

Las relaciones laborales en las administraciones locales

Coordinador: JAVIER GÁRATE CASTRO

Serie claves del gobierno local, 2



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



DIPUTACION D ZARAGOZA

Las relaciones laborales en las administraciones locales

Las relaciones laborales en las administraciones locales

Coordinador: JAVIER GÁRATE CASTRO

Serie claves del gobierno local, 2



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Serie Claves del Gobierno Local, 2
ISBN: 84-609-1120-9



DIPUTACION D ZARAGOZA

Fundación Democracia y Gobierno Local

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
Rambla de Catalunya, 126
08008 Barcelona
General Castaños, 4, 2.º derecha
28004 Madrid

Producción y asesoramiento lingüístico: FGL. Tel. 932 370 909
Preimpresión y maquetación: Sisdigraf, SL. Tel. 933 052 450

Depósito legal: B-18056-2004
ISBN: 84-609-1120-9

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita del titular del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos.

SUMARIO

Presentación

Javier LAMBÁN MONTAÑES, presidente de la Diputación de Zaragoza.	9
Juan RIVERO LAMAS: Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general	11
Antonio V. SEMPERE NAVARRO: Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas.	49
Jaime CABEZA PEREIRO: Problemas asociados al empleo del contrato de trabajo para obra o servicio determinado por las administraciones públicas. Una referencia al contrato de inserción	105
José Enrique MORA MATEO: La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las corporaciones locales	135
Javier GÁRATE CASTRO: Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad” (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas)	153
Antonio MARTÍN VALVERDE: Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas	193
Juan GARCÍA BLASCO: La negociación colectiva en las administraciones públicas	211
José Ignacio GARCÍA NINET: La prevención de riesgos laborales en la Administración civil y militar	225

La Diputación de Zaragoza tuvo la satisfacción de dar albergue la primavera pasada a los ponentes de las conferencias origen de esta publicación y a los magistrados, jueces y funcionarios locales que asistieron al curso que sirvió de marco para su realización.

Los días 31 de marzo y 1 y 2 de abril de 2003 se celebraron las sesiones de trabajo del módulo de relaciones laborales del Curso sobre empleo local organizado por la Fundación Democracia y Gobierno Local, que consiguió aunar para llevarlo a cabo la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, del Instituto Nacional de Administración Pública y de las diputaciones de Zaragoza y Huesca.

La organización administrativa es de una extraordinaria complejidad y tiene en las personas su más importante capital. Las relaciones entre las administraciones públicas y su capital humano, que está al servicio del interés general y de los ciudadanos, están impregnadas por las instituciones del Derecho administrativo por haber optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para todos los servidores públicos. Sin embargo, el Derecho administrativo convive con el Derecho laboral y las relaciones laborales entre unos "empresarios" tan singulares como las administraciones públicas locales y los trabajadores al servicio de éstas fueron el centro de las ponencias diseñadas y coordinadas por Don Javier Gárate Castro, catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

Las singularidades de las relaciones jurídicas laborales al insertarse en el funcionamiento de unas organizaciones sometidas al Derecho público, serviciales del interés general, merecían la realización de un curso de tan alto nivel y exigían la publicación de sus trabajos.

Me siento feliz de poder encabezar con mis palabras el libro que tienen en sus manos, por presidir una de las instituciones que han impulsado que vea la luz, y felicito a todas las personas, en especial a su coordinador, y a las instituciones que hicieron posible las jornadas de trabajo y reflexión que han sido su origen.

Excm. Sr. Francisco Javier Lambán Montañés
Presidente de la Diputación de Zaragoza

Selección y contratación del personal laboral por las administraciones públicas: marco general

Juan Rivero Lamas
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad de Zaragoza*

1. Laboralización de la función pública. La opción por el régimen estatutario y el desarrollo de un sector laboral.
2. La incorporación de las técnicas de gestión privadas de personal a las administraciones públicas.
3. Régimen jurídico de la contratación laboral en las administraciones públicas: selección y contratación del personal laboral.
4. Una anómala y peligrosa extensión de los principios de Derecho del Trabajo: la incorporación a las administraciones públicas del personal laboral contratado irregularmente. La nueva figura del contrato temporalmente indefinido.
5. Protección de la estabilidad en el empleo público y fomento de la funcionarización.
6. Unas reflexiones finales.
7. Bibliografía.

