

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL
DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL
TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

Eva Garrido Pérez
Coordinadora

63



Junta de Andalucía

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección:

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2022

© Los autores, 2022

ISBN: 978-84-09-41473-4

Impresión y maquetación: Selección Gráfica del Sur, S.L.

Depósito Legal: SE 1230-2022

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

ANÁLISIS ACTUAL DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS
DE
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

EVA GARRIDO PÉREZ
COORDINADORA

63

 **Junta
de Andalucía**

**Consejería de Empleo,
Formación y Trabajo Autónomo**

Consejo Andaluz
de Relaciones Laborales

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
Eva Garrido Pérez	
ACUERDO DEL COMITÉ CIENTÍFICO DE LAS XXXIX JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES	17
PONENCIAS GENERALES:	
Ponencia General Primera:	
CONTRATOS TEMPORALES CAUSALES. ANÁLISIS DEL ART. 15 LET PARA UN CONTEXTO DE POSIBLE (Y NECESARIA) REFORMA	19
Antonio Costa Reyes	
CONTRATOS FORMATIVOS. PROPUESTAS PARA CONSTRUIR EL FUTURO A PARTIR DE LOS PROBLEMAS DEL PRESENTE.....	63
María Salas Porras	
CONTRATACION FIJA DISCONTINUA	107
Esperanza Roales Paniagua	
Ponencia General Segunda:	
IGUALDAD DE CONDICIONES DE TRABAJO ENTRE PERSONAS TRABAJADORAS DE EMPRESA CONTRATISTA Y EMPRESA PRINCIPAL.....	143
Juan Romero Coronado	
EL TRATAMIENTO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS...	175
Antonio Álvarez Montero	
SUBCONTRATACIÓN Y DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS	207
Ana Domínguez Morales	
Ponencia General Tercera:	
LA CENTRALIDAD DE LA FIGURA DEL INTERINO LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO	243
Carmen Jover Ramírez	

EQUIPARACIÓN DEL PERSONAL LABORAL Y FUNCIONARIO	277
Estefanía Rodríguez Santos	
LA RELACIÓN LABORAL INDEFINIDA NO FIJA EN LA ADMINISTRACIÓN: HACIA LA “ESTABILIZACIÓN” DE UNA FIGURA DE CREACIÓN JURISPRUDENCIAL	313
María Luisa Pérez Guerrero	
Ponencia de Clausura:	
CONTRATACIÓN LABORAL Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO: RETOS Y PERSPECTIVAS DE MEJORA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS INTERNACIONALES	353
Luis Jimena Quesada	
PONENCIAS ESPECÍFICAS PREMIADAS:	
LA FORMACIÓN DUAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EMPLEO ORDINARIO	385
Francisca Bernal Santamaría	
CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS	411
José María Ruz López	
LA EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO CON EL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: REFLEXIONES TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 20/2021, DE REDUCCIÓN DE LA TEMPORALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO, Y DEL RDL 32/2021, DE REFORMA LABORAL	425
Edurne Terradillos Ormaetxea	
PONENCIAS ESPECÍFICAS PRESENTADAS:	
EL EMPLEO JUVENIL A TRAVÉS DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA LA OBTENCIÓN DE PRÁCTICA PROFESIONAL.....	451
Raquel Castro Medina	
EL CONTRATO DE SUMINISTRO DE MANO DE OBRA EN CUBA: CAUSA, CARACTERIZACIÓN Y CONFIGURACIÓN LEGAL.....	463
Sandys Menoya Zayas	
CONTRATO PARA LA FORMACIÓN Y EL APRENDIZAJE	485
Gloria María Montes Adalid	

PECULIARIDADES DE LOS CONTRATOS FORMATIVOS PARA LOS COLECTIVOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A TRABAJADORES MADUROS.....	497
Juan María Roldán Conesa	
EL CONTRATO DE OBRA O SERVICIO DETERMINADOS. EL REFUERZO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD.....	515
José Manuel Sánchez Torrado	
LA FORMACIÓN DUAL DE LOS ESTUDIANTES DE DERECHO. UNA MIRADA DESDE LA EXPERIENCIA DE CUBA	535
Jorge Luis Silva González	
MEDIDAS SOBRE EL EMPLEO TEMPORAL EN LAS REFORMAS LABORALES DE LOS AÑOS 2010, 2012 Y 2021	547
Juan Carlos Pérez García	
EL PACTO SOCIAL EN LA CONTRATA DE LA LIMPIEZA DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA: UN EJEMPLO PARA IGUALAR LAS CONDICIONES DE LOS TRABAJADORES DE LAS CONTRATAS Y LOS DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN ADJUDICADORA.....	565
J. Jesús De Val Arnal	
LA AMPLIACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 ET: LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE PROPIA ACTIVIDAD	583
Alejandro Muros Polo	
EL CONTRATO DE INTERINIDAD POR VACANTE Y SU CALIFICACIÓN DE INDEFINIDO NO FIJO: UNA APROXIMACIÓN HERMENÉUTICA A TRAVÉS DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	603
Alberto Ayala Sánchez	
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO.....	625
Jorge Baquero Aguilar	
DISCRIMINACIÓN Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EN LOS PLANES DE EMPLEO DE LOS AYUNTAMIENTOS	649
Luis Ocaña Escolar	
PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO: ¿RECONOCIMIENTO NACIONAL VERSUS REPROBACIÓN COMUNITARIA? ANÁLISIS DE UN BIENIO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO NO ACLARADO.....	669
Araceli Vallecillo Orellana	

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU POSTERIOR
REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO: LA PROBLEMÁTICA
Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO

JORGE BAQUERO AGUILAR
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

1. Introducción
2. La subcontratación pública y la figura del indefinido no fijo
3. La indeterminación de los datos estadísticos
4. El fenómeno de la subcontratación en el marco de la Administración Pública
 - 4.1. La subcontratación de servicios: los problemas derivados de la aplicación del artículo 42 del ET
 - 4.2. De la cesión ilegal de trabajadores: el artículo 43 del ET
 - 4.3. La sucesión de empresas: a vueltas con la reversión de servicios públicos (la incidencia del artículo 44 del ET)
5. De las posibles soluciones
6. Conclusiones
7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La subcontratación de servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas de nuestro país (en adelante AAPP) ha ido proliferando a lo largo de los años conforme se han ido introduciendo las políticas neoliberales que se han manifestado en una colaboración público-privada en la gestión de dichos servicios de titularidad pública. Como consecuencia de una compleja interrelación del Derecho administrativo y laboral y de la colisión normativa, también ha ido proliferando en el seno de nuestras instituciones la figura del indefinido no fijo toda vez que se produce una reversión de los servicios. No obstante, la indeterminación de los datos estadísticos oficiales no permite llegar a obtener el número exacto de dicha categoría de personal de creación jurisprudencial.

Como consecuencia de la interrelación normativa, ciertos preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) en materia de subcontratación han provocado el acceso al empleo público de nuestro país de esta categoría de personal siempre que se produzcan una serie de circunstancias. Dichos criterios han sido delimitados de forma jurisprudencial tanto por nuestro Tribunal Supremo (en adelante TS) como por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). De manera que, una vez que se produzca una reversión de servicios públicos, y siempre que concurren una serie de requisitos previstos en los arts. 42, 43 y 44 del ET y definidos por la jurisprudencia, el personal que formaba parte de la empresa subcontratante pasaría a formar parte de nuestro sistema de empleo público.

Las posibles soluciones que se han adoptado al respecto han pasado por diversos procesos de consolidación de empleo a lo largo de décadas. A pesar de las últimas modificaciones introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por parte de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público (en adelante Ley 20/2021, de 28 de diciembre), de las vertidas por parte del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre) y de las adoptadas por la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022 (en adelante LPGE 2022), no se ha llevado a cabo hasta el momento ninguna modificación tanto de la normativa administrativa como de la laboral para que este tipo de situaciones terminen de suceder. Tampoco se han adoptado medidas suficientes por parte del legislador para que la precarización de las relaciones laborales en el seno de nuestras instituciones derivada de estas circunstancias deje de considerarse como parte importante de las innumerables controversias y deficiencias que alberga nuestro sistema de empleo público.

2. LA SUBCONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO FIJO

Es sabido que las AAPP tienen la posibilidad de recurrir al mercado mediante el mecanismo de la subcontratación de servicios públicos. En ese sentido, y en base a lo previsto en el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), el ámbito subjetivo de aplicación es enormemente amplio, por lo que una gran cantidad de Administraciones y de organismos pertenecientes a un vasto sector público institucional pueden delegar

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

627

la realización de actividades que les son propias por ley en empresas privadas mediante una relación de colaboración público-privada. Para que dicha articulación se pueda llevar a cabo, la norma fundamental que regula la subcontratación de servicios públicos es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP)¹.

