede ser de gran interés en Administraciones —como las locales— que a menudo trabaja por programas.

Esta opción nos parece una incursión a un nuevo concepto jurídico indeterminado. La norma no fija ni la duración de estos programas, ni el alcance de los mismos, ni quien debe aprobarlos ni las medidas de control sobre los



misimos. Incluso jurídicamente puede debatirse sobre el alcance mismo del concepto «*programas de carácter temporal*», que entendemos en todo caso que no podrán responder a actividades habituales de la Administración.

Creemos que el EBEP debería haber incorporado una mayor concreción, o que en todo caso así se haga en las leyes estatal y autonómicas de desarrollo, en línea a lo que algunas normas ya preexistentes habían efectuado, como es obligar a la Administración a que fije con claridad el programa temporal, las características profesionales de los funcionarios interinos vinculados, los objetivos que se pretendan alcanzar, la relación detallada de las actividades a realizar, con especial referencia a su condición de actividades ordinariamente no habituales y con una duración máxima no superior a un determinado período, y no prorrogable (6). En este sentido nos parece absolutamente adecuado en que en el ALEPA, se fije el plazo máximo en 24 meses (art. 29.1.c), pues ello evita el uso fraudulento temporal indefinido de estos programas y se acerca a los límites (3 ó 4 años, que fija la ley laboral para los contratos de obra o servicio determinado, tras la reforma del 2010 a través de la Ley 35/2010).

Debe destacarse, sin embargo, que el supuesto del art. 10.1.c del EBEP es un ejemplo más de la laboralización que, a nuestro juicio, ha sufrido la figura del funcionario interino y que alcanza su mayor intensidad en el art. 10.1.d. Tradicionalmente, uno de los contratos laborales temporales más utilizados en nuestro sistema económico privado pero también por parte de las entidades públicas es el denominado contrato de obra o servicio determinado (art. 15.1.a del ET), objeto constante de litigiosidad en los Tribunales y al que la Ley 35/2010 ha decidido poner coto, tras diversos intentos fracasados, al señalar que un trabajador con esta modalidad de contrato se convertirá en fijo transcurridos 3 años.

Esta figura típica de las relaciones laborales temporales se extiende ahora al funcionariado, quizá para proteger jurídicamente a las Administraciones Públicas frente a las dificultades en la gestión de tal contrato y las irregularidades en las que a menudo se incurren y salvaguardarlas de sus consecuencias. El precepto, en este sentido, permitirá a las Administraciones quedar protegidas frente a dos consecuencias, una de ellas legal y otra jurisprudencial, resultado esta última de la reforma laboral del 2001 y fortalecida en el 2010.

---

(6) Con anterioridad al EBEP, puede consultarse el art. 3 del Decreto 110/2002 de 30 de julio de nombramiento de funcionarios interinos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: el programa temporal que se estipule tendrá una duración improrrogable y en ningún caso superior a dos años. Un período este que parece consolidarse como referencia temporal para el uso de esta interinidad.

En primer término, este precepto permitirá a la Administración quedar salvaguardada del nuevo art. 15.5 del ET, según redactado dado originalmente por la Ley 43/2006 de 29 de diciembre y reforzado aún más por la Ley 35/2010 de medidas sobre el mercado de trabajo (7) por la cual el sumatorio de 2 o más contratos temporales plenamente válidos (incluidos los contratos de obra o servicio) que supongan una acumulación de más de 24 meses de temporalidad dentro de un período de 30 conlleva la transformación del último vínculo en fijo (en las Administraciones Públicas, en *indefinido no fijo*, de acuerdo con la DA 15ª del ET, también según el redactado vigente fijado por Ley 35/2010).

Sin embargo, la Administración podrá recurrir al funcionario interino para ejecutar programas de carácter temporal que hasta el momento se incluían en la dicción del art. 15.1.a del Estatuto de los Trabajadores según el cual era posible el contrato de obra o servicio para llevar a cabo una u otro si gozan de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la entidad pública y cuya ejecución, limitada en el tiempo, es en principio incierta. Por otro lado, la nueva redacción del art. 15.1.a) del ET según la Ley 35/2010, que convierte en fijos los contratos temporales de obra o servicio que superen los 3 años (en nuestro supuesto, la conversión es a indefinido no fijos) también queda salvada por la interinidad del precepto aquí estudiado.

Y ello es así porque el EBEP no incorpora las medidas limitativas y de control que la ley laboral sí fija para los contratos temporales de tales características; creemos en este sentido que hubiera sido deseable incorporar las recomendaciones efectuadas por el Informe de la Comisión de Expertos con la finalidad de evitar que fuese posible la prórroga o reiteración de programas temporales de contenido similar, sin que medie un informe previo sobre su eventual justificación o si, por el contrario, lo razonable es la creación de plazas de carácter permanente. Saludamos positivamente por tanto la previsión del art. 15.1.c) del ALEPA, si bien el término mejor quizá fuera de 3 años o si acaso, como máximo, de 4, coincidente con los mandatos electorales en el ámbito autonómico y municipal, previsión de duración máxima esta que la Ley 35/2010 si permite para el régimen laboral si así lo prevé la negociación colectiva sectorial.

En segundo lugar, la nueva posibilidad permite resolver en gran medida la problemática originada por el art. 52.e) del ET, incorporado por la Ley 12/2001 de 9 de julio.

Hasta ese momento, las Administraciones Públicas podían recurrir al contrato de obra o servicio para ejecutar planes y programas públicos determi-

---

(7) Inicialmente, sin embargo, la previsión ya se impuso a través del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio.

nados, sin dotación económica estable y financiados a través de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista. La jurisprudencia lo había aceptado, justificando que el contrato era válido habida cuenta que la entidad pública, dependiente de tal consignación externa —generalmente con origen en otra Administración, de ámbito superior, o de la Unión Europea— no podía comprometerse al mantenimiento del empleo que se derivaba de tal ingreso. Sin embargo, tras la Ley 12/2001, al posibilitar el recurso al despido por causas objetivas cuando la consignación fuese insuficiente o desapareciese, el Tribunal Supremo ha coartado la opción del contrato temporal cuya causa fuese exclusivamente tal ayuda o subvención, debiendo recurrirse en este caso al contrato fijo (8). Solamente tras la Ley 35/2010 se ha tenido en cuenta una mayor sensibilidad hacia las Administraciones Públicas, al indicar que no acontece tal conversión en fijo o indefinido si se trata de contratos de obra o servicios celebrados por una Administración o sus organismos públicos vinculados o dependientes, o una Universidad, si están vinculados a un proyecto específico de investigación o, para nuestro caso, vinculado a un «proyecto (...) de inversión de duración superior a tres años» (DA 15ª, apartado 2, *in fine* del Estatuto de los Trabajadores).

Nos parece, no obstante, que más allá de las conclusiones jurídicas, el legislador acredita un vaivén en su voluntad de reordenación de las relaciones laborales en el empleo público. Si tanto el art. 15.5 como el art. 52.e y DA 15ª del ET han sido medidas orientadas para reducir la precariedad en la Administración, el art. 10.1 del EBEP, y en concreto la opción aquí analizada, se orienta para salvaguardar a aquella de las consecuencias buscadas por la legislación laboral. Crítica que formulamos al entender que el EBEP no ha sabido coordinar o dar una respuesta uniforme y que supone que normas aprobadas en un plazo temporal próximo (2001 y 2006 para las relaciones laborales, 2007 para el EBEP) tienen objetivos y logran consecuencias no sólo diferentes, sino distantes en cuanto a su intención final.

En segundo término, el art. 10.1.d) prevé una posibilidad (reconocida para Aragón en el ALEPA en su art. 29.1.d), novedosa también en nuestro sistema, de funcionario interino cuando acontezca un «exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses». Precepto que habiendo permanecido inalterado a lo largo del trámite parlamentario, no es difícil encontrar su origen en una norma y contrato también típicamente laborales. Así, el art. 15.1.b del Estatuto de los Trabajadores prevé otro contrato *clásico*: el denominado eventual cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exijan, aún

---

(8) STS de 30 de abril de 2001 y 7 de julio de 2003.

tratándose de la actividad normal de la empresa. La duración máxima del contrato es de 6 meses, dentro de un período de 12. No es ajena a esta previsión la recomendación del Informe de la Comisión de Expertos, según la cual para supuestos como los detallados el plazo máximo razonable era el que fijaba ya la legislación laboral, y de ahí que casi miméticamente se haya trasladado el precepto del Estatuto de los Trabajadores al EBEP, si bien aplicado ahora a los funcionarios interinos.

Esta modalidad de contrato temporal ha sido empleado de forma masiva por las Administraciones Públicas y, tras la reforma laboral del 2006 y de nuevo del 2010, le es de aplicación también, aun cuando el contrato sea correcto y adecuado al ordenamiento jurídico, la cláusula de conversión en fijo (o indefinido no fijo, en nuestro caso) del art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores. A partir de aquí, no es difícil deducir que el legislador pretende trasladar esa modalidad a los vínculos funcionariales interinos, salvaguardando a los entes públicos de las consecuencias del referido art. 15. Incluso la terminología usada en el EBEP («exceso o acumulación de tareas») es casi una traslación mimética de la redacción del ET («acumulación de tareas o exceso de pedidos...»). El nuevo art. 10.1.d del EBEP acota el ámbito —excluye las «circunstancias del mercado»— de difícil incardinación en la Administración Pública pero claramente laboraliza esta fórmula de interinidad funcional, en una línea seguida igualmente por el ALEPA.

Sin embargo, el EBEP tampoco ha asumido las medidas de control y limitación del contrato eventual que la legislación laboral prevé. Muchas son las cuestiones que al respecto pueden plantearse, algunas de las cuales creemos aquí oportuno mencionar. Entre otras, destacaremos que el art. 15.1.b del ET indica que el período de 12 meses de referencia se cuenta a partir del momento en que se produzcan las causas que justifican la eventualidad, previsión que no recoge el EBEP. Tampoco se ha regulado la posibilidad de una modificación de las dos referencias temporales a través de negociación colectiva, circunstancia que sí sucede en el Estatuto de los Trabajadores cuando sea el convenio colectivo sectorial el que lo prevea. No se incorporan igualmente —ya lo hemos indicado— las limitaciones al uso de esta fórmula que instituye el art. 15.5 del ET, de tal manera que una Administración se verá limitada si recurre al contrato eventual pero no así al funcionario interino «eventual». Finalmente, tampoco se prevé lo que será sin duda el nudo gordiano de la problemática de estos nombramientos: el uso excesivo, descontextualizado o reiterado, o incluso las prórogas de aquellos.