1. Laboralización de la función pública. La opción por el régimen estatutario y el desarrollo de un sector laboral

1.1. El personal de servicio de las administraciones públicas en España no forma un conjunto homogéneo ni está sometido a un mismo régimen jurídico; sin embargo, todo él sirve a un Estado social y democrático de derecho en distintas administraciones, formando parte de la organización de éstas a través de órganos “creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley” (artículo 103.2 de la CE). La existencia de un personal funcionario

provisto de un estatuto jurídico estable fue, en muchos países, en los orígenes del Derecho del Trabajo, un referente de garantías a alcanzar para los trabajadores dependientes del sector privado, entonces carentes de ellas.

En menos de un siglo, el panorama ha cambiado mucho: las administraciones no sólo tienen a su servicio funcionarios, porque el incremento del número de trabajadores sometidos a régimen laboral en el sector público ha sido un proceso continuo, con el que se ha creado una dualidad de situaciones en la Administración pública contemporánea y, también, en la realidad del empleo público en nuestro país. Pero, simultáneamente, en la función pública se ha operado un proceso de “laboralización” (o privatización), lo que significa una “desvirtuación” de sus elementos cardinales (J. R. Parada Vázquez, 1989; 342) como sistema de organización de los funcionarios regidos por un estatuto y estructurados en cuerpos jerarquizados, dentro de los cuales se les garantiza una carrera. Esta “laboralización” ha supuesto una transferencia a la función pública de técnicas e instrumentos de regulación y de garantía de los derechos que se habían venido configurando a lo largo del pasado siglo para los trabajadores dependientes del sector privado. En el decurso de este proceso aparece un grupo de empleados públicos que se rige por el Derecho del Trabajo, mientras que el contenido de la relación de empleo público funcional incorpora derechos reconocidos originariamente a los trabajadores del sector privado. Aún más, el régimen estatutario de los funcionarios, que en su origen se había modelado, a partir de una concepción orgánica por la ley, el reglamento y el ejercicio de las potestades administrativas de autoorganización, se hace permeable y compatible con el ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva, el derecho de huelga y demás instrumentos de autodefensa colectiva. Puede decirse, en síntesis, que la fuerza operativa de la igualdad ante la ley, de una parte, y la existencia de grupos cada vez más numerosos de trabajadores de las administraciones públicas, de otra, ha contribuido a operar un cambio sustancial en el régimen jurídico de la función pública, que ha tratado de asimilar la inclusión de un sector de empleados laborales y de un conjunto de técnicas de garantías de derechos de autoprotección colectiva con las funciones del ordenamiento administrativo y el cumplimiento de los fines públicos.

La incorporación de personal en régimen laboral a las administraciones públicas se intensificó en España en el período comprendido entre 1984 y 1988, quedando frenado como consecuencia de la STC 99/1987, de 11 de

junio, y de manera firme y rotunda en la Administración del Estado por la nueva redacción de algunos preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública (LRFP), por la Ley 23/1988, de 28 de julio. A partir de esta última regulación, la excepción debe ser la incorporación de personal laboral, porque la opción genérica que se deriva de la Constitución (artículo 103.3 y artículo 149.1.18) es –conforme ha entendido el Tribunal Constitucional, aunque posiblemente cabrían otras lecturas e interpretaciones– por el estatuto funcionarial. Como consecuencia de la reforma legal, se está operando un continuado proceso de funcionarizaciones, en medio del cual aún nos encontramos, con el que se trata de reconducir a un marco jurídico general situaciones de empleo laborales estables y de contrataciones temporales de fisonomía diversa.

En todo caso, interesa resaltar que el proceso de laboralización va más allá de la opción preferente por el vínculo laboral para incorporar a las administraciones públicas a las personas a su servicio: afecta también, y con carácter prioritario, al mismo sistema estructurador de la función pública, a su régimen jurídico, a los institutos laborales que proyectan su aplicación en el sector público, a las fuentes de regulación y a los instrumentos de autodefensa de quienes están sometidos a un régimen estatutario.

1.2. La redacción originaria del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de la LRFP, vino a establecer que correspondía al Ministerio de la Presidencia especificar los puestos de trabajo que se reservaban a los funcionarios públicos “en atención a la naturaleza de su contenido”. Con ello, a través de esta fórmula deslegalizadora, se pretendió suprimir la reserva de ley en un punto crucial, como lo era la regla general según la cual la provisión de puestos de trabajo de las administraciones por funcionarios se decidiría por el mencionado departamento ministerial. El Tribunal Constitucional estimó, en parte, la impugnación planteada en un recurso de inconstitucionalidad (núm. 763/1984), privando a la Administración del Estado de tal poder respecto del personal especificado en el apartado 1.º del artículo 1.º de la LRFP, lo que puso de manifiesto, de manera frontal y terminante, en la Sentencia 99/1987. Para el Tribunal Constitucional, la solución prevista en la ley constituía una “conculcación” de la reserva legal que establece el artículo 103.3 de la CE, y, en consecuencia, “una plena renuncia del legislador a su tarea de establecer en este punto, ciertamente crucial para la estructura de las administraciones públicas y de la propia función