La problemática que se plantea en relación a la controvertida figura del indefinido no fijo² gira en torno a una posterior reversión de servicios públicos al tener que volver a asumir las Administraciones dichos servicios en base a la potestad que les infiere la ley. El art. 308.2 (párrafo 2º) de la LCSP establece que, a la extinción de los contratos de servicios “no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”. A pesar de dicha prohibición expresa, el art. 98.1 de la misma LCSP deja abierta una posibilidad de asunción de plantilla cuando establece que, “en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas”. Con lo cual, esta posibilidad podría materializarse de una forma efectiva, en su caso. Así lo pone de manifiesto también el apartado 3 del art. 130 de la LCSP: “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”. En esa misma línea, el apartado 6 del mismo art. 130, determina que, “el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación”. Por su parte, en el art. 312.f) se establece que, en los casos donde “la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía”, dichas actividades se han de efectuar en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante “a efectos de evitar la confusión de plantillas”. De manera que, como consecuencia de la compleja interrelación de las normas, en numerosas ocasiones, la Administración reversora, cuando se cumplan una serie de circunstancias, ha de asumir la plantilla de la empresa subcontratante con la calificación jurídica de indefinido no fijo, produciéndose lo que, en cierta forma, podría considerarse como un acceso al empleo público de nuestro país de una forma impropia. Lo analizaremos con mayor detalle *ut infra*.

Dicha categoría de empleado público, de creación jurisprudencial y de largo recorrido ya en el seno de nuestro sistema de empleo público, a pesar de haber sido incorporada en el TREBEP (ex art. 8.2.c)) no ha sido desarrollada de una forma adecuada por parte del legislador.

1 Cfr. Gómez Gil, M.A., *Guía práctica de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

2 La figura del indefinido no fijo (...) se trata de un concepto absolutamente ‘dinámico’ que ha experimentado “numerosos giros interpretativos” que ha permitido “la extensión de esta calificación a múltiples y heterogéneas situaciones (con importantes implicaciones conceptuales)”. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto Sánchez Ruiz/ Fernández Álvarez”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 2020, p. 12. Disponible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Beltran_8_37.pdf .

Lo que se pretendía era dar una cobertura legal a los derechos adquiridos por parte de estos trabajadores que se encontraban en esta situación sin que se plantease una colisión con los preceptos constitucionales en materia de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público. De forma que dicho empleado público permanecerá en el seno de nuestras Administraciones hasta que se amortice la plaza³ o se convoque la misma y no supere el proceso selectivo⁴. Esto ha generado una problemática en el seno de nuestras instituciones puesto que lo habitual ha sido la no convocatoria de los procesos de selección y la perpetuación del indefinido no fijo *sine die* en el seno de nuestras AAPP llegando, en muchos casos, a la jubilación de esta categoría de empleados públicos sin haberse resuelto la cuestión. De toda esta controversia no han escapado los empleados públicos que han adquirido dicha condición como consecuencia de una reversión de servicios. Y a pesar de que mediante Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018 (en adelante LPGE) se ha intentado poner coto a este tipo de prácticas, hasta el momento no se ha conseguido una solución definitiva al respecto⁵. Con lo cual, además del mecanismo de configuración legal que permiten dicha figura en base a lo preceptuado en los apartados 4 y 5 del art. 15 del ET⁶, derivado de esta serie de aporías normativas en materia de subcontratación y su posterior reversión, la figura del indefinido no fijo no ha hecho sino proliferar de una forma desmesurada a lo largo de los últimos años sin que las cifras oficiales muestren la realidad de la enorme dimensión que ha adquirido el asunto⁷. Y lo manifestamos de esta guisa porque no queda claro que dentro de los datos oficiales se incluyan las cifras reales de esta categoría de empleado público. Veámoslo.

3. LA INDETERMINACIÓN DE LOS DATOS ESTADÍSTICOS

Según los datos aportados por el Ministerio de Política Territorial y Función Pública a través del Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas de nuestro país⁸, a fecha de enero de 2021 contábamos con un total de 2.710.405 efectivos en el seno de nuestras Administraciones⁹. El aumento de las plantillas ha ido configurándose a lo largo de los

3 Sobre la cuestión de la amortización véase: Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Amortización simple de indefinidos no fijos: tampoco procede en las extinciones anteriores a la reforma de 2012”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 139-146.

4 En todo lo relativo a los procesos selectivos véase: Chaves, J.R., *Vademécum de oposiciones y concursos*, Salamanca, Editorial Amarante, 2019 (Sexta edición), pp. 211-420.

5 *In exemplum*: la Disp. adic. 26ª y 34ª de la LPGE 2017, y la Disp. adic. 43ª de la LPGE 2018.

6 Antes de la modificación introducida por parte del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, dichas obligaciones se encontraban en los apartados 3 y 5 del ET. También introducían elementos jurídicos vinculantes en ese sentido los apartados 1, 2 y 3 del la Disp. adic. 15a ET que, después de la reforma laboral, se han limitado a lo que se establece tan sólo en el apartado 3 de dicha Disposición adicional.

7 *Vid in extenso* sobre esta controvertida figura: Beltrán de Heredia Ruiz, I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

8 Ministerio de Política Territorial y Función Pública. Registro Central de Personal. Boletín Estadístico de Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, enero de 2021. Disponible en: http://www.mptfp.es/dam/es/portal/funcionpublica/funcion-publica/rcp/boletin/Boletines/200701_Boletin_julio_2021.pdf.pdf.

9 Aunque, según datos obtenidos de la Encuesta de Población Activa (EPA), el empleo público ha aumentado en 42.100 personas en el año 2020. Con lo que, para la EPA, nuestro empleo público cuenta en ese año con un total de hasta 3.439.600 personas. Datos obtenidos de: Encuesta de Población Activa (EPA), Segundo trimestre de 2021, Instituto Nacional de Estadística (INE). Disponible en: <https://www.ine.es/daco/daco42/daco4211/epa0221.pdf>.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

629

años conforme se fue desarrollando el proceso autonómico y la asunción de competencias por parte tanto de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) como de las Entidades Locales (en adelante EELL)¹⁰. Con un considerable repunte de los efectivos en torno al año 2011, y a pesar de que las cifras oficiales muestran que descendieron a partir de 2012, parece que, aunque las cifras oficiales así no lo reflejen, el aumento de efectivos en la categoría de indefinidos no fijos ha sido un hecho como consecuencia de que nuestras AAPP han asumido gran parte de empleados públicos con motivo de la profunda crisis económica que tuvo su mayor grado de virulencia e incidencia en torno al año 2012¹¹. En ese sentido, parece que durante la época de crisis económica que azotó nuestro país desde el 2008 hasta el 2015 aproximadamente, el sector público ha absorbido gran parte de personal que habitualmente formaba parte del sector privado¹². La mayoría de ellos bajo la consideración de indefinidos no fijos y con el dato importante de que no todos ellos tienen reconocida dicha categoría vía jurisprudencial. Es decir, nuestras AAPP han asumido mucho personal en sus filas para paliar el duro revés del desempleo durante la crisis, lo que contrasta con la paralización de los procesos selectivos y con el no cumplimiento efectivo de las tasas de reposición en el marco de nuestras instituciones. Además de proliferar la figura del indefinido no fijo como mecanismos de sortear los límites legales introducidos¹³.

La controversia de los datos estadísticos no sólo es fruto de las diferentes fuentes a las que se puede acudir¹⁴, sino que también del hecho de que no queda claro al analizar las cifras oficiales tanto el número exacto como si se incluyen o no en las mismas los datos de los indefinidos no fijos. Como hemos anunciado, y con carácter oficial, en la actualidad contamos con un total de 2.710.405 empleados públicos¹⁵. El 18.98% (514.514 efectivos) pertenecen al sector público del

10 Para Sánchez Morón, “todavía en 1982 la Administración del Estado contaba aproximadamente 1.150.000 de los 1.400.000 empleados públicos existentes, casi el 90 por 100”. Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2018, pp. 51-52.

11 Sobre los efectos de la crisis económica de 2008 en los recortes en el empleo público véase: Arenilla Sáez, M. y Delgado Ramos, D., “¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, p. 324. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40204>.

12 Según los datos del INAP respecto al año 2017, la plantilla pública representaba “el 16,7% del total de asalariados de España. El porcentaje ha aumentado en los últimos años por la fuerte destrucción de empleo registrada en el sector privado”. Resaltar de esos datos aportados algo que nos llama poderosamente la atención, que es que “allí donde hay menos ocupados y una mayor tasa de paro, el peso del sector público sobre el total es mayor”. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Datos disponibles en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1507729>.

13 Aunque también ha sido, en ocasiones, el único mecanismo que han encontrado las AAPP de sortear los límites presupuestarios impuestos para poder incorporar el personal necesario para el desarrollo de los servicios. Para Losada *et al.*, el comportamiento del empleo público de nuestro país en la pasada crisis económica “indica un primer indicio de flexibilidad del empleo público después de un nivel de estabilidad casi monolítico durante décadas”. Aunque es una flexibilidad centrada, sobre todo, “en las Administraciones Locales y en la Administración Pública Estatal, y sobre todo centrada en los colectivos no funcionariales, es decir, los contratados laborales y otros colectivos interinos o eventuales”. Losada, C., Albareda, A., Longo, F. y Férrez, M., *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017, p. 64.

14 *Vid in extenso*, al respecto de las distintas fuentes: Martínez Matute, M. y Pérez, J.J., “La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década”, *Banco de España. Boletín Económico*, 4/2017. Notas Económicas, 2017, p. 11 Disponible en: <https://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T4/fich/bene1704-nec12.pdf>.

15 A fecha de redacción de estas palabras no se han publicado las estadísticas oficiales del presente año 2022 por parte del Ministerio correspondiente.