No hay, en nuestro ordenamiento de empleo público surgido del EBEP, sanción o consecuencia a un mal uso de esta interinidad *eventual*: ni cuando no se acredite el exceso o acumulación de tareas —circunstancia sobre la cual la jurisdicción social ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de

ocasiones—, ni cuando se incumplen los términos de referencia o, lo más significativo, cuando el (ahora) nombramiento eventual se prolongue más allá de los seis meses. No somos capaces de entrever la respuesta judicial, pues si bien la consecuencia más coherente sería que, ante un funcionario eventual de seis meses reiteradamente nombrado o prorrogado en el tiempo se transformase en un interino en plaza vacante, puede ser que tal plaza no exista en la plantilla. Quizá plantear que una infracción del art. 10.1.d del EBEP se reconduce a un funcionario por ejecución de programa de carácter temporal sería la respuesta jurídica más lógica si ciertamente hay, tras el nombramiento, un real programa con tal carácter. Pero en ausencia de tal circunstancia, y también faltando un puesto vacante en la plantilla, el EBEP no da respuesta a la irregularidad y, por tanto, parece como conclusión más factible que el empleado continuará siendo funcionario interino, en una situación de irregularidad evidente, pero sin mayor consecuencia que la pendencia en este estado y, en todo caso, su hipotético cese cuando el funcionario afectado supere algún proceso selectivo, cause baja por amortización o por finalización del vínculo, decretado por la autoridad administrativa competente (9). Debemos tener en cuenta, además, que la jurisdicción es constante al tratar supuestos de contratos laborales de las tipologías antes mencionadas (obra o servicio y eventuales, aunque más en el primer supuesto), en los que las irregularidades son palmarias en el caso de las Administraciones, en especiales las locales, por lo que las nuevas alternativas que ofrece el EBEP pueden permitir sortear estas dificultades y sanciones jurídicas.

Finalmente, queremos referirnos a la propuesta del ALEPA, que señala una quinta circunstancia de interinidad, al prever que será posible la interinidad funcionaria para los supuestos de reducción de jornada del personal funcionario, procesos de formación o en el caso de jubilación parcial, cuando las necesidades del servicio lo requieran, y permitiendo también la generalización del funcionario a tiempo parcial interino cuando se trate de sustituir a un funcionario de carrera con ese régimen o bien para proveer interinamente un puesto vacante proceso de cobertura que tenga la consideración de a tiempo parcial. Esta opción del art. 29.1.) del ALEPA nos parece muy razonable, ya que técnicamente, en ninguna de las cuatro causas del EBEP expresamente no se prevé una solución a esta circunstancia, cada vez más presente en la Administración, en concreto la del tiempo parcial.

---

(9) Para evitar circunstancias parecidas, algunas normas autonómicas han recurrido al establecimiento de períodos máximos de interinidad. Así la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de función pública de la Administración de Castilla y León prevé el cese automático en su puesto de trabajo del funcionario interino cuando transcurra el plazo máximo de dos años desde la toma de posesión (art. 15.4.e).

En conclusión creemos que en el uso de la interinidad funcional, tanto en las clásicas circunstancias de plaza vacante o sustitución del titular como en las novedosas incorporadas por el EBEP y también si se concreta el art. 29.1.) del ALEPA, pero también en cuanto se plantee en el ámbito laboral temporal en la Administración, hubiera sido deseable la incorporación al EBEP de tres ideas reguladoras del uso del empleo precario, que fueron sugeridas por el Informe de la Comisión de Expertos de 2005 y que sin duda hubieran dificultado todas las perversiones que hemos señalado:

- 1º.- fijar con claridad la responsabilidad de las autoridades y funcionarios a los que se atribuya la irregularidad en la prolongación del nombramiento interino —o laboral temporal—;
- 2º.- la exigencia de informe previo del titular del órgano que tenga a su cargo el asesoramiento legal de la Administración en cuanto a la corrección o no de la prórroga expresa o implícita del nombramiento —o del contrato temporal—;
- 3º.- que tras el referido informe, el titular del órgano de contratación o nombramiento del funcionario quede sometido a la asunción de responsabilidad por la comisión de irregularidades, en los tres ámbitos posibles (patrimonial, disciplinario o incluso penal) (10).

#### IV. EL PERSONAL EVENTUAL

Aunque con necesaria brevedad, queremos referirnos también al personal eventual, de mucha menor importancia cuantitativa aunque no necesariamente cualitativa, para que el lector pueda configurarse el conjunto normativo regulador de las diferentes tipologías de personal que incluye el EBEP, aunque sin ánimo de exhaustividad y dado también porque no es nada inhabitual que directivos de Administraciones Públicas, en especial las locales, ostenten esta condición de personal eventual

Regulado en el art. 12 del EBEP, el personal eventual ha mantenido a lo largo de todo el trámite parlamentario idéntico redactado en cuanto a aquél precepto regulador. Considerado empleado público por el art. 8.2, tal como venía sucediendo hasta el momento presente en que las leyes de función pública

---

(10) El Informe de la Comisión de Expertos era consciente del uso irregular de las figuras de la interinidad funcional y la contratación temporal y entre sus propuestas (*vid.* la propuesta núm. 23, p. 67) se insistió mucho en estas medidas de cautela y de responsabilidad. En concreto, y como conclusión final, se pretendía que quedara reflejado en el EBEP que «emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asume la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral»

lo incluían en la categoría de «*personal al servicio de las Administraciones Públicas*», el régimen jurídico de tal tipología de personal no ha sufrido sustanciales modificaciones en cuanto a la regulación prevista en el art. 20.2 y 3 de la LMRFP.

Aunque se trata de un colectivo de empleados poco numeroso, las funciones que tienen atribuidas y su proximidad al poder político lo hacen especialmente significativo desde una perspectiva cualitativa, hecho que se evidencia con mayor claridad en el caso de las entidades locales que han incorporado desde el año 1986 numeroso personal eventual con funciones directivas, al amparo del Texto Refundido de Régimen local (11), y, como hemos señalado, es habitual que los gerentes o directivos en la Administración local ostenten tal condición. Sin embargo, muy acertadamente, esta posibilidad parece que se prescribirá en Aragón, ya que el art. 32.7 del ALEPA señala que tal personal eventual no podrá desempeñar funciones directivas ni tampoco ejecutivas así como tampoco funciones reservadas a funcionarios o laborales; el texto de Anteproyecto resitúa muy acertadamente las reglas del juego hacia el futuro del personal eventual.

Las notas básicas que caracterizan este tipo de personal son las funciones que desarrollan y el procedimiento de nombramiento y cese. En cuanto a las primeras —funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial—; en relación al nombramiento y cese, uno y otro continúan siendo libres, esto es discrecionales por parte de la «*autoridad*» que tiene competencia para ejercer tal competencia, aunque también se produce el cese automáticamente cuando acontezca el fin del mandato o cese aquella autoridad que lo nombró. En este sentido se mantiene el mismo régimen jurídico existente hasta el momento y así se recoge en el art. 32 del ALEPA.

Igualmente, el EBEP mantiene la previsión de que los servicios prestados como personal eventual no puedan computarse como mérito para acceder a la función pública o para la promoción interna. Creemos que debiera haberse perfilado mejor esta regulación, entendiendo que el concepto «*función pública*» lo es en un sentido amplio —comprensiva también del personal laboral—, para que ciertamente la finalidad del precepto —evitar que personal de libre nombramiento consolide con posterioridad una estabilidad como funcionario mediante

---

(11) La dificultad de concretar el porcentaje de personal eventual se deriva de la ausencia de datos contrastados y de la opacidad con que actúan muchas Administraciones en su nombramiento y publicidad. Sin embargo, a título orientativo, puede señalarse que en Cataluña, la encuesta llevada a cabo para elaborar el Libro Blanco de la Función Pública acreditó que mientras sobre un total de 143.946 empleados de la Generalitat, únicamente había 189 empleados con tal condición de eventual, las Corporaciones locales, que sumaban un total de 77.182 efectivos, contabilizaban 823 efectivos como personal eventual así como 456 empleados más que bajo la calificación de «*directivos*», posiblemente en un porcentaje muy elevado también estaban vinculados a la Administración como personal eventual. GENERALITAT DE CATALUNYA (2005: pp. 257-259)

la valoración en la fase de concurso de aquellos servicios prestados— impida también el acceso a la condición de trabajador. Así lo efectúa saludablemente el ALEPA, que incluso la exclusión de este mérito tanto para ser funcionario, contratado laboral o para la promoción interna (art. 32.5).

Tampoco ha sufrido modificación la regla que prevé el régimen jurídico que regirá su relación con la Administración. Con idéntica redacción que la prevista para el funcionariado interino, al personal eventual le es aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera (art. 12.5 EBEP). Fundamentalmente las excepciones vendrán determinadas, también aquí, por la inexistencia del derecho al cargo —recuérdese que una de sus principales notas características es el «*carácter no permanente*» del mismo, *ex art.* 12.1 EBEP—, si bien el régimen de excepciones es mucho más amplio que las aplicables al funcionario interino, y se derivan del carácter de las funciones desarrolladas y su especial relación *intuitu personae* con la autoridad que lo nombra.

En donde sí se han producido una modificación significativa es en el conjunto normativo que se recoge en el art. 12.2 de la LEBEP, y que flexibiliza la estructura prevista hasta el momento por el art. 20.2 de la LMRFP.

En la LMRFP se indicaba que correspondía al Gobierno central y en el ámbito de sus competencias al Gobierno autonómico y al Pleno de las Corporaciones locales determinar el número de puestos de personal eventual, sus características y sus retribuciones. El EBEP flexibiliza esta previsión, derivando a la ley de función pública de la Administración del Estado y a las correspondientes leyes autonómicas, que se promulguen en desarrollo del EBEP, la determinación de qué órganos de gobierno de cada Administración pública podrán disponer de este tipo de personal. En este primer apartado pues, acontece una remisión a futuras normas, pero con rango de ley, lo que impedirá un desarrollo por vía reglamentaria en esta cuestión concreta. En concreto, el ALEPA indica que el asesoramiento lo será al Presidente y los Consejeros del Gobierno, o al Alcalde o Presidente de la entidad local. El número máximo de personal lo deberá establecer cada Administración aragonesa (arts.32.1 y 2).