pública, condiciones y límites materiales sobre las determinaciones concretas que puedan ser adoptadas por los órganos de la Administración". No existían en la ley impugnada unas especificaciones suficientes que prestaran el "necesario encuadramiento legislativo" para la aplicación o el desarrollo de la ley, ante la insuficiencia e indeterminación del criterio de remisión a la "naturaleza del contenido" de los puestos que se debían reservar a funcionarios. Todo ello llevaba al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucional y nulo el último inciso del artículo 15.1 de la LRFP [F] 3.d)].

La Sentencia 99/1987 [F] 3.d)] conectaba la reserva de ley impuesta por el artículo 103.3 de la CE, sobre el acceso a la función pública, a una "opción genérica de la Constitución (artículos 103.3 y 149.1.13) a favor de un régimen estatutario para los servidores públicos", por lo que debía ser la ley también la que permitiera excepcionar la previsión constitucional, garantizando, así, "una efectiva sujeción de los órganos administrativos, a la hora de decidir qué puestos concretos de trabajo puedan ser cubiertos por quienes no posean la condición de funcionarios".

Aunque el contenido del "régimen estatutario" –expresión que figura en el artículo 149.1.18 de la CE– no se puede definir en abstracto y *a priori*, el Tribunal Constitucional avanza una serie de cuestiones que debían formar parte de su contenido en la mencionada Sentencia 99/1985. Por lo demás, aunque no se refiera expresamente el Tribunal Constitucional al carácter de "garantía institucional" del concepto de función pública, claramente alerta sobre su contenido y respeto, ya que la regulación legal debe respetar la "reserva constitucional", de manera que "sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos [...] incluidos en el Estatuto funcionarial, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de ley en la labor que la Constitución le encomienda" [F] 3.c)]. En definitiva, el Tribunal Constitucional apuntaba al legislador ordinario un elenco no cerrado de materias que constituyen, entre otras, "los aspectos de la función pública que debe necesariamente regular porque conforman su estatuto", al tiempo que ordenaba determinar en la ley los supuestos y las condiciones en que se pueden reconocer otras vías de acceso al servicio de la Administración pública compatibles con aquel estatuto, para así protegerlo de unos riesgos de disolución por el vaciamiento de su contenido, o por la exclusión de los sujetos sometidos potencialmente al mismo, a través de ampliaciones para incorporar personal no funcionario.

1.3. Ciertamente, la regulación originaria de la LRFP no atentaba en su artículo 15.1 contra la figura del funcionario sometido a un régimen estatutario propio, sino contra la falta de reserva de ley para excluir su aplicación. Constituye, y sigue siendo, una laguna de aquella ley el no haber atribuido carácter de “base” del régimen estatutario (artículo 1.3) a la distinción entre el personal funcionario y el laboral. La técnica utilizada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, que incorporó al texto de la LRFP de 1984 los cambios imperados por la STC 99/1987 para garantizar la aplicación del régimen estatutario funcional, consistió en establecer, como regla general, que “los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos así como los de las entidades gestoras de la Seguridad Social” serían desempeñados por los funcionarios públicos, exceptuando a continuación los que podían desempeñarse por personal laboral. Sin embargo, al carecer de carácter básico este precepto, la técnica fuerte de la Ley de bases para salvaguardar el núcleo esencial de la institución no era de obligada aplicación directa por las comunidades autónomas, salvo que se residenciase por éstas en las correspondientes leyes de funcionarios o no se estableciera una regulación propia en éstas, en cuyo caso sería de aplicación sólo como derecho supletorio (núm. 5, del artículo 1.º de la LRFP).

Este vacío regulador en la identificación de los puestos de trabajo de las administraciones de las comunidades autónomas a cubrir por empleados laborales, se ha resuelto en la existencia de una diversidad de regulaciones, si bien con el límite siempre del respeto a la reserva de ley para determinar los puestos de trabajo que se pueden cubrir con personal laboral, lo que, en principio, debe tener carácter excepcional (STS de 28 de noviembre de 1994, Aranzadi 658, y de 3 de octubre de 1997, Aranzadi 7125; cf. M. Godino Reyes: 1996; 100. R. Roqueta Buj: 2000; 148). Este modo de proceder se justifica en la obligada aplicación del artículo 103.3 de la CE a todas las administraciones públicas a partir de la interpretación de este precepto que ha efectuado el Tribunal Constitucional, como se desprende de la STC 85/1983, de 25 de octubre, y de –la ya mencionada– STC 99/1987.