Estado¹⁶. Por su parte, al sector público de las CCAA (consejerías y sus organismos autónomos y universidades) le corresponde el 59.63% del total (1.616.211 efectivos). Para terminar, al sector público de la Administración Local (Ayuntamientos, Diputaciones, Cabildos y Consejos Insulares) le corresponde el 21.39% del total (579.680 efectivos). Desde el punto de vista de la tipología o categoría de personal obtenemos que, del total de personal al servicio de las AAPP en nuestro país, el 53,31 % son funcionarios, el 24,34% son laborales y el 22,35% pertenecen a la categoría de otro personal (en términos porcentuales estas dos últimas categorías -laborales y otro personal- suman un total del 46,69 % de los efectivos de nuestras AAPP: casi la mitad de los empleados públicos de nuestro sistema). Dato muy significativo este último del 46,69% y a tener en cuenta en relación a la problemática de la temporalidad de los empleados públicos en nuestro país.

Llegados a este punto se hace necesario reseñar por nuestra parte que los datos que mostramos son las cifras oficiales y que, al parecer, dentro de las CCAA y de las EELL¹⁷ podría suceder que las cifras no sean las exactas y que pudieran aumentar en número, puesto que es bastante probable que el registro aducido no dé cabida a todo ese personal laboral (incluidos los indefinidos no fijos) que forma parte de nuestras Administraciones como resultado de una posible no comunicación exacta de datos al Registro Central de Personal por parte de todas las AAPP. Sobre todo, porque al consultar los datos del Boletín Estadístico del Personal no queda clara su inclusión. Se habla de personal funcionario de carrera, de personal estatutario de los Servicios de Salud, de personal laboral sin especificar sus modalidades; y en la categoría de otro personal, se incluye al personal eventual, al personal interino y al personal funcionario de plazas no escalafonadas (categoría de funcionario declarado a extinguir por la Ley 30/1984, de agosto en su Disp. adic. 1ª). Lo mismo sucede cuando analizamos las cifras de los empleados públicos que pertenecen a Organismos Instrumentales, Empresas Públicas, Fundaciones Públicas, Consorcios, etc. Sin contar, además, con todo aquel personal laboral que forma parte de nuestro empleo público -en clara referencia a los indefinidos no fijos- que no ha accedido por los cauces legales sino vía jurisprudencial o vía subrogación empresarial. Un colectivo éste último que, generalmente, suele no ser tenido en cuenta en los datos estadísticos puesto que, aunque formen parte del empleo público a todos los efectos, en puridad no se les considera como empleados públicos (al menos a efectos estadísticos por algunas AAPP). Así lo ponen de manifiesto los responsables de Recursos Humanos consultados en el caso de las pequeñas y medianas EELL.

Lo que realmente se pretende poner de relieve es el hecho de que, aunque el porcentaje oficial admitido de temporalidad en el seno de nuestras AAPP está por encima del 30%¹⁸, realmente, como resultado de esa imprecisa aportación de datos oficiales y de esa posible falta de inclusión en los mismos del personal indefinido no fijo, podría suceder que el porcentaje real

16 Aunque si obviamos los datos de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los de la Administración de Justicia, realmente, a la AGE le corresponde tan sólo el 8,46% del total del personal al servicio de nuestras Administraciones (229.348 efectivos).

17 La problemática laboral en las EELL es analizada por parte de: Vila Tierno, F.A., *Problemática en materia de contratación laboral en la Administración Pública Local*. Algunas cuestiones de actualidad, Granada, Editorial Comares, 2018.

18 Según la EPA, en el tercer trimestre de 2021 la temporalidad en el empleo público alcanzaba el 31,6%. *Vid. CCOO, Análisis EPA 3º Trimestre 2021 sobre empleo público*, Nota de prensa, 29 octubre 2021. Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/53e262e790f454b0fcc820882c0da76d000050.pdf>.

de temporalidad rebase -en ocasiones- el 40 y hasta el 50% del total de la plantilla¹⁹. Las EELL consultadas de forma extraoficial -sobre todo las pequeñas y medianas- avalan esta cuestión. Por poner tan sólo un caso: en una EELL de menos de 5.000 habitantes puede haber en torno a 30 empleados públicos. De ellos, sin contar con el habilitado nacional, tan sólo puede haber 1 ó 2 funcionarios de carrera, 1 ó 2 funcionarios interinos y, el resto, serían indefinidos no fijos a los que, en su gran mayoría, ni si quiera se les ha reconocido dicha categoría vía jurisprudencial. Por su parte, en el marco de una Entidad Local mediana los indefinidos no fijos podrían doblar la cifra. Por lo que podría darse el caso de que esta categoría de personal ascendiese a más del 50 o del 60% del total de la plantilla. Con lo cual, a esa controversia de los interinos²⁰ tan de actualidad desde el punto de vista legal se le podría sumar, además, la de los indefinidos no fijos que han sido asumidos por parte de las EELL y de CCAA (pero sobre todo en las primeras) en los años de dura crisis económica. Sin contar con todos aquellos que han pasado a formar parte de nuestro sector público institucional a resultas de un proceso de reversión de servicios. De lo que se puede extraer la conclusión de que, realmente, la problemática de la temporalidad en nuestro empleo público es mucho mayor que lo que se refleja en los datos y en las estadísticas oficiales. Además de entender que la proliferación y la problemática a la que se enfrenta la figura del indefinido no fijo como categoría de empleado público es mucho mayor de lo que las cifras oficiales ponen de manifiesto.

4. EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El fenómeno de la subcontratación no es nuevo en nuestro país. Con la entrada de la democracia, y concretamente a partir de los años 80 del pasado siglo, debido a la rigidez de nuestro Derecho administrativo, se inicia dentro de nuestras AAPP un proceso de laboralización del personal que presta servicios dentro de nuestras instituciones que va acompañado -por así decirlo- de un proceso de descentralización administrativa enorme. La asunción de competencias por parte de las diferentes Administraciones (sobre todo por parte de la autonómica y local) conlleva también un gran aumento de las plantillas de las mismas donde, el papel de la laboralización, se presenta como un factor determinante²¹.

19 Tal y como recoge la exposición de motivos del Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, “la tasa de temporalidad registrada en el empleo público es ya superior a la registrada en el sector privado”. Y según sigue manifestando dicha exposición de motivos, “esta situación no solo se aleja de forma manifiesta del modelo de función pública configurado por nuestra Constitución Española, sino que compromete la adecuada prestación de los servicios públicos, en la medida en que la temporalidad impide articular políticas de recursos humanos dirigidas a garantizar la calidad de los servicios públicos”.

20 Vid in extenso sobre esta figura: Sánchez Morón, M., Régimen jurídico de los funcionarios interinos, Aranzadi, 2020.

21 Para Sánchez Morón “el régimen jurídico de la función pública busca flexibilizarse en aspectos esenciales (sistemas de acceso y promoción, (...) posibilidades de empleo temporal y a tiempo parcial, mayor discrecionalidad retributiva (...), facilidades para la extinción de la relación de servicio.)”. Todo esto conlleva “la reducción cuantitativa de efectivos en el empleo público, que deriva de la privatización de algunos servicios que siguen siendo de titularidad pública y de algunas actividades administrativas (...), etc.”. Sánchez Morón, M., *Derecho de la función pública*, op.cit., pp. 35-39.

Directamente vinculado a todo lo expuesto y en estrecha relación con el tema que vamos a tratar a lo largo de este apartado, entra a formar parte de la palestra en nuestro país el fenómeno de la subcontratación administrativa²² y, posteriormente, cuando se decide rescindir esos contratos, el fenómeno de la reversión o lo que, en el ámbito de la Administración Local, se ha venido a denominar como “remunicipalización” de servicios²³. Esta nueva realidad va en estrecha concomitancia con las nuevas políticas neoliberales que entienden que la participación del sector privado dentro de las administraciones ha de tener un papel relevante²⁴. Ello se materializará en que la empresa privada, a través de subcontrataciones administrativas, inicie un proceso de asunción de tareas que, de entrada, son competencias de las AAPP (sin que estas últimas pierdan la titularidad de las mismas). Se considera importante la participación de la empresa privada en el desarrollo de actividades públicas. Se plantea como una cuestión de eficacia y de eficiencia en el desarrollo de las mismas. Y no sólo como eso, si no como una cuestión que abaratará los costes de la prestación de servicios²⁵.

Esta nueva realidad ha tenido a lo largo de varias décadas ciertos vaivenes y determinados momentos de implantación y de reversión, todo ello derivado de los momentos políticos y de las líneas y orientaciones de gestión que se han previsto por parte de los diferentes gobiernos que hemos tenido a lo largo de más de 40 años de democracia. Lo que viene a ponerse de nuevo de manifiesto -y a tomar mayor relieve en la actualidad- después de la regulación del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante RD-ley 36/2020) y de las modificaciones introducidas en materia de subcontratación por parte de la LPGE para el año 2021. En ese sentido, siguiendo la línea de la norma presupuestaria anterior, la LPGE para el año 2022 amplía mucho más los márgenes tanto de las OEP como de los contratos y nombramientos temporales del personal del sector público de nuestro país *ex art. 20*. Para los sectores prioritarios la tasa de oferta será del 120

22 Obra de referencia es la de: Castillo Blanco, F.A. (Dirección) y Vila Tierno, F.A. (Coordinación), *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, Colección INAP Investiga. Serie Innovación Administrativa, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019.

23 *Vid in extenso*: Todolí Signes, A. y Martínez Saldaña, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017 (1ª edición).