Debemos señalar, no obstante, que el redactado ambiguo del art. 12.2 de la LEBEP nos permite deducir que la restricción que fijaba el *art. 20.2, segundo párrafo de la LMRFP ha desaparecido correspondiendo en el futuro a cada ley de función pública de desarrollo establecer qué órgano podrá nombra o cesar*. Téngase en cuenta que el referido artículo de la LMRFP indicaba que el nombramiento y cese correspondía «*exclusivamente*» a los Ministros y Secretarios de Estado, a los Consejeros de Gobierno de cada Comunidad Autónoma y a los Alcaldes y Presidentes de las Corporaciones Locales. Nada de ello ya se regula en el art. 12.2 del EBEP, sino que la remisión a la ley de desarrollo



indica que ésta determinará «*los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal*»; si bien no se establece que en esta remisión también deberá concretarse quien podrá nombrar y cesar, parece lógico que así sea, habiendo renunciado el Estado a través de una norma básica —como hasta ahora acontecía— a efectuarlo, lo cual permitirá solventar las dudas existentes hasta el momento sobre nombramientos y ceses llevados a cabo por autoridades u órganos diferentes a los que fijaba la norma básica estatal, que entenderemos quedarán plenamente ajustados a Derecho si así se prevé (12). En este último sentido se manifestó el Informe de la Comisión de Expertos de marzo de 2005 al señalar que debería corresponder a la Administración del Estado, a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones locales así como a otras entidades administrativas, dentro de los márgenes de la legislación que les pueda ser aplicable, «*especificar (...) los altos cargos que pueden disponer de este tipo de personal*».

En un segundo apartado, sin embargo, se mantiene la previsión actual de que el número máximo de empleados en régimen eventual es fijado por el órgano de gobierno de cada Administración, y hemos de deducir también que sus retribuciones y las características de los puestos. En esta línea, el art. 32.1 y 2 del ALEPA deriva a la Administración respectiva su concreción.

Finalmente, el art. 12 del EBEP intenta limitar la opacidad que caracteriza el nombramiento, cese y las condiciones —sobre todo retributivas— de este personal, aunque se queda a medio camino de las propuestas que efectuó en su momento el Informe de la Comisión de Expertos. En tanto que en éste se señalaba que la Ley debía establecer la obligación de cada Administración de informar periódicamente «*al público*» del número de empleados eventuales con que cuentan, funciones que llevan a cabo, órganos en que prestan sus servicios y la retribución global, y todas las variaciones que acontezcan sobre estos datos, el EBEP concreta únicamente que el número y condiciones retributivas del personal eventual deberán ser públicas (art. 12.2 *in fine*). Sin embargo, nos parece que las recomendaciones del Informe de la Comisión pueden ser perfectamente asumidas por las respectivas Leyes de función pública que desarrollen el EBEP, opción que no sólo creemos correcta jurídicamente sino también saludable desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos y de la actuación política derivada de aquella, para el caso de un

---

(12) Así, las leyes de función pública autonómicas ampliaban —como mucha lógica jurídica, pero con dudas sobre su adecuación a la norma básica estatal— la competencia de nombramiento y cese al Presidente de la Comunidad (*vid.* art. 12 de la Ley de función pública catalana Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre). El art. 9.1 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, de Reglamento de Personal al servicio de las entidades locales de Cataluña atribuye también al Pleno o al órgano máximo de la entidad local la competencia para nombrar personal eventual que no sea de confianza o asesoramiento especial —esto es, el personal eventual directivo—.

colectivo tan singular pero significativo como es el eventual. El ALEPA señala que el nombramiento, condiciones retributivas y cese se publicarán en el BOA, lo cual permite cuanto menos un mayor grado de publicidad.

## **V. UNA REFLEXIÓN PREVIA AL ESTUDIO DEL PERSONAL LABORAL: FUNCIONES ATRIBUIDAS A PERSONAL FUNCIONARIO Y FUNCIONES DE POSIBLE ATRIBUCIÓN A PERSONAL LABORAL SEGÚN EL EBEP Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE EMPLEO PÚBLICO DE ARAGÓN**

De conformidad con el art. 9.2, con carácter de norma básica, corresponde al personal funcionario, en exclusiva, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. No obstante, a esta primera redacción se incorporó en el trámite parlamentario un párrafo final *in fine*: tal reserva en exclusiva se efectuará «en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca». A esta previsión debe añadirse la que efectúa —con escasa sistemática (13)— la DA 2ª.1 del EBEP, según la cual en las Corporaciones locales, son funciones públicas, reservadas en exclusiva a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad —a través de funcionarios propios— y aquellas que tradicionalmente son atribuidas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, manteniéndose así la redacción del art. 92 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (LBRL) —precepto derogado por el EBEP—, aunque suprimiéndose la dicción final *in fine* del artículo de esta Ley, que también incluía la reserva funcional a los puestos que por su propia naturaleza debían adscribirse a tal tipo de personal en garantía de una mayor objetividad, imparcialidad e independencia (14).

Con esta previsión, parece claro que la resultante es, que por un lado, hay un núcleo de reserva forzosa a favor del personal funcionario, si bien tal descripción —aparentemente rotunda— puede ser moldeada porque cada ley de función pública que se apruebe podrá concretar y desarrollar tal reserva.

---

(13) La sistemática nos parece ausente porque en realidad la DA 2ª se titula «*funcionarios con habilitación de carácter estatal*», en tanto que su primer apartado, punto 1, incorpora las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que conjuntado con el apartado 1.2, vienen referidas a los funcionarios propios y no a los habilitados.

(14) Supresión que nos parece inadecuada, porque interpretada como lo había hecho la jurisprudencia, reforzaba la atribución a personal funcionario de muchos puestos de las Corporaciones locales. En concreto, la STS de 19 de octubre de 2005 razonó que corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes las referidas notas de objetividad, imparcialidad e independencia.

En consecuencia, se abre al desarrollo legislativo la interpretación y diseño del alcance de la descripción inicial del art. 9.2 del EBEP.

Por otro lado, el art. 11.2 no efectúa ninguna descripción específica de qué puestos podrán ser desarrollados por personal laboral (15). Al contrario, la remisión es clara y rotunda a favor de las leyes de función pública que en el futuro se aprueben, en donde se fijarán los criterios para la determinación de qué puestos «*pueden ser desempeñados por personal laboral*», con los límites del antes mencionado art. 9.2. Por tanto, el desarrollo legislativo deberá respetar el núcleo esencial de este último precepto, pero a partir de allí cada norma legal tendrá el margen de maniobra que considere adecuado.

La entrada en vigor del EBEP permite pues mantener plenamente vigente la Ley de Medidas para Reforma de la función pública (LMRFP) y las leyes autonómicas que han previsto un régimen general de reserva de puestos a personal funcionario y la posible adscripción a personal laboral de un listado de puestos específico. Se mantiene así en vigor —pues no se ha derogado expresamente— el art. 15.1 de la LMRFP, para el ámbito estatal y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (que no tenía ni tiene carácter básico)— y naturalmente también las leyes autonómicas que han seguido, prácticamente todas, el sistema de listado de la ley estatal.

A partir de aquí, es evidente que se configura un panorama en el empleo público transitorio y otro de evolución futura. Tras la entrada en vigor del EBEP entendemos que, permaneciendo vigentes las leyes que regulan los puestos de atribución funcional y laboral, el régimen se mantiene en gran medida idéntico. Para el Estado y la Seguridad Social se mantendrá el ámbito del art. 15.1.c de la LMRFP y, en las Comunidades Autónomas, regirán las leyes autonómicas y las que se hayan aprobado para el régimen local. Además, en esta última esfera, la disposición derogatoria única del EBEP afecta al Capítulo III del Título VII, pero no así el Capítulo IV, y allí se califican como normas básicas los arts. 167 y 169, por lo que con carácter general, también las Corporaciones locales mantienen un régimen claramente funcional (16).

---

(15) A diferencia de lo que sí planteó en su momento el decaído proyecto de ley de Estatuto básico de la función pública de 1999, y como también lo han pretendido algunas enmiendas, rechazadas en el trámite parlamentario, del vigente EBEP. *Vid.*, en este sentido, la enmienda num. 342 del grupo parlamentario popular en el Congreso (BOCG 24-11-2006) y núm. 61 del mismo grupo parlamentario en el Senado (BOCG, Senado, 21-2-2007), cuyo objetivo era asegurar y complementar el principio general establecido en el art. 9.2 del EBEP plasmando «*la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al concretar las actividades que pueden ser desempeñadas por el personal laboral*».

(16) Así, el art. 169 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, señala que los puestos de trabajo predominantemente burocráticos de las Corporaciones locales habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de administración general, según el redactado dado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que atribuyó además a este precepto el carácter de norma básica.

## **1. Las funciones del personal funcional ex. art. 9.2 del EBEP y en el Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón de 2010**

La descripción de funciones del art. 9.2 del EBEP trae su origen en el derecho comunitario europeo. Debemos pues, aquí, plantear cual es el contorno interpretativo del alcance de este precepto e intentar fijar si tal interpretación debe ceñirse también a la que ha efectuado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al respecto, es importante llamar la atención sobre lo que, a nuestro juicio, una posible fuente de equívocos La inserción de la noción de empleo público a los efectos de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea como fórmula para definir el núcleo esencial de la función pública de carrera, atribuyéndola a funcionarios —opción acogida por el EBEP— supone que se materialice en un casi absoluto mimetismo con el precepto regulador del acceso al empleo público español de nacionales de otros países, de tal manera que la redacción de aquél (art. 57 del EBEP) afirma que *«los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario (...) a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas»*. La única leve distinción existente entre el art. 9.2 y el art. 57.1 es que en un supuesto se refiere a la participación directa o indirecta en el ejercicio de *potestades públicas* (art. 9.2) y en otro del *poder público* (art. 57.1).