Este punto de partida lleva a registrar el vacío de regulación de las legislaciones autonómicas que, inspiradas en la realidad originaria de la LRFP, admiten la existencia de personal laboral como situación normal y alternativa a la incorporación de funcionarios públicos (Navarra, Canarias y Andalucía), lo que constituye una situación materialmente inconstitucio-

nal; situación de anomia que se debe resolver con la aplicación supletoria del artículo 15.1 de la LRFP, a tenor de lo previsto en el artículo 1.5 de la misma (M. Godino Reyes: 1996; 102. R. Roqueta Buj: 200; 148). Menos problemas plantean las leyes de función pública de Galicia y de la Comunidad Valenciana, que establecen sistemas distintos al que introdujo la Ley 23/1988 en la LRFP, enumerando los puestos que se reservan al personal laboral, por lo que se excluye el uso indistinto del régimen administrativo o laboral. Finalmente, hay que dejar constancia de que la mayoría de las comunidades autónomas han adoptado con bastante fidelidad el modelo estatal de la Ley 23/1988, aunque en algunos casos han ampliado el catálogo de puestos que se pueden desempeñar por personal laboral y, en otros, prevén que determinados puestos puedan ser ocupados bien por funcionarios o por empleados laborales.

1.4. Distinta es la técnica legislativa de la que se parte en el ámbito de las administraciones locales para delimitar el bloque de los funcionarios respecto del personal laboral. La Ley reguladora de las bases del régimen local (LBRL) –Ley 7/1985, de 2 de abril– parte (artículo 92.2), de un lado, de la identificación de unas funciones, tareas y actividades: las que impliquen “ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería”); pero, de otro, incluye una cláusula de cierre general, comprensiva de las funciones que, en desarrollo de la precitada Ley de bases, “se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad e independencia en el ejercicio de la función”. Nada nuevo aporta el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, por cuanto se remite a la LBRL en punto a la posibilidad de contratar personal laboral por las corporaciones locales, incorporando (artículo 177) una declaración similar a la contenida en el artículo 7.1 de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 (LFC) –cuyo texto articulado, repetidamente modificado, se contiene en el Decreto 315/1964, de 7 de febrero–, y según la cual “el régimen de tales relaciones será en su integridad, el establecido en las normas de Derecho laboral” (afirmación que resulta desvirtuada por la incidencia del ordenamiento administrativo en la constitución y el régimen de las relaciones laborales, lo que se hace presente en ocasiones a través de la doctrina jurisprudencial y, sobre todo, a través de la incidencia de los acuerdos entre la Administración y los sindicatos.

En cualquier caso, la flexible técnica utilizada por la LBRL para diferenciar las funciones que son de desempeño por funcionarios y por el personal laboral, atendiendo sólo a la apreciación por las administraciones locales de la garantía e independencia de la función –no así cuando se especifican las concretas funciones–, permite poner en tela de juicio que las previsiones legales en este ámbito cumplan con las exigencias del artículo 103.3 de la CE en su interpretación por la jurisprudencia constitucional, lo que ha llevado a algunos autores (E. Martín Puebla: 1990; 94. M. Godino Reyes: 1996; 106) a proponer la aplicación supletoria de la LRFP (artículo 15.1) a la Administración local. Es en este ámbito del empleo público, por lo demás, en el que más ha proliferado la contratación de personal laboral y en el que se registran con mayor intensidad tensiones de signo diverso entre laborales y funcionarios: de estos últimos para que se les aplique derechos reconocidos a los empleados laborales, y de estos otros para convertirse en funcionarios (P. A. Martín Pérez: 1999; 1037. E. Rojo Torrecilla: 2001; 75).

1.5. La cuestión central que plantea la coexistencia del régimen estatutario de funcionarios y de empleados laborales con el ejercicio de los derechos conexos a la libertad sindical, y de forma capital con la negociación colectiva, ya se vincule o no ésta a la primera, así como respecto de la aplicación de institutos de la contratación laboral como el despido, es la de hacer compatibles figuras e instituciones que parten de concepciones organizativas diferentes, pero que en el régimen implantado por la Constitución para la función pública es preciso armonizar. La proyección de la libertad sindical, de la negociación colectiva y de los demás instrumentos de autotutela colectiva en la función pública generan un incuestionable grado de laboralización de los funcionarios, lo que se ve incentivado, además, por la existencia de empleados sometidos al régimen laboral. Pero la aplicación del Derecho del Trabajo en las administraciones públicas tiene unos límites, que son consecuencia de la configuración institucional de la función pública y de la aplicación –aunque sea parcial– del Derecho administrativo al personal laboral en ciertos momentos de la constitución y desarrollo de la relación laboral.