24 “El incremento paulatino de las actividades de las Administraciones Públicas ha supuesto la búsqueda de fórmulas más flexibles que las que había venido ofreciendo el Derecho Administrativo tradicional y la tradicional centralidad de la concepción de las funciones públicas. En este sentido se han expandido los instrumentos de colaboración entre el sector público y el sector privado y, en relación a ello, la creación por las Administraciones Públicas de entes instrumentales a ellas vinculados; entes instrumentales que se encuentran vinculados o son dependientes de las distintas Administraciones Públicas territoriales y que tienen una configuración y régimen jurídico de Derecho público o de Derecho privado”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, en *Temas Laborales*, 135, 2016, p. 252. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-RepercusionesLaboralesDeLosDiversosInstrumentosDeP-5793431.pdf>.

25 Aunque, en palabras de Gorelli Hernández, “finalmente el proceso de descentralización no ha supuesto una mayor eficiencia en la gestión pública, sino que se ha producido un incremento del gasto en la gestión de los servicios públicos como consecuencia de la participación de sujetos privados”. Así como también ha supuesto una minoración de la calidad de los servicios prestados. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, nº 21, Mayo-Octubre 2019, p. 42. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553>.

por cien. Para el caso concreto de las EELL que tuvieran amortizada su deuda financiera a fecha de 31 de diciembre de 2021, la tasa de oferta será también del 120 por cien en todos los sectores. Todo ello sin perjuicio de los procesos de estabilización que se establecen en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. Para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas y entidades públicas empresariales, Fundaciones del Sector Público y Consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos del Sector Público, las tasas también serán considerablemente altas en base a lo que se recoge en las Disp. adic. 17^a, 18^a y 19^a. Aunque con algunas limitaciones, las excepciones a las contrataciones son numerosas, a pesar de que han de contar con las preceptivas autorizaciones, tal y como se pone de relieve en la Disp. adic. 36a de la LPGE 2022. La colaboración público-privada para llevar a cabo los proyectos de recuperación (PERTES) deviene como fundamental. Con lo cual, el desarrollo de la subcontratación de servicios se manifiesta como clave.

Hasta el momento, las actividades y servicios que se han venido subcontratando han sido diversos: servicios sociales, suministro de agua, actividades culturales y deportivas, jardines, obras, instalaciones, servicios de atención directa, servicios sanitarios y, un largo etc²⁶. Factor que ha planteado mucha litigiosidad y controversia en los tribunales, así como muchos momentos de rivalidades y debates en cuanto a la palestra política se refiere. Como hemos anunciado, la subcontratación de servicios se ha planteado como una cuestión de mejora, de eficacia y de eficiencia en la gestión de los recursos económicos y del personal²⁷. No obstante, esto también ha conllevado la consideración -dependiendo de cada momento y de cada orientación política- de esta cuestión como algo positivo o negativo en relación a la preservación y/o la defensa de lo público.

Lo que no escapa a la realidad es que esta cuestión de la subcontratación sí que ha planteado gran cantidad de problemas administrativos, laborales y de otra índole debido a la interrelación existente en nuestro ordenamiento jurídico entre el Derecho administrativo y el Derecho laboral²⁸. Todo ello ha derivado en una enorme conflictividad y litigiosidad al respecto, donde los tribunales de justicia -incluido el TJUE²⁹ y nuestro TS³⁰- han tenido que intervenir para delimitar ciertos aspectos de la problemática derivada de la subcontratación. Aun así, el asunto no queda resuelto del todo, teniéndose que estar a cada caso concreto y a cada resolución judicial. De lo

26 El art. 12.1 y ss. de la LCSP establece el marco de subcontratación de servicios a los contratos de obras, las concesiones de obras, las concesiones de servicios, etc.

27 *Vid.* Moreno Vida, M.N., “La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 215-249. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20(1).pdf).

28 Así se pone de manifiesto en: Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *op. cit.*, p. 255.

29 Algunas sentencias representativas del TJUE en relación a la cuestión pueden ser las siguientes: STJUE de 20 de enero de 2011 (asunto C-463/09, caso CLECE) y STJUE de 26 de noviembre de 2015 (asunto C-509/14, caso ADIF), que han afirmado que “el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de derecho público (...) no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23”.

30 Como puede ser el caso de la STS de 21 de abril de 2015, y de la STS de 30 de mayo de 2011, que recogen la doctrina del TJUE, manifestando que “(...) el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva”.

que se deduce que este asunto necesita de una intervención clara y eficaz por parte del legislador nacional que resuelva de forma definitiva este tipo de situaciones. La cuestión sigue planteando una candencia de actualidad como consecuencia de dos sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del TS de fechas 17 y 18³¹ de junio de 2020 que han unificado doctrina en relación a las consecuencias de la apreciación del fraude de ley o del abuso en la contratación temporal en las sociedades mercantiles estatales³² De manera que, la conjunción de ciertas circunstancias específicas al colisionar los preceptos de los arts. 42, 43 y 44 del ET con la normativa administrativa en materia de contratación pública y con el Derecho de función pública conduce a la consideración de indefinido no fijo a cierto personal en determinados casos. Veámoslo.

4.1. La subcontratación de servicios: los problemas derivados de la aplicación del artículo 42 del ET

Desde el punto de vista laboral, en el marco de las garantías que introduce el ET con ocasión del cambio de empresario, en su art. 42 establece los preceptos legales relativos a la subcontratación de obras y servicios que, en base al hilo conductor de este trabajo, también pueden acarrear ciertos problemas relacionados con el tema objeto de estudio y que pueden provocar también ciertas controversias y pronunciamientos judiciales al respecto. Se preceptúa la preservación de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores en caso de subcontratación de obras y servicios y las responsabilidades de las empresas intervinientes³³. En el caso de las AAPP ello podría acarrear ciertas responsabilidades que pueden ser solventadas en los pliegos de condiciones administrativas que regulen la subcontratación de servicios³⁴. No obstante así, en el caso de que la Administración subcontratante externalice servicios que sean de su propia actividad,

31 Véase al respecto de dicha importante sentencia: Arrieta Idiákez, F.J., “¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza la los trabajadores de sociedades mercantiles públicas la STS de 18 de junio de 2020 (Rº. 2811/2018, Sala de lo Social)?”, *Labos*, Vol. I, núm. 3, 2020, pp. 109120. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/623> . También el interesante trabajo de: Rodríguez Escanciano, S., “Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del ‘trabajador indefinido no fijo’”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2020. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/MblibliotecaJuridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=eu&id=ANU-L-2020-0000001072 .

32 Hasta el momento, los trabajadores que se encontraban en esa situación eran considerados trabajadores fijos de plantilla de dichas mercantiles enmarcados dentro del régimen laboral común. No obstante, estas dos sentencias dan un giro jurisprudencial importante al respecto cambiando el criterio seguido hasta el momento por nuestro alto Tribunal considerándose a los trabajadores que se encuentran dentro de este colectivo como indefinidos no fijos en vez de fijos de plantilla. *Cf.* Baquero Aguilar, J., “El ‘indefinido no fijo’ y el sector público en nuestro país”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 1, 2020, pp. 291-295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7617134> . Como consecuencia del cambio de doctrina véase la reciente STS 3341/2021, de 07/09/2021 donde resulta de aplicación la figura del trabajador indefinido no fijo a la Sociedad Mercantil Pública Radio Televisión del Principado de Asturias (RTPA). En esa misma línea va la STS 3360/2021, de 08/09/2021 (RTVE) y la STS 3328/2021, de 08/09/2021.

33 *Vid.* Sáez Lara, C., “Garantías y responsabilidades en materia salarial”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 345-369. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-GarantiasYResponsabilidadesEnMateriaSalarial-5793433.pdf> .

34 Sobre el alcance de las responsabilidades solidarias derivadas de la aplicación del artículo 42 del ET véase el interesante trabajo de: Norez Torres, L. E., “El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del ET”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 343-363. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7202475> .

la combinación de las responsabilidades del art. 42 y del art.43 del ET sí que podrían derivar en otro tipo de responsabilidades laborales más en la línea de poder tener que atender, o bien al pago de indemnizaciones por parte de la Administración en concepto de despidos improcedentes³⁵ o, incluso, a tener que readmitir a los trabajadores vía jurisprudencial como indefinidos no fijos en caso de que el desarrollo de dicha actividad no se estuviese llevando de manera indiferenciada.

En ese sentido, el art. 42 del ET presenta un matiz diferente cuando el concepto de subcontratación se lleva a cabo entre distintas AAPP. Ello es lo que regula la LRJSP en su art. 11 en lo que se conoce como las “encomiendas de gestión”³⁶. No se trata de una subcontratación en sentido estricto, si no que de lo que se trata es de que otra Administración distinta a la que le es propio el desarrollo de esa actividad por ley, determine la delegación del desarrollo de unos servicios que, como se ha dicho, le son propios por ley a la Administración encomendante. Es lo que pone de manifiesto el apartado 2 del art. 11. Para lo que la configuración de “medio propio” será determinante en el caso de una posterior reversión de servicios y de tener que asumir la Administración encomendante a dicho personal en la categoría de indefinido no fijo. A pesar de que el Art.1.Cinco del RD-ley 32/2021, de 28 de diciembre, introduce cierta modificación del art. 42 del ET en aras de preservar los derechos de los trabajadores en el marco de las relaciones laborales comunes, a lo que nos interesa para el caso, sin embargo, no introduce ninguna limitación que procure una modificación de la normativa para el caso que venimos abordando de las encomiendas de gestión, ni para el caso de la combinación del art. 42 con el del 43 del ET³⁷. Cuestión que nos lleva, directamente, al punto siguiente de este apartado: la cesión ilegal de trabajadores.