Nos obliga a ello a considerar cuál es la interpretación que ha efectuado la jurisprudencia comunitaria sobre tal literal descripción acogida por el art. 57.1 y miméticamente asumido por el art. 9.2, para plantear si aquella ha de ser la misma en un supuesto u otro. Avanzamos aquí nuestra opinión: la que debe darse al art. 57.1 tiene que ser acorde con el derecho comunitario, y por tanto de carácter restrictivo, en tanto que la interpretación del art. 9.2 debe hacerse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

El redactado del art. 57.1 —y de su antecedente, en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre— tiene su razón de ser en el derecho comunitario y en la decidida apuesta por la libre circulación de trabajadores, también en el empleo público. El Tratado por el que se instituyó la CEE en 1957 exceptuó, en su art. 48.4, de la libre circulación de trabajadores en el interior de la entonces Comunidad a los *«empleos en la Administración Pública»*. A partir de aquí, el Tribunal de Justicia de la UE ha interpretado de manera restrictiva la excepción relativa a los empleos en la Administración, de tal manera que ese núcleo esencial del empleo público, desde la óptica comunitaria, lo es en

tanto en cuanto a la posibilidad de acceso de ciudadanos de otros países de la Unión.

Así, en sus inicios, ya fijó que la excepción sólo afectaba a los empleos que supusieran la ya referida participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en funciones de protección de los intereses del Estado u otras colectividades públicas, y que ello comportara también por parte de tales empleados, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado (17).

Desde la óptica del Tribunal, quedan fuera de la interpretación un ingente número de funciones que aunque desempeñadas por el poder público no implican ejercicio de autoridad ni tampoco actuación de ningún tipo en beneficio del interés general o público; en ese mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea, a quien el Tratado de la CEE confió la tarea de garantizar la aplicación correcta de las reglas comunitarias. Esta misma Comisión emprendió en los años 80 del pasado siglo XX la tarea de enumerar, por un lado, aquellas actividades excluidas de la libre circulación y por otro, aquellas que no lo están (18). Según el criterio impulsado por el órgano comunitario, este tipo de puestos es muy reducido. Sentencia a sentencia, o a través de las comunicaciones de la Comisión, se ha ido delimitando el alcance de la restricción, y así se incluyen en este núcleo esencial las Fuerzas Armadas, la policía y otras fuerzas del orden, el poder judicial, la administración fiscal y la diplomacia, así como también los empleos del ámbito de los ministerios del Estado, Gobiernos regionales, colectividades territoriales u otros organismos asimilados siempre que ejerzan actividades ordenadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de una persona moral de derecho público, como es la elaboración de actas jurídicas, ejecución de estas actas, el control de su aplicación y la tutela de los organismos independientes; sin embargo no todos los puestos lo serán, por cuanto no todos ellos comportan ejercicio de autoridad pública o la responsabilidad de atender los intereses generales de la Administración.

En conclusión, la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia de la UE deduce que todos aquellos puestos que impliquen funciones de ejecución de labores instrumentales, de apoyo, asesoramiento, tareas administrativas, asesoramiento técnico, entre otras, deben permanecer abiertos a los ciudadanos comunitarios. Igualmente, en cuanto a sectores concretos, se considera que no hay motivos para la exclusión —por aparecer claramente alejados de las actividades específicas de la Administración Pública en el sentido definido por

---

(17) STJCE de 17 de diciembre de 1980 (Comisión vs. Reino de Bélgica, núm.149/1979).

(18) Nos referimos, en especial, a la relevante Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 1988.

el Tribunal de Justicia de la Unión, salvo casos muy excepcionales (19)— los puestos de organismos que gestionan servicios comerciales, servicios operativos de sanidad pública, enseñanza en establecimientos públicos y la investigación con fines civiles. Todo ello comporta que para cada supuesto será preciso «*investigar si son o no característicos de actividades específicas de la Administración*» en el sentido remarcado por la jurisprudencia comunitaria, lo que conlleva que el criterio de aplicabilidad del art. 48.4 del Tratado de la CEE es funcional, al tener en cuenta la naturaleza de las tareas y responsabilidades del empleo específico (20). En resumen, si esta interpretación del Tribunal de Justicia, elaborada para resolver una cuestión concreta y específica, se extendiera al art. 9.2, podría afirmarse que ciertamente el EBEP abre la puerta a la laboralización masiva de nuestras Administraciones públicas, por cuanto ese núcleo esencial será muy reducido y supone que la mayoría de los empleos en los sectores de investigación, sanidad, transporte, correos o enseñanza (21), entre otros muchos, quedarían ajenos a la funcionarización.

Sin embargo, a nuestro juicio, la interpretación que debiera hacerse del art. 9.2 no es la misma que la que debe discurrir en torno al art. 57. Al contrario, aunque la dicción literal sea idéntica, la finalidad y alcance de uno y otro precepto son distintos. Aquél último debe interpretarse forzosamente de conformidad con el derecho comunitario, mientras que el primero de los preceptos debe hacerse de acuerdo con nuestra Constitución. En este sentido, creemos plenamente vigente la posición del Tribunal Constitucional, emanada de la STC 99/1987, y en este sentido, que la CE ha efectuado una opción, con carácter general, a favor del régimen estatutario de los servidores públicos, debiendo ser la Ley, de conformidad con el art. 103.3 de la Carta Magna, la que establezca en qué casos y con qué condiciones son posibles otras fórmulas jurídicas de empleo público (FJ 3º.c STC 99/1987). La doctrina constitucional española se orienta, por consiguiente, a que el régimen general debe ser el funcional y entendemos que se confirma en la STC 37/2002 pues aun cuando salva la constitucionalidad del ya derogado art. 92.2 de la LBRL, no impide considerar que precisamente este precepto debía interpretarse en el

---

(19) En cuyo caso, la Comisión reserva a los Estados la posibilidades de demostrar que, para un trabajo preciso, existe una relación con actividades específicas de la Administración pública, lo que justifica, por excepción la aplicación de la derogación.

(20) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 2 de julio de 1996 (Comisión Europea vs. Gran Ducado de Luxemburgo, C.473/1993).

(21) Así, el requisito de excepción no se puede aplicar a los profesores en prácticas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum 66/1985) o de los profesores de enseñanza secundaria (Sentencia del Tribunal de 27 de noviembre de 1991 Allué y Coonan 33/1988) o primaria (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1999, demanda contra la República Francesa).

sentido de que sólo puede quedar reservado al personal laboral dentro de la Administración —en este caso, la local— el ejercicio de aquellas funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad (22).

Ello nos permite plantear dos consideraciones como conclusión: en primer lugar, que el art. 9.2 del EBEP debe interpretarse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español, y no con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; y en segundo término, que las leyes de desarrollo tanto estatales como autonómicas (art. 9.2 *in fine* y art. 11.2 del EBEP), al momento de instituir los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, aunque pueden asumir un margen ciertamente amplio, no deben sobrepasar los límites que la referida jurisprudencia constitucional ha fijado y que la Exposición de Motivos del EBEP establece también con claridad: «*principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionario*», que supone que «*por imperativo constitucional no puede ser éste [el laboral] el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público...*». En este sentido, por ejemplo, por aplicación de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, el personal de los servicios públicos de salud será estatutario (relación funcional especial) y el personal de los servicios públicos de enseñanza ostenta mayoritariamente la condición de funcionario porque así lo ha previsto la legislación específica española (23), lo que no impide en un caso y otro que sea posible el acceso a ciudadanos comunitarios, en base al principio que hemos planteado de interpretación diferente —aunque sobre una redacción literal casi idéntica— de los arts.9.2 y 57 del EBEP.

---

(22) FJ 6º, en relación con el antecedente 4º de la STC 37/2002. También entendemos que en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo. Así, la STS de 29 de noviembre de 1994 afirma la existencia de un principio general en la elaboración de las RPT en virtud del cual el personal de las Administraciones Públicas debe tener la condición de funcionario, salvo puestos muy concretos. Incluso se ha afirmado, aun al tratar el concepto de ejercicio de autoridad, que éste debe interpretarse en un sentido amplio para quedar reservado a funcionarios, de tal manera que los puestos de jefe de negociado, sección y en general de mando o dirección suponen tal ejercicio de autoridad (SSTSJ Andalucía/Granada de 7 de octubre de 1996 y 5 de mayo de 1997) y, con mayor extensión, que «*de la jurisprudencia expuesta se deduce que todos aquellos puestos de jefatura que se establezcan en una relación de puestos de trabajo de una Administración no pueden desempeñarse por personal laboral que preste servicios en la misma...*» (SSTSJ Andalucía/Granada de 21 de julio de 1997, en dos pronunciamientos de igual fecha; también STSJ Andalucía/Granada de 9 de marzo de 1998). La Abogacía del Estado, en el recurso sustanciado que dio como resultado la STC 37/2002, también argumentó que restarían excluidos los puestos con funciones decisorias y los que impliquen una especial responsabilidad.

(23) La opción por el régimen funcional es clara en la enseñanza pública española a nivel no universitario, como lo acredita la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (DA 6º y siguientes).

Por ello saludamos muy positivamente la opción del ALEPA y que en su trámite parlamentario la propuesta que efectúa llegue a buen término.

En el caso de Aragón, si el texto del ALEPA entrara en vigor, debemos destacar que el entramado y concreción es mucho más perfecto y seguro que el que se deriva del EBEP. Se efectúa una clara reserva de funciones en su art. 30, que recoge la redacción del EBEP, y matiza que salvo supuestos excepcionales, los puestos de trabajo con funciones instrumentales no participan del ejercicio indirecto de potestades públicas, abriendo la vía a su laboralización.

Por otro lado, se concreta con mucha precisión que puestos son los de reserva previstos en el EBEP: participación directa en procedimientos administrativos sancionadores, de inspección, fiscalización o control, ejercicio de funciones de autoridad —concretando estas funciones, por lo que el concepto deja de tener en gran medida un carácter indeterminado—, la exacción de tributos, y las tradicionales funciones reservados a los habilitados estatales de las corporaciones locales, pero con una definición que es aplicable a cualquier Administración aragonesa. Por otro lado, siguiendo el modelo surgido de la reforma del 1988 de la Ley 30/1984 estatal, se detallan hasta 12 supuestos en donde las Administraciones aragonesas podrán, potestativamente, recurrir al contrato de trabajo. Algunas ya clásicas, previstas en la Ley 30/1984 y en la LFPA vigente al momento de redactar estas líneas y otras novedosas, como los contratados en prácticas, los puestos vinculados a nuevas tecnologías de comunicación e información —con el límite de que no incurran en la reserva de funciones del art. 30, la muy saludable excepción a favor de la laboralización para puestos de trabajo reservados para personal con discapacidad intelectual moderada, ligera o límite y a las personas con sordera prelocutiva profunda, severa o media, entre otras. (*vid.*, art. 31.3 del ALEPA).

## **VI. ESPECIAL REFERENCIA AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Entre las razones que justifican la elaboración de una nueva ley, que se denomina *Estatuto Básico del Empleado Público*, quizá la más significativa y de mayor trascendencia, es que frente a la dicotomía entre personal funcionario y personal laboral, que ha lastrado el debate sobre el empleo público en las dos últimas décadas en España, es la existencia de un colectivo muy relevante, cuantitativa y cualitativamente, de personal vinculado por un contrato de trabajo y sometido, en mayor o menor intensidad, al Estatuto de los Trabajadores y a la legislación laboral, incluida la convencional.

No es poca la extensión que la Exposición de Motivos del EBEP dedica a la cuestión, y en el propio inicio de la misma, al referirse a que tal EBEP



contiene aquello que es común al conjunto de funcionarios españoles, *«más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio»*, para acto seguido afirmar que pese a la existencia del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en España es el funcionarial, con el Estatuto se *«reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las administraciones públicas viene desempeñando la contratación conforme a la legislación laboral»*.

Aunque el EBEP parte de la primera premisa señalada y que haga un ejercicio dialéctico peculiar —en el sentido de que no *«existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público»*—, plantea dos afirmaciones que ciertamente deben destacarse. En primer término, lo que la Exposición de Motivos denomina *«porcentaje significativo»* de empleados laborales, que compartimos plenamente. La segunda, que el personal laboral incorpora, por razón de su estatuto jurídico, una mayor flexibilidad y *«una mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada»*, afirmación que puede ser cuestionable, pero que en todo caso así se entiende por parte del legislador del momento.

Según los datos a fecha 1 de enero de 2004, la Administración española se componía de 2.342.687 efectivos. En la Administración del Estado, el 24,1% eran trabajadores, frente a un 73,1% de funcionarios (136.000 empleados sujetos a vínculos laborales). En las Comunidades Autónomas, los servicios generales —esto es, todos los prestados excepto docencia no universitaria, instituciones sanitarias, fuerzas de seguridad y justicia— suponían una casi paridad entre personal laboral y funcionario. En esa misma fecha, el profesorado universitario español ya ascendía —con sólo dos años de aplicación de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades— al 24,2% del total de las plantillas, y suponía al 43,5% en el colectivo de personal de administración y servicios. Finalmente, según las cifras del Informe del CES de 2004, el 80,3% de los empleados de las Corporaciones locales eran trabajadores frente a un reducido 22,1% de funcionarios, cifras nada insignificantes si se tiene en cuenta que en ese año el personal al servicio de los entes locales sumaba en España un total de 545.557 efectivos. 5 años más tarde, el panorama de la laboralización sigue igual de intenso y significativo, colindante al crecimiento del empleo público. Según las estadísticas consolidadas a julio del 2009, el empleo público total en España ascendía a 2.660.000 empleados, la mitad de los cuales corresponde a las Comunidades Autónomas y casi el 24 por ciento a las Corporaciones Locales. El índice de laboralización es muy intenso, como lo acreditan los 130.000 trabajadores de la Administración del Estado frente a los 441.000 funcionarios públicos. En el caso de Aragón, los efectivos públicos sumaban 92.000 empleados, distribuidos fundamentalmente entre la Comunidad, con 44.000 y las Administraciones locales, con 19.000, si bien la

Universidad de Zaragoza sumaba por sí sola algo más de 5.300 empleados. Aunque carecemos de datos exactos, puede afirmarse que la laboralización está muy extendida en el mundo local, como lo acredita la intensísima negociación colectiva que el personal laboral de las entidades locales aragonesas lleva a cabo. La importancia del estudio y de las propuestas del personal laboral es clave e ignorarlo es no llevar a cabo una auténtica reflexión sobre el empleo público en España.

## 1. ¿El personal laboral como relación laboral especial?

El debate que desde 1984 ha habido entre la doctrina laboralista española ha sido la de convenir si el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas debía configurarse como una relación laboral especial o si, *de facto*, ya lo era. No son escasos los autores que han postulado tal opción, pero también muchos los que se han opuesto. También la jurisprudencia ha planteado que no pocas son las peculiaridades que podrían obligar a considerar que, en la práctica, el vínculo del trabajador público era una relación especial y el propio Informe de la Comisión de Expertos ya destacaba como engañosas las previsiones legales que afirmaban —aún hoy— que al personal laboral le es plenamente aplicable la legislación laboral (24).

El EBEP no responde a la cuestión, y en este sentido creemos que el legislador ha sido excesivamente prudente. A nuestro juicio, existen razones —no pocas y de gran importancia— que permiten contemplar al vínculo laboral como una relación laboral especial, máxime cuando en este sentido se han desarrollado otras cuantitativamente no tan relevantes en el seno mismo de la Administración, cual es el caso de minusválidos ocupados en centros especiales de empleo —muchos de ellos insertos en entidades públicas— o los médicos internos residentes (25).

Sin embargo, el EBEP plantea, en la práctica, una respuesta afirmativa al debate, si bien sin concretarlo de manera expresa. Dos son las razones que nos permiten esta conclusión.

---

(24) Así, la LFCE indicaba que los trabajadores de la Administración Pública son contratados «de acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable» (art. 7.1). El art. 177.2, segundo párrafo, del Real Decreto Legislativo 781/1986 continúa afirmando —precepto no derogado por el EBEP— que, en las Corporaciones locales, «el régimen de tales relaciones será, en su integridad, el establecido en las normas de Derecho laboral»

(25) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, desarrollada por el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, aplicable a todos los establecimientos sanitarios públicos —también privados— de España donde se encuentren ubicados los centros o unidades docentes acreditados para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

En primer lugar, los giros terminológicos que efectúa la Exposición de Motivos del EBEP. No se esconde al legislador que tanto el conjunto normativo ya vigente antes del Estatuto Básico como el propio tratamiento de la jurisprudencia, han conformado una «*relación laboral de empleo público*», que asume «*especificidades*» y «*normas de derecho público*» que la aproximan o confunden con la funcionarial. Sin afirmar, pues, que la relación laboral que ahora estudiamos es especial, sí puede deducirse que para el EBEP supone una regulación conjunta de determinadas peculiaridades que propias del funcionario, afectan también a los trabajadores, de tal manera que el Estatuto Básico, desde la perspectiva del art. 149.1.17ª de la CE —esto es, la competencia exclusiva estatal en materia laboral— incorpora «*las normas que configuran esta relación laboral de empleo público*».

Ello nos lleva a la segunda de las reflexiones, que nos permite afirmar lo que hemos mantenido, cuál es que el estudio pormenorizado del EBEP supone que no son pocas las cuestiones que se incorporan al vínculo laboral del empleado público y que sobrepasan a una simple modulación para convertir realmente a tal vínculo en esta relación laboral de empleo público. No nos extenderemos aquí, si en los siguientes apartados, pero que nos permiten concluir las sustanciales diferencias que hay entre un contrato en el sector privado y un contrato en la Administración.

Por consiguiente, no habiéndose recogido expresamente como relación laboral especial, sí creemos podría incluirse ya como una relación que, sin merecer tal calificativo legal, posee unos indiscutible rasgos peculiares; si bien doctrinalmente se ha planteado la existencia de vínculos «*comunes con peculiaridades*» en nuestro Derecho del Trabajo, creemos que el personal laboral superaría tal estadio para insertarse a medio camino entre esa última calificación y la relación laboral especial, siguiendo así la misma lógica que acontece con el contrato de trabajo del personal civil no funcionario al servicio de los establecimientos militares. En nuestro supuesto, aceptando la dicción de «*relación laboral de empleo público*», el EBEP conforma al personal laboral como un colectivo de empleados sujeto a un régimen jurídico laboral ciertamente singular que merecerá, en el futuro, un estudio pormenorizado dentro del análisis propio del empleo público en España.

## **2. Concepto de personal laboral**

Conceptualmente, el EBEP no aporta, en su art. 11.1, una definición de personal laboral diferente a la ya existente hasta su entrada en vigor, si bien se incorpora —fruto de una enmienda en el Senado— una previsión, aparentemente, de gran importancia que no obstante no es tal, vista la justificación dada a la referida enmienda.

Jurídicamente, el concepto de trabajador o personal laboral al servicio de la Administración continúa derivándose de la definición dada por el Estatuto de los Trabajadores, esto es, se trata de un empleado vinculado con un empresario por una relación de servicios por cuenta ajena, retribuida, sometido al ámbito de dirección y organización de tal entidad pública.

No se manifiesta así el EBEP ni tampoco el ALEPA —excepción hecha de la referencia expresa al carácter retribuido de los servicios prestados— pero debemos deducir que tal conclusión es ésta por cuanto explícitamente se define al personal laboral como aquel que está vinculado con la Administración por un «*contrato de trabajo*». Por consiguiente, el EBEP —tampoco el ALEPA, que no podría por no ser materia competencia de la Comunidad de Aragón— no configura un contrato especial para el personal laboral sino que, como a continuación señalaremos, claramente en este sentido el Estatuto nos remite a las modalidades de contratación existentes en España. Puede haberse perdido la oportunidad de configurar un contrato de trabajo típico para la Administración Pública que superase las dificultades de inserción —no pocas— que el contrato de trabajo ordinario implica.

A continuación expondremos algunas de las características propias del régimen laboral del personal al servicio de las Administraciones que moralizan tal vínculo precisamente por ser quien es la «*empresa*» contratante.

## **VII. UNA APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NACIMIENTO, CONTENIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

Como hemos tenido ocasión ya de señalar extensamente, el EBEP reconoce el papel creciente del personal laboral de las Administraciones Públicas por lo que procede a regular muchos aspectos de los trabajadores públicos, prevaleciendo en algunos supuestos sobre lo que prevé el Estatuto de los Trabajadores y otras normas laborales.

En este apartado queremos destacar aquellos aspectos más relevantes en que los trabajadores públicos se han visto afectados por el EBEP, especialmente en cuanto al nacimiento, contenido y extinción, y haciendo una detallada mención a la singularidad del vínculo del denominado trabajador indefinido no fijo, símbolo precisamente de esta particular adaptación del derecho del trabajo al ámbito público.