35 Sobre la extinción contractual véase: Guerrero Vizuet, E., “La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas”, *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, núm. 54, 2015, pp. 537-550. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=0.

36 Para Monereo Pérez, “la diferencia de este supuesto de externalización respecto de las contrataciones y subcontratas del art. 42 del ET viene determinada por la común naturaleza pública de las instituciones participantes y por las especiales características de la relación entre ellas, lo que supone una mayor dificultad para diferenciar entre la existencia de un negocio jurídico válido y una típica cesión ilegal de trabajadores, atendiendo ante todo a la estrecha vinculación y dependencia de las partes contratantes”. Es por ello por lo que, “de su caracterización técnico-jurídica debe realizarse la configuración de “medio propio”, toda vez que la entidad adjudicataria o encomendada ostenta tal posición en relación con la entidad pública que encomienda, poniendo de relieve que se inserta en la esfera del penetrante poder de control de la misma”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 276.

37 En relación a las encomiendas de gestión, para Monereo Pérez, “la cesión ilegal quedaría circunscrita a la constatación de que se han superado los límites de la encomienda por las tareas efectivamente desarrolladas (... con la consecuencia *iustlaboral* de asumir las responsabilidades que impone el art. 43 del ET y entre ellas que derecho de opción del trabajador que podrá optar por permanecer en la plantilla de la entidad pública principal y no en la de la empresa instrumental. Lo que conduciría a que el trabajador adquiriera la condición de indefinido no fijo)”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 284.

4.2. De la cesión ilegal de trabajadores: el artículo 43 del ET

Ya hemos adelantado anteriormente la confusión y la posible problemática legal que se puede plantear en caso de que exista una subcontratación de la propia actividad de la Administración en la que no haya un tratamiento diferenciado de los trabajadores. Según establece el art. 43 del ET en su apartado 1, la contratación de trabajadores para cederlos de forma temporal a otra empresa tan sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. En dicha norma es donde se articula la cesión legal de trabajadores en una triangulación entre empresas de trabajo temporal, trabajadores y empresas usuarias.

En base a lo estipulado el apartado 2 del art. 43, se produciría una cesión ilegal de trabajadores cuando el objeto de los contratos de servicios entre las empresas “se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria”, o cuando la empresa cedente “carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”. Y es aquí donde entra en juego la interrelación de este precepto con lo establecido en el art. 42 del ET. Y es que, en el caso de que una Administración Pública subcontratase un servicio de su propia actividad productiva llevándolo a cabo a través de otra empresa y no respetando lo preceptuado en el art. 43 del ET, se podría estar incurriendo entonces en un fraude en la contratación. En este caso, sí que devendrían en responsabilidades laborales reprochables a las AAPP que incurran en este tipo de irregularidades. Incluso, según establece el apartado 3 del art. 43, tanto el cedente como el cesionario que incurran en un incumplimiento de la norma, además de responder de forma solidaria a las obligaciones laborales y de seguridad social, en base a lo establecido en el apartado 4 de dicho art. 43, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido “tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. De esta forma, dichos trabajadores podrían pasar a ser considerados y encuadrados como indefinidos no fijos dentro de las plantillas de la Administración Pública subcontratante, volviéndose a poner de manifiesto otra aporía normativa más en relación al acceso al empleo público de nuestro país de esta categoría de personal.

Aunque esta última cuestión podría derivar en otras situaciones como la consideración judicial como un despido improcedente con la correspondiente indemnización si el convenio colectivo de aplicación no establece que es el trabajador el que tiene la opción de elegir entre quedarse en la empresa u optar por la indemnización. Cuestión que ha planteado y que plantea no pocas irregularidades dentro de nuestras Administraciones a lo largo de estos años y que no ha sufrido modificación alguna con la reforma laboral introducida por parte del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. De hecho, muchos Ayuntamientos, en esa línea, han renegociado sus convenios colectivos que hasta el momento contemplaban dentro de su articulado esta cuestión para evitar así el tener que asumir a trabajadores dentro de sus plantillas cuando se haya dado el caso que venimos planteando, puesto que la redacción dada en el articulado del convenio de aplicación daba la opción al trabajador en cuestión de decidir quedarse o no en caso de resolución judicial al respecto³⁸.

³⁸ Caso claro en ese sentido es el del Ayuntamiento de Cártama (Málaga) que, vía negociación colectiva, ha suprimido el artículo 38 de su Convenio Colectivo para evitar este tipo de situaciones, eliminando así la posibilidad de que sea el propio trabajador el que decida si reincorporarse al servicio u optar por la indemnización.

Lo que sucede en este tipo de casos es que ha de determinarse con precisión el concepto de “propia actividad” de la Administración Pública en cuestión, lo que no siempre es fácil de delimitar³⁹. No obstante, se ha de demostrar que el poder de dirección que establece el ET en su art. 20 lo ostenta la Administración subcontratante respecto de los trabajadores de la subcontrata para que se considere que se está incurriendo en una cesión ilegal de trabajadores. Para la consideración de dicho personal como indefinido no fijo habrá que determinar varios aspectos de considerable importancia: 1) la consideración de mera puesta a disposición de los trabajadores de la cedente a la cesionaria, 2) que la empresa cedente carezca de una actividad propia, 3) que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad y 4) que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario⁴⁰. Todos ellos se manifiestan como determinantes en estos casos. Todas estas cuestiones han derivado y derivan todavía en no pocos litigios ante los tribunales de justicia. Lo que sí que queda claro, patente y manifiesto es el hecho de que, en no pocas circunstancias, nuestras AAPP han de asumir dentro de sus plantillas a un gran número de trabajadores que proceden de este tipo de situaciones y que los tribunales de justicia los catalogan dentro de sus resoluciones judiciales como indefinidos no fijos. Lo cual pone de manifiesto otra aporía más en cuanto al acceso al empleo público de nuestro país como consecuencia de estas circunstancias y de la interrelación de las normas tanto administrativas como laborales.

4.3. La sucesión de empresas: a vueltas con la reversión de los servicios públicos (la incidencia del artículo 44 del ET)

Además de lo anteriormente analizado, donde realmente se producen una serie de aporías normativas en relación al acceso al empleo público como consecuencia de la reversión de servicios es en la aplicación del art. 44 del ET⁴¹. Desde el punto de vista laboral dicho artículo introduce todo el régimen jurídico aplicable a la sucesión de empresas que, en el caso de la colisión de las normas administrativas con las laborales, permite la inclusión de dicho personal en la categoría de indefinido no fijo en el seno de nuestras Administraciones. Con carácter general, toda vez que se produce una sucesión de empresas, el nuevo empresario quedará sujeto al cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social. La consideración de sucesión de empresas parte del hecho de que “la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (ex apartado 2 del art. 44 del ET)⁴².

39 “La noción legal de “propia actividad” siempre ha sido objeto de controversia, pues constituye un concepto jurídicamente indeterminado que tiene la funcionalidad de limitar al ámbito de aplicación de la normativa de garantía de los derechos de los trabajadores en los supuestos de subcontratación empresarial”. Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 279.

40 En similares términos se manifiesta Monereo Pérez en: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, op. cit., p. 282.

41 Acorde con la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

42 “La denominada subrogación legal es aquella que se produce de conformidad a lo dispuesto por el art. 44 ET; es decir, cuando hay una verdadera transmisión de empresa (...), generando los efectos tuteladores para los trabajadores tal como los establece el propio art. 44 ET”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 44.

En el caso de la reversión de servicios en las AAPP no siempre se dan las circunstancias para que la Administración reversora haya de atender a las obligaciones previstas en el art. 44. No obstante, sí que concurren toda una serie de situaciones para que ello suceda. Para que haya una verdadera sucesión de empresas la empresa saliente ha de transmitir a la Administración Pública un conjunto de bienes materiales que conlleven la consecución del servicio revertido en cuestión. Por tanto, el factor clave y determinante para que esta cuestión de la transmisión tenga un efecto positivo es la transmisión de bienes patrimoniales o, en su caso, de la mano de obra cuando esta sea esencial para el cumplimiento del servicio que se venía prestando, dado que la actividad descansa básicamente en la mano de obra y no en la transmisión de bienes tal y como recoge la STS de 9 de julio de 2014 y las STJUE de 10 de diciembre de 1998 (C-173/96 y C-247/96, asunto Sánchez Hidalgo y otros)⁴³. Aceptando esta posición y avalando la sucesión de empresas y la subrogación de trabajadores que pasarán a formar parte de la Administración debido a la transmisión de bienes patrimoniales nos encontramos con la STS de 30 de mayo de 2011 en relación con el Ayuntamiento de Sevilla, donde se resalta el hecho de que, para que se produzca dicha subrogación empresarial han de darse las circunstancias arriba indicadas⁴⁴. A pesar de todo ello, habrá que estar a cada caso concreto para resolverse la cuestión, puesto que no siempre es fácil dicha determinación. Todo lo que complica aún más la interpretación de las normas y la aplicación de las mismas dependiendo de cada situación jurídica concreta, puesto que la consideración o definición de medios propios y de propia actividad será determinante para que se lleve a cabo dicha sucesión de empresas.