## **1. El personal laboral de la Administración Pública: normativa aplicable**

El EBEP reconoce su importancia cuantitativa y su presencia en todas las entidades públicas, especialmente en la local —hay que recordar que según el CES, en informe de 22-12-2004, el 80 por ciento del personal de los entes locales españoles es laboral, si bien estadísticas más fiables del Registro Central de Personal sitúan la laboralización en el mundo local en el 60 por ciento—. Aunque no se prevé la existencia de una relación laboral especial como hemos tenido ocasión de estudiar, el EBEP define a este personal como una «*relación laboral de empleo público*», sujeta a especificidades, que la aproximan a los funcionarios y la alejan de los trabajadores privados. Por ello, desde la entrada en vigor del EBEP, el personal laboral se rige, además de por la legislación laboral y las normas fruto de la negociación colectiva, por el EBEP cuando así se disponga.

## **2. Personal funcionario y personal laboral**

Ya hemos tenido ocasión de indicar que el EBEP opta por un modelo funcional y esta es la línea también seguida por el ALEPA. Afirma que el personal laboral no puede ser el régimen general de empleo y que no hay razones que justifiquen su extensión, aunque reconoce su presencia significativa. Nos remitimos a lo anteriormente dicho en cuanto a los límites del uso del personal laboral.

## **3. Garantías para el personal laboral que ocupe un puesto correspondiente a funcionario**

A modo de resumen, destacaremos que el EBEP fija una doble garantía, con carácter de norma básica:

- los trabajadores fijos que, a fecha de 13 de mayo de 2007, desarrollen funciones que corresponden a personal funcionario, o pasen a desempeñarlas por haber superado un proceso de selección o promoción convocado antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolas.
- se habilita la posibilidad de que el personal laboral pueda promocionar, internamente, mediante una convocatoria independiente a la del turno libre, para acceder a un Cuerpo o Escala funcional, a la que estén adscritas las funciones o puestos que desempeñen. Para poder participar en este proceso de promoción deberán ostentar la titulación necesaria y reunir los requisitos exigidos en la convocatoria. Expresamente se valorarán, entre otros méritos, en la fase de concurso-oposición, los

servicios prestados como personal laboral fijo y las pruebas superadas en su momento para acceder a tal condición de fijeza (DT 2ª).

El ALEPA fija, en su DT 3ª, el régimen jurídico de estos empleados laborales, con mucha más extensión que el EBEP. En primer lugar, desvirtúa la fecha del 13 de mayo del 2007, que queda ya descontextualizada a la vida del paso del tiempo, para ignorar la fecha de referencia, al señalar solamente que «*el personal laboral fijo que, en aplicación de la presente ley, se encuentre desempeñando puestos....*», lo cual puede implicar que la fecha de referencia será la entrada en vigor futura de la ley aragonesa, perfectamente lógico desde la perspectiva de gestión y jurídica, pero de difícil encaje con el mal redactado de la DT 2ª del EBEP.

Por otro lado, instituyese en la DT 3ª del ALEPA un régimen de funcio-narización mucho más nítido y perfilado que el ambiguo del EBEP, al señalar claramente que se trata de un proceso de tales características —a diferencia de la ley estatal básica, que se refiere a un proceso de promoción interna de confusos contornos— y también fija con rango de ley algunas de las consecuencias de este proceso, ausentes en el EBEP.

#### **4. Modalidades contractuales**

El EBEP acepta todo tipo de modalidades contractuales (art. 11.1), incluido el contrato de alta dirección para el caso de personal directivo profesional (art. 13.4). Determina que el personal podrá ser fijo o temporal. También se refiere al personal indefinido, al cual dedicaremos un apartado específico en este artículo.

El EBEP establece —con mucha lógica— que todo contrato de trabajo que se formalice en lo sucesivo por parte de una Administración deberá ser siempre por escrito, lo que implica la derogación de las reglas del derecho laboral que prevén el posible contrato verbal.

Como hemos señalado anteriormente, el EBEP no se ha planteado una modalidad de contrato de trabajo propio para la Administración, tanto con carácter permanente como temporal, máxime cuando en este último caso las modalidades *ad hoc* para los entes públicos —caso del derogado contrato de inserción— han desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, el legislador ha optado expresamente por no instituir un contrato de trabajo específico y sí, como ya hemos tenido ocasión de ver, de modular las reglas jurídicas que le son de aplicación. No nos parece una buena opción, porque no son pocas las particularidades que ya sea a través de normas reglamentarias específicas o por conformación de la jurisprudencia deben mencionarse y que ciertamente aconsejarían, por un principio de seguridad jurídica, una moda-

lidad de contrato de trabajo permanente o temporal para la Administración que se adaptara mejor a las peculiaridades del sector público.

Sin embargo, el EBEP ha optado por una equiparación entre sector privado y público, no restringiendo en modo alguno el uso del contrato de trabajo en la Administración. Así, se prevé la incorporación de trabajadores «*en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral*» (art. 11.1), sin ningún tipo de límites, que incluye también al personal de alta dirección (art. 13.4) y el contrato a tiempo parcial. Por tanto, con el EBEP se cierran los resquemores que pudieran existir sobre el empleo de cualesquiera de las modalidades existentes o que puedan darse en el futuro, tesis por otro lado acorde con la jurisprudencia que ha avalado siempre el empleo de todo tipo de modalidades —incluso aquellas que en su dicción y descripción tenían una óptica claramente privada, como es el contrato eventual—.

## **5. Derechos y deberes. Código de Conducta**

Se instituye un conjunto de derechos individuales y colectivos (art. 14 y 15, 52 a 54) aplicables tanto a funcionarios como laborales, de gran importancia en la aplicación del régimen disciplinario como luego tendremos ocasión de plantear. No existe excepción para la Administración, al contrario: la aplicación es plena y además también se extiende a las entidades del sector público local no incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP.

## **6. Estructura del personal laboral**

El EBEP no fija una estructura de ningún tipo, a diferencia del personal funcionario que señala los grupos de clasificación y la agrupación en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas. La clasificación del personal laboral se remite, de forma genérica, a la legislación laboral (art. 77). En este sentido, el marco real de concreción será el convenio colectivo de cada Administración.

## **7. Promoción y carrera profesional**

El EBEP regula únicamente la regla para el personal funcionario; únicamente reconoce el derecho a tal promoción profesional de los trabajadores públicos y establece que será el ET y los convenios colectivos los que fijen el régimen de la carrera y la promoción (art. 19). Sin embargo, la evaluación del desempeño, como procedimiento a través del cual se medirá y valorará la conducta profesional, el rendimiento y el logro de objetivos (art. 20) será de

aplicación también al personal laboral, lo cual supone un gran paso si ello se concreta en cada Administración. Igualmente, en este sentido, nos debemos remitir al convenio colectivo.

## **8. Provisión de puestos de trabajo**

El EBEP, aunque aparentemente no incorpore una regulación específica, pues sólo lo efectúa para el personal funcionario (regulando el concurso, la libre designación y la movilidad intra e interadministrativa) introduce una previsión de gran trascendencia: al personal laboral le será aplicable, en cuanto a la provisión de puestos y movilidad, la regulación de sus respectivos convenios colectivos; no obstante, en ausencia de tal, se aplica por defecto el sistema regulado para los funcionarios. Acontece así una funcionarización de la provisión y la movilidad especialmente en aquellas Administraciones, sobre todo las locales, que no cuenten con convenio colectivo propio o, teniéndolo, no incorporen reglas específicas al respecto.

## **9. Situaciones administrativas del contrato de trabajo**

Tampoco aquí el EBEP efectúa una regulación expresa, a diferencia de los primeros anteproyectos que sí lo pretendía. No obstante, la norma introduce algún matiz significativo; en primer término, las situaciones del personal laboral se rigen por el ET y los Convenios Colectivos; en segundo lugar, se prevé que aquellos últimos puedan aplicar a los trabajadores el régimen jurídico de las situaciones administrativas previstas en los arts. 85 a 91 del EBEP, siempre que este régimen sea compatible con el ET. Debemos destacar, sin embargo, la dificultad de esta aplicación por vía convencional, por cuanto algunos de los aspectos previstos en el EBEP lo son claramente desde la óptica del derecho funcional, como es la situación de servicios especiales o el servicio en otras Administraciones Públicas.

## **10. Régimen retributivo**

Se mantiene el sistema actual, por el que corresponde a la ley laboral, al convenio colectivo y al contrato de trabajo determinar las retribuciones del personal laboral (art. 27) y también las limitaciones en el incremento de la masa salarial anual que deberá respetar siempre lo que prevea la Ley de Presupuestos (art. 21). Debemos de nuevo remitirnos al Convenio Colectivo de cada Administración.



## 11. Negociación colectiva

El Capítulo IV del Título III regula mayoritariamente la negociación colectiva del personal funcionario (arts. 31 a 38) y los órganos de representación de éste (arts. 39 a 46). Con carácter general se reconoce el derecho a la negociación colectiva, a la representación y a la participación institucional de los empleados públicos, a la hora de determinar sus condiciones de trabajo (art. 31), si bien en el caso del personal laboral se regirá por la legislación laboral (art. 32), con las novedades siguientes:

- independientemente de las Mesas de negociación del personal funcionario y de la negociación propia del personal laboral, se instituye una nueva Mesa, que podrá constituirse en cada Administración Pública, para negociar todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes a funcionarios, estatutarios y laborales (art. 36.3). La representación en la Mesa está claramente sindicalizada. Esta previsión será un foco futuro de conflictos porque no se señala cuales son esas «*materias comunes*» y porque se devalúa, cara al futuro, el papel de los comités de empresa y delegados de personal en la negociación colectiva.
- se regula el derecho de reunión, con criterios comunes a funcionarios y laborales (art. 46).