Otro de los factores fundamentales en este tipo de cuestiones y que también se recoge en el apartado 4 del art. 44 del ET es el caso de la negociación colectiva. Si se plantease la situación de que el convenio colectivo de aplicación reflejase el hecho de que la empresa reversora hubiese de atenerse a la sucesión de plantilla, la Administración Pública debería asumir al personal de la empresa saliente. Ya lo apuntábamos *ut supra*. Pero para que este caso se efectúe, la Administración en cuestión ha de haber formado parte de la mesa de negociación del convenio de aplicación⁴⁵. Todo ello genera en ocasiones cierta controversia sobre cuál será el convenio de aplicación toda vez que se ha producido la reversión de empresas⁴⁶. Nos encontraríamos en este caso, no ante

43 *Vid.* Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit. pp. 48-49. Asunto tratado también de una forma oportuna por parte de: López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social*, en *Revista Galega de Dereito Social* - 2a etapa: (RGDS), núm. 3, 2017, pp. 122-126.

44 “La reversión no es en sí misma un supuesto o situación de sucesión de empresas, sin embargo, en aquellos casos en los que se transmite la organización productiva, estaremos dentro del ámbito del art. 44 ET y, consecuentemente, será de aplicación la subrogación empresarial prevista como mecanismo de tutela para los trabajadores prevista por el citado precepto”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 47.

45 La doctrina judicial ha denegado la posibilidad de imposición de la subrogación vía convenio colectivo tal. Véase para el caso la STS de 17 de junio de 2011 (Ayuntamiento de Yunquera de Henares) que hace referencia a la STS de 10/12/08 que, a su vez, cita a la STS de 28/10/1996 que ya señalaba que “el convenio colectivo no puede (...) en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”. *Vid in extenso*: Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrata: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., p. 52.

46 En ese sentido, frente a los posibles escenarios que se podrían suscitar ante una reversión de servicios públicos véanse las posibles alternativas planteadas por parte de: Vila Tierno, F. y Gómez Salado, M.A., “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *GAAP. Nueva Época*, 21, 2019, p. 18. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10585>.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

639

una sucesión de empresas en sentido estricto, sino en un caso de subrogación laboral. No resuelve del todo la cuestión tampoco los preceptos introducidos por parte del RD-ley 32/2021 en ese sentido. Ni si quiera para aclarar el convenio colectivo de aplicación, en su caso.

Como podemos observar, una cuestión altamente compleja, con mucha casuística, con muchas aristas y con multitud de opciones posibles en las que han de dirimir -necesariamente-, en cada caso concreto, los tribunales de justicia, puesto que no siempre quedan claras las situaciones posibles de reversión de servicios en sentido estricto. De lo que se deduce que, aunque no todos los casos de reversión de servicios por parte de las Administraciones conllevan una sucesión de empresas y de sus trabajadores, cuando se dan ciertas circunstancias determinantes y admitidas por la jurisprudencia, dicha reversión sí que ha de llevarse necesariamente a cabo. Lo que plantea una aporía en cuanto al acceso al empleo público se refiere. Aunque a este personal no se le considere como empleado público en puridad, sí que forma parte del sistema a todos los efectos.

Donde sí se aplica definitivamente el art. 44 del ET de forma general es en los supuestos de cambio de titularidad de las AAPP⁴⁷: absorción de entes instrumentales, desaparición y asunción de funciones por un organismo público, fusión de municipios, absorción de Fundaciones y Sociedades Mercantiles o de Consorcios⁴⁸. Como podemos observar, la casuística y la complejidad del asunto no es una cuestión para nada fácil ni de delimitar ni de resolver en multitud de ocasiones⁴⁹. Sobre todo, si se tiene en cuenta la amplitud de nuestro sector público y la indeterminación e indefinición de nuestro ordenamiento jurídico al respecto.

En ese sentido, y a modo de recapitulación, nos encontramos con una serie de escenarios posibles en materia de sucesión de empresas dentro de las Administraciones Públicas que vamos a intentar resumir de una forma esquemática:

- Que se produzca una transmisión de elementos instrumentales, o una transmisión de la infraestructura y de su organización productiva necesaria para la continuidad del servicio. Lo que conllevaría la aplicación directa del art. 44 del ET⁵⁰.

47 Al respecto del cambio de titularidad de empresas desmaterializadas véase el interesante trabajo de: López Insua, B.d.M., “El cambio de titularidad de ‘empresas desmaterializadas’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Molina Navarrete, C. (Coordinador), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Monografías de Temas Laborales, núm. 61, 2019, pp. 437-460. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlportal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografias-Portlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=8.

48 *Vid.* Monereo Pérez, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *op. cit.*, p. 285.

49 Véase el interesante trabajo de: García Pérez, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: De la directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18. Cátia Correira Moreira municipio de Portimao”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 203, 2020, pp. 49-94.

50 Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y López Insua, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *GAPP. Nueva Época*, núm. 22, Noviembre-Abril 2019, p. 44. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10630>.

- Que se esté ante una entidad económica donde lo relevante sea la mano de obra y no la infraestructura. Operaría la doctrina de la sucesión de plantilla⁵¹.
- La subrogación convencional de la plantilla. Siempre que la Administración haya formado parte de la mesa de negociación del convenio de aplicación⁵².
- Que lo contemple así el Pliego de Condiciones Administrativas que regulara la concesión (ex art. 98 de la LCSP)⁵³.
- Los supuestos de cambios de titularidad: absorción de entes instrumentales, desaparición y asunción de plantillas por un organismo público, fusión de municipios, absorción de Fundaciones, Consorcios y Sociedades Mercantiles⁵⁴.
- Que se produzca un acuerdo entre empresa cedente y cesionaria aun no concurriendo las circunstancias previstas en el art. 44 del ET, y aun cuando no esté contemplado en el convenio de aplicación y no lo recoja así el pliego de condiciones administrativas. Dichos contratos rondan lo puramente Civil en estos casos⁵⁵.

Como podemos observar, toda una serie de escenarios que dependerán de muy diversas y variadas circunstancias y de cada caso en cuestión que complican aún más toda esta serie de situaciones que venimos tratando y que la normativa en vigor no termina de clarificar de una forma definitiva. De manera que se habrá de estar para cada situación concreta a lo que vengán a resolver los tribunales de justicia ya que la casuística es enorme, los detalles de cada una de las posibles situaciones y sus matices son diferentes, lo que podría derivar en resoluciones totalmente contradictorias. Pero lo que sí queda reflejado de una manera clara y expresa de lo que venimos analizando es que, si se dan las circunstancias, se efectúa la inclusión de este personal en el seno de nuestro empleo público con la consideración de indefinidos no fijos. Toda una serie de manifestaciones que muestran esa complejidad de nuestro ordenamiento jurídico donde la interrelación de la normativa administrativa y laboral se encuentra repleta de aristas legales contradictorias que permiten el acceso a la función pública de nuestro país de esta categoría de personal. Cuestión toda ella que, en relación a la normativa interrelacionada y a las modificaciones introducidas por la LPGE 2021 con la rehabilitación de las Agencias Estatales, pueden acarrear que en el futuro se abra un poco más -si cabe- la “caja de truenos” en el seno de nuestras Administraciones. Un problema que se podría calificar, como poco, de estructural⁵⁶.

La Ley 20/2021, de 28 de diciembre no introduce elementos limitativos en relación al tema que nos ocupa. Por su parte, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre que procura la reforma laboral en nuestro país, en relación a la problemática del personal laboral del sector público introduce toda una serie de modificaciones normativas que, en cierta forma, limitarán y controlarán la

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*, p. 45.

53 *Ibidem*, p. 46.

54 *Ibidem*, p. 285.

55 *Ibidem*, p. 47.

56 En ese sentido, la Disp. adic. 110ª de la LPGE para el año 2022 dispone la creación de la Agencia Estatal de Administración Digital. Por otro lado, la Disp. adic. 130ª crea la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial. La Disp. adic. 116ª determina la creación del organismo autónomo Centro Universitario de Formación de la Policía Nacional. Por su parte, la Disp. adic. 118ª crea el consorcio Centro Nacional de Investigación en Almacenamiento Energético.

temporalidad en el sector público hasta cierto punto. Pero los preceptos introducidos no terminan de eliminar la posibilidad de la catalogación como indefinido no fijo como consecuencia del fraude en la contratación y, para el caso que nos interesa, tampoco en los casos de reversión de servicios públicos. Y no sólo eso, sino que se plantea la posibilidad futura de que, no sólo no se resuelva la cuestión, sino que se complique aún más como consecuencia de la compleja interrelación de la normativa administrativa y la laboral. Parece augurarse una nueva etapa de conflictividad y de cuestiones prejudiciales en los próximos años donde la intervención del TJUE volverá a ser determinante⁵⁷.

5. DE LAS POSIBLES SOLUCIONES

Todo lo anteriormente expuesto pone de manifiesto el hecho de que esta cuestión de la subcontratación y de la posterior reversión de los servicios públicos no es sino una mera manifestación más de parte de la problemática estructural que posee nuestro sistema de empleo público en cuanto al acceso irregular al mismo derivado de este tipo de situaciones anómalas que el legislador no termina de regular con un encaje legal que aporte soluciones reales, efectivas y equitativas al objeto de resolver este tipo de circunstancias⁵⁸. Las posibles soluciones al respecto de las cuestiones que venimos abordando pueden ser o no “hartamente complejas”. Todo depende de la voluntad del legislador nacional. Como propuesta de *lege ferenda* se puede barajar la posibilidad de la introducción y de la modificación de preceptos normativos de carácter básico y estatal que eliminen este tipo de aporías normativas respetando la primacía en la aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001. La modificación de los arts. 42, 43 y 44 del ET de cara a eliminar de una forma taxativa este tipo de circunstancias anómalas es una clara opción. Lo anterior tendría que ir unido -cómo no- a una modificación tanto de la LCSP como del TREBEP que refuercen todas estas cuestiones. Por otro lado, también se podría barajar la posibilidad de la creación de un régimen jurídico especial para este tipo de trabajadores. Régimen jurídico claramente laboral y que supondría la creación de una relación laboral de carácter especial no contemplada hasta el momento en el art. 2 del ET⁵⁹. Lo que sí que queda claro es la necesidad de una reforma de la normativa⁶⁰.

57 Cfr. Beltrán de Heredia Ruiz, I., “El empleo laboral temporal en el sector público a la luz de la DA 17ª EBEP (y del RD Ley 32/2021)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2022/02/06/el-empleo-laboraltemporal-en-el-sector-publico-a-la-luz-de-la-da-17a-ebep-y-del-rdley-32-2021/> .

58 En palabras de Castillo Blanco, “hay, (...) demasiados intereses creados para poder creer que verdaderamente se quieren encontrar soluciones a los problemas que se plantean cotidianamente”. Castillo Blanco, F.A., “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 13, 2011, p. 99. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20(2).pdf) .

59 En un interesante trabajo de 2017, se aludía incluso a la posibilidad de que se pudiese crear -derivado de toda esta problemática e indefinición- “una nueva figura, la del trabajador no empleado público”. López Cumbre, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, op.cit., p. 101. Otra solución es la posibilidad de que las AAPP que se encuentren en esta situación “creen sociedades mercantiles que tengan como fin gestionar el servicio revertido y acoger a los trabajadores (...), lógicamente bajo el régimen laboral común”. Gorelli Hernández, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, op. cit., pp. 59-60.

60 Así se pone de manifiesto en: Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, M.N. y López Insua, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, op. cit. p. 51.

No obstante, y de cara a proteger los derechos de los trabajadores que se encuentran en esta situación, hasta el momento la única opción legal que se baraja es la de los procesos de consolidación de empleo temporal. En este caso hablaríamos de una laboralización o de una funcionarización de esta categoría de personal indefinido no fijo⁶¹. Lo que quedaría a criterio de cada una de las Administraciones. Pero dichos procesos de consolidación temporal no son nada nuevo en el seno de nuestra función pública⁶². Sin ánimo de exhaustividad en su enumeración, una de las primeras referencias en ese sentido la encontramos en la Disp. trans. 5a del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado. Por su parte, el Real Decreto-ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y personal militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, contemplaba el primero de ellos en una etapa pre- democrática en su Disp. adic. 5a. Otro de los procesos de estabilización que se han llevado a cabo es el que introduce la Disp. trans. 6a de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública. También contempla esta norma un acceso restringido dentro del marco de las transferencias de personal que se produjeron desde la AGE a las CCAA en el apartado 5 de la Disp. trans. 8a. Por su parte, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su art. 39 establece también procesos selectivos de consolidación de empleo temporal⁶³. Se suman a los anteriores los procesos de consolidación previstos en la Disp. trans. 4a del EBEP de 2007 y en la Disp. trans. 2a del TREBEP de 2015. Recoge preceptos en ese sentido la LPGE para el año 2017 en su art. 19.Uno.6. En lo que concierne a las Sociedades Públicas Mercantiles, la Disp. adic. 15a de la misma LPGE, en su apartado 5 recogía que, de forma adicional, se podrían realizar “procesos de consolidación de empleo temporal (...) con un límite del 15 por ciento de su tasa de reposición”. En esa misma línea, la LPGE para el año 2018, en su art. 19.Uno.9 determinaba que, además de lo establecido en la LPGE para el año 2017, se autorizaba “una tasa adicional para la estabilización de empleo temporal que incluirá las plazas de naturaleza estructural”. Todo ello con la idea de reducir la temporalidad en el seno de nuestras AAPP por debajo del 8%. Se vuelve a establecer para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas y las Entidades Públicas Empresariales, en base a la Disp. adic. 29a de la misma Ley de Presupuestos medidas de estabilización temporal.

La Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, en su Disp. adic. 23a, establecía que “la tasa adicional para la estabilización de empleo temporal en los términos y condiciones que regula (...) la Ley 3/2017, de 27 de junio, (...) incluirá hasta el 100 por ciento de las plazas que, estando dotadas presupuestariamente, hayan estado ocupadas de forma temporal e ininterrumpidamente al menos en los tres años anteriores a 31 de diciembre de 2016”. A través de la Disp. trans. 4a de la misma ley, con carácter excepcional se ampliaba “hasta el 31 de diciembre de 2021 el plazo para aprobar y publicar los procesos de estabilización de empleo temporal” a que se referían las disposiciones adicionales vigésima novena, trigésima y trigésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales

61 *Vid.* Peña Molina, M., “La ‘funcionarización’ de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, en *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 40, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505554>.

62 Cfr. Ojeda Avilés, A. Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas, Granada, Editorial Comares, 1998.

63 *Vid in extenso* sobre esta cuestión: Rivera Sánchez, J.R., “La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española”, *Revista internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 5, núm. 3, julio-septiembre de 2017, pp. 83-85. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/505.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

643

del Estado para el año 2018. Por su parte, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, en su art. 2, procuraba un último proceso de estabilización de nuestro empleo temporal que sería adicional a lo ya previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2017 y 2018⁶⁴.

Los límites de los procesos de estabilización temporal han sido considerablemente ensanchados por parte de la definitiva Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. En ese sentido, podrán concurrir a dichos procesos todo aquel personal que viniese sufriendo la temporalidad de forma ininterrumpida al menos tres años antes al 31 de diciembre de 2017, unificando la aplicación de un mismo sistema para todos los procesos de estabilización contemplados por parte de las LPGE para los años 2017 y 2018, y también para el último previsto en el art. 2 de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre. En dichos procesos se incluirán las plazas ya incluidas en las OEP de estabilización que no hayan sido convocadas, o que si lo han sido hayan quedado desiertas. Además, tendrán que ser plazas de estructura y dotadas presupuestariamente. Para todo ello se establece, en base a la Disp. adic. 6a, “por tan sólo una vez”, y de forma “excepcional” el sistema de concurso de méritos donde se computará hasta un 40% sobre todo la experiencia, no siendo eliminatorios los ejercicios de la fase de oposición⁶⁵. A lo que nos interesa, para el caso de las Sociedades Mercantiles Públicas, de las Entidades Empresariales, de las Fundaciones y de los Consorcios del Sector Público (cuestión que no contemplaba la redacción del RD-ley 14/2021), a dichos procesos de estabilización les será de aplicación el mismo régimen jurídico en base a lo previsto en la Disp. adic. 7a.

Como se puede observar, con mayor o menor acierto, se ha legislado en *pro* de solucionar los problemas de las altas tasas de temporalidad de nuestras AAPP que, en los últimos años, podría decirse que ha llegado a ser considerado como un problema realmente endémico. A ellas también pueden concurrir los indefinidos no fijos que han obtenido dicha categoría a causa de un proceso de reversión de servicios. No obstante, y a pesar de todo lo anterior, lo que no se ha hecho es legislar en *pro* de eliminar todo este tipo de aporías normativas que, en el caso de la subcontratación de servicios y su posterior reversión, eliminan de una vez por todas este tipo de circunstancias. Hay que tener presente en todo este asunto el hecho de que los procesos de consolidación plantean también una dificultad en cuanto a su consecución⁶⁶, puesto que muchas Administraciones (sobre todo las EELL pequeñas y medianas) no tienen ni siquiera configuradas las relaciones de puestos de trabajo, tienen poco diferenciados el personal de estructura y, en muchas ocasiones, las funciones que realizan los empleados públicos enmarcados en estas categorías no tienen nada que ver con el encaje administrativo que la Administración en cuestión ha efectuado. Lo que plantea un problema a la hora de baremar la experiencia profesional en los procesos de concurso.

64 Obsérvese el interesante análisis llevado a cabo por parte de: Boltaina Boch, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 51, julio a septiembre de 2021, p. 1-30. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna-1-el-real-decreto-ley-14-2021-sobre-personal-interino-y-estabilizacion-la-compleja-aplicacion-transitoria-en-la-administracion-local.pdf>.

65 La Disp. adic. 6a también contempla la posibilidad de crear bolsas de trabajo diferenciadas para el personal funcionario interino y para el personal laboral. En la redacción inicial del RD-ley 14/2021 tan sólo se contemplaba dicha posibilidad de forma expresa para el personal funcionario interino.

66 Cfr: Puerta Seguido, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003, pp. 293-340.

Todo ello en su conjunto sigue suscitando una serie de retos de futuro para el legislador. Puesto que la cuestión no está definitivamente resuelta, tal y como se refleja tras la presentación del Auto del 27 de julio de 2021, mediante el cual, el Magistrado Xavier González de Riviera, titular del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, plantea una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE cuestionando el encaje de la figura del indefinido no fijo en el marco de la Directiva 1999/70. Se reclama la consideración de “empleado público fijo”. En caso de prosperar plantearía una importante dicotomía puesto que el TREBEP, en su art. 8.2.c) ya contempla la figura de personal laboral fijo, pero siempre que se superen los procedimientos selectivos cumpliendo los estrictos límites constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las pruebas⁶⁷.