## 12. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones

Regulados en los arts. 47 a 50 y aparentemente referidos siempre al personal funcionario (excepto art. 49, cuyo términos ambivalentes parecen acoger también al personal laboral en algunos supuestos), el art. 51 ha introducido un elemento de fuerte confusión, al indicar que el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se regirá por los establecidos en los referidos arts. 47 a 50 y en la legislación laboral correspondiente. Al situar al mismo nivel ambas regulaciones, se ha interpretado por parte del Estado que estos preceptos son también aplicables al personal laboral en algunos supuestos, destacando el art. 48.2, que indica que se tendrá derecho a disfrutar dos días adicionales de asuntos propios al cumplir el sexto trienio, incrementándose en un día adicional por cada trienio cumplido a partir del octavo. Sin embargo, esta interpretación a día de hoy está teniendo opiniones ya divergentes, que se sintetizan en un grupo de pronunciamientos judiciales que niegan tal aplicación, otros que lo postulan y el criterio —hasta el momento— de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que mediatiza una aplicación extensiva y sin límites, al recordar que la técnica jurídica del «*espigueo*» no es aceptable y que debe establecerse en términos de comparación entre el conjunto normativo convencional de la

Administración y las previsiones del EBEP, no pudiéndose optar por aquel aspecto más favorable individualmente considerado.

### **13. Selección**

El EBEP aplica los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para el acceso a la condición de personal laboral, a través de un procedimiento que permita seleccionar a los mejores candidatos. Específicamente, para el personal laboral de la Administración establece entre otras las siguientes reglas:

- No hay requisito de nacionalidad. Podrán participar en las convocatorias los ciudadanos de cualquier nacionalidad de la Unión Europea así como aquellos otros extranjeros con residencia legal en España.
- La edad mínima para participar será los 16 años y la edad máxima la de jubilación forzosa.
- En los tribunales de selección no podrán haber miembros que tengan la condición de electos o designados políticamente, los funcionarios interinos y el personal eventual. Si bien para la selección de funcionarios se fija también que no se podrá ostentar la condición de vocal en representación o por cuenta de nadie —lo cual limita la representación de los sindicatos o representantes del personal—, para el caso del personal laboral el EBEP permite que las Administraciones Públicas podrán negociar formas de colaboración, a través del convenio colectivo, que permitan la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo del proceso selectivo.
- A diferencia del personal funcionario, en que el concurso de méritos no podrá ser utilizado salvo que una ley lo prevea de forma excepcional, para seleccionar personal laboral el EBEP permite recurrir a la oposición, el concurso-oposición o el concurso de valoración de méritos, en aparente pie de igualdad.

### **14. Régimen disciplinario y extinción del contrato de trabajo**

Posiblemente es uno de los aspectos más afectados por el EBEP, por cuanto incorpora al estatuto de los empleados laborales muchas de las reglas vigentes para los funcionarios. Desde la entrada en vigor del EBEP el personal laboral queda sujeto al régimen disciplinario previsto en el Estatuto y en las normas de función pública que se dicten en desarrollo del mismo. En lo no previsto en el EBEP se aplicará la legislación laboral (art. 93). Destacaremos, al respecto:

- La potestad disciplinaria del personal laboral de la Administración se ejercerá de acuerdo con los principios de legalidad, tipicidad de faltas y sanciones, proporcionalidad, principio de culpabilidad y de presunción de inocencia y principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables.
- Exigencia en todo caso en el supuesto de faltas muy graves y graves de tramitación de un expediente disciplinario. Las faltas leves no requieren expediente pero sí un procedimiento sumario con audiencia del trabajador interesado.
- Descripción de una relación de faltas muy graves (art. 95.2) que por imperativo legal se añaden a las que tuvieran previstas los convenios colectivos. Esa relación de faltas legales es idéntica para funcionarios y trabajadores. Las faltas graves y leves se regirán por el convenio colectivo.
- Establecimiento de un régimen de sanciones que en algunos supuestos es más gravoso que el actual previsto en la legislación laboral. Así, el despido disciplinario del personal laboral comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las anteriores desempeñadas; la suspensión de empleo y sueldo podrá alcanzar una duración máxima de seis años, entre otras novedades.
- Se fija unos términos de prescripción de las faltas y sanciones idénticos para laborales y funcionarios, más gravosos que el ET. Las faltas infracciones y faltas muy graves prescriben a los 3 años; las graves a los 2 años; las infracciones leves prescriben a los 6 meses y las sanciones al término de 1 año.
- Se modifica radicalmente el régimen del despido disciplinario improcedente. Tal declaración de improcedencia como consecuencia de un expediente por comisión de falta muy grave obligará a la readmisión del trabajador, si éste era fijo en la Administración. Tal garantía no se aplica, pues, al despido improcedente disciplinario de trabajadores temporales o indefinidos no fijos.

### **VIII. UNA CUESTIÓN NO RESUELTA: LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS: UN *TERTIUM GENUS* DE RELACIÓN LABORAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Se trata de una de las cuestiones quizá más destacables del redactado final del EBEP, tras su paso por el Senado. El texto inicial presentado ante el Congreso establecía que en función de la duración del contrato éste podrá

ser fijo o temporal. Sin embargo, el EBEP finalmente aprobado recoge una enmienda del Senado que fija literalmente que según esta duración, el contrato «*podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal*». Esta precisión del art. 11.1 del EBEP nos obliga a efectuar una reflexión sobre esta triple distinción, su alcance y si ciertamente pretende resolver uno de los problemas más acuciantes de nuestro empleo público, el derivado de la contratación irregular o fraudulenta o aquella afectada por la previsión del art. 15.1.a, 15.5 y DA 15º del ET, según han establecido las reformas laborales del 2006 y 2010. Al respecto, debemos señalar las siguientes consideraciones:

a) El EBEP asume con total normalidad la existencia de personal laboral vinculado con la Administración, a través de contratos de trabajo temporales sin que haya, tal como ya hemos señalado, limitación alguna o exclusión de alguno de esos tipos de vínculos para su hipotético uso por aquella.

b) En la legislación laboral común no existe ninguna distinción entre trabajadores fijos y trabajadores con contrato indefinido. La consulta a la norma señera de nuestro marco de relaciones laborales —el Estatuto de los Trabajadores— nos permite comprobarlo (26) y la conclusión que puede darse es que tal como señala el art. 15.1 del ET, el contrato de trabajo puede concertarse por tiempo indefinido o fijo —esto es, sin una fecha de finalización, y como términos ambos sinónimos— o por una duración determinada —con fecha de finalización fija o de duración incierta pero limitada en el tiempo—.

c) Sin embargo la Administración, cuando actúa como *empresario* en relación a sus empleados sujetos a contrato de trabajo, no puede considerarse simplemente como tal empresario, pese a que algunas normas anteriores al EBEP así lo indiquen. Como ya señaló el Tribunal Constitucional hace casi dos décadas, la contratación laboral de la Administración Pública no se rige por los mismos criterios que la contratación que efectúa un empresario privado, pues su propio carácter —de entidad pública— es un factor de diferenciación relevante en especial en cuanto al acceso a la misma.

Desde esta óptica, uno de los debates más clásicos en el derecho del trabajo es la colisión entre las normas laborales y las administrativas —y constitucionales— en cuanto a determinadas consecuencias fijadas por aquellas

---

(26) Entre otros, art. 8.2: de no observarse la exigencia de contrato escrito en los temporales superiores a cuatro semanas, «*el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido*»; art. 12.2: «*el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada...*»; art. 15.1: «*el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada...*». Sin embargo, (art. 15.2), «*adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social...*»; art. 43.3: «*los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos...*». La lista de ejemplos es exhaustiva.

primeras ante los contratos temporales irregulares y fraudulentos, a los que cabe añadir la nueva previsión del art. 15.5 del ET, con contratos regulares, pero que superan determinados períodos de tiempo. En concreto, vale la pena recordar que la ley laboral indica que los contratos temporales deben considerarse fijos en los siguientes supuestos de irregularidad: cuando el trabajador temporal no haya sido dado de alta a la Seguridad Social durante un período igual o superior al período de prueba, cuando el contrato temporal se prolongue más allá del período fijado o cuando aquél incurra en fraude de ley.

A todo ello cabe añadir otros supuestos, como la cesión ilegal de trabajadores —art. 43— que permite al trabajador afectado optar por ser considerado fijo en la empresa cedente o cesionaria y, tras la reforma laboral del 2006 (Real Decreto Ley 5/2006 y Ley 43/2006) y 2010 (Ley 35/2010) también se considera fijo el trabajador que hubiera sido contratado durante un período superior a 24 meses, dentro de uno de 30, para el mismo puesto de trabajo, con o sin solución de continuidad, mediante dos o más contratos temporales (27), aunque se trate de modalidades diferentes, incluido si el vínculo ha sido a través de una empresa de trabajo temporal, regla de aplicación a la Administración habida cuenta la DA 15ª del ET según la cual, tal criterio de conversión se aplicará a aquéllas —Administraciones Públicas y organismos autónomos—, aunque con determinados límites. Con el mismo criterio, el art. 15.1.a) del ET según redactado dado por la Ley 35/2010, en virtud de la cual, el contrato de obra o servicio determinado que supere los 3 años se convertirá en fijo —en nuestro caso, indefinido no fijo—.

Ante todo ello, debe indicarse que desde el 1996 y en especial desde enero de 1998 (28), el Tribunal Supremo ha conformado una tesis jurisprudencial ciertamente compleja, según la cual si bien reconoce que el trabajador de la Administración, en situación de irregularidad —y ahora también, cuando esté afectado por el art. 15 del ET— goza de los derechos que atribuye en estos casos la legislación laboral, no puede obviarse que el acceso al empleo público —también el laboral— debe instrumentalizarse a través de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

La consecuencia es que, la contratación laboral, al margen del procedimiento legalmente establecido, supone que los trabajadores así incorporados se califican como «trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido», mientras que los que sí que han superado el procedimiento reglamentario de selección —o promoción interna— se califican de

---

(27) No computándose a estos efectos los contratos de interinidad, de relevo y formativos. Sin embargo, si se computan los contratos de obra o servicio determinado y el eventual.

(28) Las dos más paradigmáticas sentencias, a partir de las cuales la doctrina del Tribunal Supremo se ha unificado, son las de 20 y 21 de enero de 1998.

«trabajadores fijos de plantilla». A partir de esta premisa, nace la figura del *trabajador indefinido no fijo*, que no está sometido directa o indirectamente a término, sin que ello suponga, no obstante, fijeza laboral, que sólo podrá predicarse del trabajador que ha superado un proceso de selección para adquirir tal condición.