6. CONCLUSIONES

El fenómeno de la subcontratación de servicios de titularidad pública para su ejecución por parte de empresas privadas ha proliferado a lo largo de las últimas décadas en nuestro país. La configuración de dichos procesos, tanto en lo que concierne a su concesión como en lo relativo a su posterior reversión, ha sido objeto de configuración legal. No obstante, de la compleja interrelación entre la normativa administrativa y laboral surgen una serie de colisiones normativas que permiten que, una vez que se hayan producido las reversiones de servicios, y siempre que concurren una serie de circunstancias, dicho personal podría pasar a formar parte de nuestro sistema de empleo público bajo la consideración de indefinido no fijo.

Los datos estadísticos sobre el número total de empleados públicos de dicha categoría no quedan del todo claros. Y mucho menos los que provienen de la subcontratación y posterior reversión de servicios. Pero parece ser que a lo largo de las últimas décadas ha aumentado su número. Con lo cual, este tipo de aporías normativas han permitido un acceso al sistema de empleo público de nuestro país con un régimen jurídico ciertamente *sui generis*. Dicho personal permanecerá en nuestras Administraciones hasta que no se convoque la plaza o se amortice la misma. Situación que se ha venido manteniendo, en la mayoría de las ocasiones *sine die*.

Las soluciones que se han venido aportando por parte del legislador hasta el momento han ido en la línea de procurar procesos de consolidación y de estabilización de empleo temporal, pero no se han adoptado criterios normativos contundentes en aras de eliminar todo este tipo de situaciones. Ni si quiera con las últimas reformas vertidas por parte del legislador a finales del año 2021. Es por ello por lo que se considera por nuestra parte como necesaria una intervención verdaderamente eficaz desde el punto de vista legal al objeto de eliminar este tipo de aporías normativas en el seno de nuestro ordenamiento jurídico que provocan un acceso indirecto a nuestro sistema de empleo público.

67 *Vid.* Beltrán de Heredia Ruiz, I., “¿Fijeza o indefinido no fijo? Nueva cuestión prejudicial cuestionando la respuesta laboral a la temporalidad abusiva (Auto JS/3 Barcelona 27/6/21)”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponible en: <https://ignasi-behran.com/2021/07/30/fijeza-o-indefinido-no-fijo-nueva-cuestion-prejudicial-cuestionando-la-respuesta-laboral-a-la-temporalidad-abusiva-auto-js-3-barcelona-27-6-21/> .

7. BIBLIOGRAFÍA

ARENILLA SÁEZ, M. Y DELGADO RAMOS, D., “¿Hay muchos empleados públicos en España? Eficiencia y efectividad en el contexto de la OCDE”, *Revista de Administración Pública*, 193, 2014, pp. 297-334. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40204> .

ARRIETA IDIAKEZ, F.J., “¿Está justificada la extensión de la figura del indefinido no fijo que realiza la los trabajadores de sociedades mercantiles públicas la STS de 18 de junio de 2020 (R°. 2811/2018, Sala de lo Social)?”, *Labos*, Vol. I, núm. 3, 2020, pp. 109-120. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/issue/view/623> .

BAQUERO AGUILAR, J. “El ‘indefinido no fijo’ y el sector público en nuestro país”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, 1, 2020, pp. 291-295. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7617134> .

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Personal interino del sector público y nombramientos abusivos a la luz del asunto ‘Sánchez Ruiz/Fernández Álvarez’”, *Personak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 18, 2020, pp. 8-37. Disponible en: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Beltran_8_37.pdf .

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *Indefinidos no fijos. Una figura en la encrucijada*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2021.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Amortización simple de indefinidos no fijos: tampoco procede en las extinciones anteriores a la reforma de 2012”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 173, 2015, pp. 139-146.

BOLTAINA BOCH, X., “El Real Decreto Ley 14/2021 sobre personal interino y estabilización: la compleja aplicación transitoria en la Administración Local”, *Revista digital CEMCI*, núm. 51, julio a septiembre de 2021, pp. 1-30. Disponible en: <https://revista.cemci.org/numero-51/pdf/tribuna-1-el-real-decreto-ley-14-2021-sobre-personal-interino-y-estabilizacion-la-compleja-aplicacion-transitoria-en-la-administracion-local.pdf> .

CASTILLO BLANCO, F.A. (Dirección) y VILA TIERNO, F.A. (Coordinación)., *Público y Privado en la gestión de los servicios públicos: reestructuración, externalización y reversión a la Administración*, Colección INAP INVESTIGA. Serie INNOVACIÓN ADMINISTRATIVA, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019.

CASTILLO BLANCO, F.A., “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 13, 2011, pp. 97-127. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-ElEmpleoPublicoLocal-5547436%20(2).pdf) .

CCOO, *Análisis EPA 3º Trimestre 2021 sobre empleo público*, Nota de prensa, 29 octubre 2021 Disponible en: <https://fsc.ccoo.es/53e262e790f454b0fcc820882c0da76d000050.pdf> .

CHAVES, J.R., *Vademécum de oposiciones y concursos*, Salamanca, Editorial Amarante, 2019 (Sexta edición).

GARCÍA PÉREZ, M., “Cuestiones laborales en la internalización de servicios: De la directiva 2001/23/CE a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019. Asunto C-317/18. Cátia Correira Moreira municipio de Portimao”, *Revista española de derecho administrativo*, núm. 203, 2020, pp. 49-94.

GÓMEZ GIL, M.A., *Guía práctica de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La reversión por la administración de las contrataciones: perspectiva desde el derecho del trabajo”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas. Nueva Época*, n° 21, Mayo-Octubre 2019, pp. 41-60. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10553>.

GUERRERO VIZUETE, E., “La externalización del servicio público como causa de extinción contractual en el ámbito de las administraciones públicas”, *Reforma de las Administraciones Públicas y Empleo Público, XXXIII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Monografías de Temas Laborales, núm. 54, 2015, pp. 537-550. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=0.

LÓPEZ CUMBRE, L., “Limitaciones a la incorporación de personal laboral en el sector público. Reglas de subrogación y empleo público”, *Revista Galega de Dereito Social -2ª etapa: (RGDS)*, núm. 3, 2017, pp. 101-147. Disponible en: <http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/28/70>.

LÓPEZ INSUA, B.D.M., “El cambio de titularidad de empresas desmaterializadas’ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en Molina Navarrete, C. (Coordinador), *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Monografías de Temas Laborales, núm. 61, 2019, pp. 437-460. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias?p_p_id=BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=3&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_accion=irVerDetalle&_BuscadorMonografiasPortlet_WAR_carlportalportlets_INSTANCE_38Bd_indice=8.

LOSADA, C., ALBAREDA, A., LONGO, F. Y FÉREZ, M., *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2017.

MARTÍNEZ MATUTE, M. Y PÉREZ, J.J., “La evolución del empleo de las Administraciones Públicas en la última década”, en *Banco de España. Boletín Económico*, 4/2017. Notas Económicas, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, 135, 2016, pp. 251307. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-RepercusionesLaboralesDeLosDiversosInstrumentos-DeP-5793431.pdf>.

PONENCIA ESPECÍFICA PRESENTADA:
LA SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, SU
POSTERIOR REVERSIÓN Y LA FIGURA DEL INDEFINIDO NO
FIJO: LA PROBLEMÁTICA Y LA DIFICULTAD DE LOS PROCESOS...

647

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M.N. Y LÓPEZ INSUA, B.M., “Reorganización y modernización de las Administraciones Públicas: sucesión laboral y despidos colectivos”, *GAPP. Nueva Época*, núm 22, Noviembre-Abril 2019, pp. 40-58. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10630> .

MORENO VIDA, M.N., “La gestión privada en los servicios esenciales para la comunidad y las garantías para su mantenimiento”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 215-249. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-LaGestionPrivadaEnLosServiciosEsencialesParaLaComu-5793430%20(1).pdf) .

NORES TORRES, L. E., “El alcance de la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 42 del ET”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, Vol. 10, núm. 1, 2020, pp. 343363. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7202475> .

OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las administraciones públicas*, Granada, Editorial Comares, 1998.

PEÑA MOLINA, M., “La funcionarización de laborales indefinidos no fijos de plantilla”, *Revista General de Derecho Administrativo. Iustel*, 40, 2015. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505554> .

PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2003.

RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La sostenibilidad del empleo temporal en la Administración Pública española”, *Revista internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 5, núm. 3, julio-septiembre de 2017, pp. 77-102. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/505 .

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Contratación temporal irregular en una sociedad mercantil estatal: la aplicación de la figura del ‘trabajador indefinido no fijo’”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2020. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones//biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=eu&id=ANU-L-2020-0000001072 .

SÁEZ LARA, C., “Garantías y responsabilidades en materia salarial”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 345-369. Disponible en: <file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Dialnet-GarantiasYResponsabilidadesEnMateriaSalarial-5793433.pdf> .

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, Editorial Tecnos, 2018.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Régimen jurídico de los funcionarios interinos*, Aranzadi, 2020.

TODOLÍ SIGNES, A. Y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., *Remunicipalización de servicios, sucesión de empresa y trabajadores indefinidos no fijos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2017 (1ª edición).

VILA TIERNO, F.A. Y GÓMEZ SALADO, M.A., “Convenio colectivo aplicable y supuesto de reversión de servicios públicos”, *GAAP. Nueva Época*, 21, 2019, pP. 6-19. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10585> .

VILA TIERNO, F.A., *Problemática en materia de contratación laboral en la Administración Pública Local. Algunas cuestiones de actualidad*, Granada, Editorial Comares, 2018.