Esta tesis, que se ha mantenido como doctrina absolutamente consolidada desde 1998 hasta el momento presente, ha sido objeto de acerasadas críticas, incluso en los votos particulares a las primeras y más significativas de las sentencias del Tribunal, pero se ha constituido ya como jurisprudencia plenamente asumida, como así acredita la DA 15<sup>ª</sup> del ET, según redactado dado por la reforma laboral del 2006 y nuevamente en el 2010, en cuya virtud, la antes señalada regla de conversión en fijo de los contratos que superen los 24 meses dentro de un período de 30 (art. 15.5 del ET), también surtirán efectos en la Administración, «*sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable*».

No obstante, el choque entre la legalidad y la jurisprudencia se ha hecho evidente en esta última década, dado que los trabajadores indefinidos no fijos se sitúan en un plano ambivalente, hasta el punto de que los propios Tribunales los definen con un galimatías lingüístico considerable, al referirse a *interinidad indefinida o indefinidos temporales* (29), a contrato de trabajo temporal indefinido (30), a *relación laboral con ninguna consecuencia práctica diferente de las que se derivan de un contrato de interinidad* (31), o a empleado que se aproxima a un estatuto, precario, parecido a la interinidad (32), entre otras muchas expresiones. Y evidentemente, como a continuación tendremos ocasión de plantear, debe dilucidarse cual es el régimen jurídico aplicable a estos trabajadores —no pocos en número—, por cuanto la propia jurisprudencia ha mediatizado el conjunto de derechos laborales y de empleo público a los que pueden acceder, y que el propio EBEP también mediatiza (33).

---

(29) STS de 27 de mayo de 2002.

(30) STS de 27 de mayo de 2002 y STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2006.

(31) STS de 22 de septiembre de 1998.

(32) STS de 3 de mayo de 2006.

(33) Sirva como ejemplo el art. 96.2 del EBEP por el que procederá la readmisión del personal laboral cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave. El precepto remarca que tal derecho se concede al «*personal laboral fijo*».

d) a partir de aquí consideramos que el EBEP ha perdido una oportunidad —quizá la más ordenada en el tiempo— para regularizar esta situación, esta *tierra de nadie*, fruto de la jurisprudencia y a la cual la legislación laboral ha dado por buena, como acredita la ya antes referida DA 15ª del ET aprobada en el 2006 y reformulada en el 2010. Y ello es así porque ni el EBEP ha tenido en cuenta este tipo de trabajadores a la hora de conformar sus derechos y obligaciones, ni tampoco la dicción literal de los arts.8 y 11 ayudan en nada a resolver la cuestión.

En primer término debemos señalar que la anterior nuestra afirmación parece entrar en contradicción con el redactado final del art. 8.2.c) y art. 11.1 *in fine* del EBEP. Así, en un caso y otro se proclama, fruto de la tramitación del proyecto en el Senado, que el personal laboral se clasifica, en función de la duración del contrato, en «fijo», «por tiempo indefinido» y «temporal». Una primera lectura permitiría deducir que el legislador ha tenido en cuenta la problemática señalada y ha decidido incorporarla al Estatuto. Tal conclusión, sin embargo, es errónea, aunque mucho nos tememos que en el futuro tal circunstancia quedará en el olvido y se dará por bueno y asumido aquello que no estuvo en mente de los parlamentarios.

Nuestra argumentación se basa en el estudio de la tramitación en el Senado. Del análisis detallado de tal proceso se desprende que los arts. 8.2.c) y 11.1, que tienen su origen en las enmiendas al respecto planteadas por el grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos, incorporando a la clasificación inicial de *fijos* y *temporales* la de *indefinido*, que fueron finalmente aceptadas como enmiendas transaccionales (34). En concreto, la voluntad de las enmiendas (35) no era resolver el problema planteado en las líneas anteriores o ni tan siquiera incluir a este personal en el listado de personal laboral, sino que —literalmente—, «se trata de introducir el término indefinido, que no contempla el Proyecto, a fin de que también el profesorado de religión esté contemplado en el artículo».

No podemos obviar nuestra sorpresa, pero tal enmienda tiene su origen pues en la problemática derivada de los profesores de religión que prestan servicios en centros docentes públicos y que ha dado pie a un debate judicial largo y complejo sobre la tipología de relación laboral que los vinculaba con la Administración (36), y en modo alguno pretendía acoger a los trabajadores

---

(34) *Vid.*, al respecto, el debate protagonizado en el dictamen del proyecto de LEBEP. Comisión de Administraciones Públicas. Debate celebrado el 12 de marzo de 2007. BOCG, Diario de Sesiones, VIII legislatura, núm. 435.

(35) En concreto, las enmiendas núm.33 y 35 del grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos (GPSNV). BOCG, Senado, VII legislatura, núm. 85, de 21 de febrero de 2007.

(36) Al respecto, por lo que implica de finalización del debate judicial en torno a tal relación laboral del profesorado de religión con la Administración Públicas y los derechos y limitaciones de

indefinidos no fijos. De hecho, debe indicarse que a lo largo del texto del EBEP se olvida cualquier referencia más a la problemática, por lo que nos permite plantear la siguiente de las reflexiones que a continuación detallaremos, por cuanto entendemos que el EBEP ha perdido la oportunidad de regular el régimen de los trabajadores indefinidos no fijos, con las consecuencias ciertamente perjudiciales que ello comporta y con el mantenimiento de la inseguridad jurídica que se deduce.

Sin embargo, el criterio de que el trabajador indefinido no es aquel descrito por la voluntad de legislador y más bien el instituido por la jurisprudencia ha sido adoptado incluso por el ALEPA, en su DA 3ª, al señalar que el contrato de trabajo del personal laboral por tiempo indefinido que haya adquirido tal condición e aplicación de la ley laboral o por sentencia judicial, verá extinguido su vínculo laboral *«cuando el puesto de trabajo que se venía desempeñando se provea a través de cualquiera de los procedimientos legalmente previstos»*.

e) consideramos que hubiera sido deseable que el EBEP incluyera una referencia expresa a este tipo de trabajadores y que tal inclusión fuera no derivada de la voluntad peregrina de las enmiendas citadas, sino del conocimiento real de una problemática que afecta a un número considerable de empleados laborales de nuestras Administraciones —es imposible de determinar si son decenas o centenares de miles los trabajadores en esta situación en el ámbito público—, como lo acredita la abundante y constante jurisprudencia de los Tribunales de todo orden. Esta falta de regulación además, se conjuga muy mal con el hecho de que al mismo tiempo, el legislador ha regulado aspectos de estos trabajadores indefinidos no fijos a través de normas propiamente laborales —caso de la Ley 43/2006 o la Ley 35/2010—. Nos parece una pésima fórmula, por la inseguridad jurídica que comporta, por la ruptura de la pretendida sistematicidad y uniformidad que pretende lograr el EBEP y porque ciertamente, el régimen de derechos y obligaciones de tales trabajadores continuará, en el futuro, al albur de la jurisprudencia.

Ante ello, nos atrevemos a formular el marco jurídico de aplicación a los trabajadores indefinidos no fijos. Creemos que la regla general debiera ser —como ya han señalado los Tribunales— la aplicación de las normas laborales en toda su extensión a los indefinidos no fijos, pero exceptuando expresamente a través del EBEP —como también ha recogido la jurisprudencia, sin bien con imprecisión— aquellos derechos, ventajas y expectativas que están vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público a través de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

---

la misma, *vid.* STC 38/2007, de 15 de febrero.



En concreto, entendemos que el EBEP podría haber concretado que a tales trabajadores no les resulta de aplicación las reglas sobre promoción profesional y las relacionadas con la estabilidad en el empleo, evitando así que el operador jurídico deba en el futuro continuar analizando si tal o cual expresión del EBEP y del resto del ordenamiento jurídico es de aplicación o no al caso. El Estatuto no siempre deja claro el alcance de sus preceptos, y así en ocasiones se refiere al personal laboral fijo, pero no en pocas ocasiones únicamente menciona el personal laboral (37), sin que la mera dicción literal solventa las dificultades de inclusión o no de los trabajadores indefinidos no fijos.

Finalmente, creemos que debiera haberse aprovechado el EBEP para solventar una de las circunstancias jurídicas más complejas y conflictivas, y que ha sido resuelta también por la jurisprudencia —ante la inacción del legislador, el antiguo y el actual— cual es la indemnización que procede por extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo, que en estos momentos es negada (38) independientemente de que la irregularidad, el fraude o la actuación correcta —o no— recaiga en la Administración (39), frente a las posiciones defendidas por un sector importante de la doctrina teórica, y de la propia jurisdicción social, de que les fuera aplicable la correspondiente a extinción por despido objetivo —arts. 52.c ó 51 del ET, según el número de empleados afectados—.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

BOLTAINA BOSCH, Xavier (2006): *Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Valencia, Tirant lo Blanch.

GENERALITAT DE CATALUNYA (2005): *Llibre Blanc de la Funció Pública catalana*, Barcelona, Generalitat de Catalunya

---

(37) Así, el art. 19.1 establece que «*el personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional*», circunstancia de la que precisamente los tribunales han excluido a los indefinidos no fijos. También el art. 83 se refiere a la «*provisión de puestos y movilidad del personal laboral*» sin distinguir entre unos y otros, cuando también estos derechos parecen quedar limitados —por exclusión— a los citados empleados. Por el contrario, los procesos de funcionarización —por promoción— se circunscriben al «*personal laboral fijo*» (DT 2<sup>o</sup>) o el derecho a la readmisión obligatoria en el supuesto de despido disciplinario declarado improcedente también viene referido al «*personal laboral fijo*» (art. 96.2).

(38) En concreto, tras diversos pronunciamientos contradictorios, la STS de 27 de mayo de 2002 distinguió entre trabajadores indefinidos no fijos y trabajadores interinos, pero no en cuanto a la extinción del contrato —que consideró de igual trato— sino en cuanto a la vigencia y al desarrollo del vínculo, de tal manera que otorga a los primeros un plus del que no gozan los simplemente interinos, pero no así a los efectos indemnizatorios, al entender que no tienen tal derecho, pues son equiparados en este caso a los interinos en plaza vacante.

(39) Valga como ejemplo la significativa STSJ La Rioja de 20 de junio de 2000, cuyo resultado final es considerar como trabajador indefinido no fijo a un empleado de la Administración con 23 años de antigüedad.