La aplicación de los instrumentos de autotutela colectiva para la determinación de las condiciones de empleo en la función pública, ya prevista inicialmente en la LRFP [artículo 3.2, b) y c)] y posteriormente concretada mediante la Ley orgánica 11/1985, de libertad sindical (LOLS), la Ley 9/1987, de órganos de representación (LOR), esencialmente modificada en

materia de negociación colectiva por la Ley 7/1990, de 19 de julio, y por el Real decreto legislativo 1/1995, que contiene en el presente el Estatuto de los trabajadores, están contribuyendo, sin duda, a operar una aproximación homogeneizadora entre el régimen laboral de los funcionarios y el de los trabajadores. Pero esta aproximación no puede conducir al establecimiento de una igualdad de trato entre unos y otros, como se ha encargado de precisar el Tribunal Constitucional, ya que tal consecuencia no se infiere de la Constitución; aún más, el campo de aplicación del Derecho del Trabajo a la función pública tiene como marco y límite el artículo 103.3 de la Norma Fundamental y no el artículo 35, lo que determina la existencia de regulaciones diferenciadas en los elementos configuradores de una y otra relación, careciendo de apoyo, por ello, las sospechas de arbitrariedad o de injustificada desigualdad en la ley las diferencias entre tales regulaciones que no sean irrazonables.

2. La incorporación de las técnicas de gestión privadas de personal a las administraciones públicas

2.1. Los cambios introducidos en el modelo español de función pública se iniciaron con la LRFP de 1984, modificada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, después de un período de indefinición del empleo público en la transición democrática. El modelo resultante se distancia del existente en otros países europeos, apareciendo como un híbrido del sistema norteamericano y del italiano resultante de la reforma de los años 1992-1993. La laboralización del ordenamiento de la función pública en España ha discurrido en paralelo a un aumento de volumen, en todas las administraciones, del empleo laboral, como también ha sucedido en otros países. A este personal laboral se ha aplicado el régimen de negociación colectiva de la Ley del Estatuto de los trabajadores de 1980, pero dotado de unidades de negociación propias, ya sean de carácter centralizado en el caso de la Administración del Estado y administraciones territoriales o descentralizadas para las administraciones institucionales. Sin embargo, han sido los acuerdos-marco entre la Administración del Estado y los sindicatos, así como los acuerdos para las comunidades autónomas y corporaciones locales, en sus ámbitos geográficos, los que han venido marcando las secuencias de una laboralización para el personal funcional y laboral, de caracteres peculiares, en correspondencia con su naturaleza política y

con la instrumentación de los mismos al servicio de unas finalidades de interés público: la modernización de las administraciones públicas, el conseguir una mayor eficacia y eficiencia de los servicios, el objetivo de acercar los poderes públicos a los ciudadanos, o el de conseguir un mayor grado de profesionalización de los empleados públicos, etc., son objetivos que repercuten en beneficio de toda la ciudadanía. Pero junto a tales finalidades políticas, que constituyen una programación jurídico-política para trazar las líneas de perfeccionamiento de las administraciones públicas con la participación de los representantes sindicales de los empleados públicos, estos acuerdos constituyen una forma de concertación social para encontrar puntos de acuerdo en la mejora de las condiciones de trabajo y empleo y para la regulación paccionada de ciertos aspectos de un aplazado estatuto de la función pública, además de ordenar las estructuras y los contenidos de la negociación colectiva en el sector, para instrumentar una convergencia entre el personal funcionario y laboral y abordar los grandes problemas de consolidación que se han planteado para uno y otro subsector (una muestra de este último objetivo es la inclusión de previsiones sobre la estabilización del personal laboral temporal, como se pone de manifiesto en el acuerdo Administración-sindicatos para el período 2002-2004, Resolución de 15 de noviembre de 2002, BOE de 18 de noviembre).

2.2. La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y de reforma de la función pública y de la protección por desempleo, vino a añadir nuevas expresiones de laboralización a las ya contenidas en la LRFP de 1984, a cuyo texto se han incorporado, aportando así, tal vez, anticipaciones o condicionamientos para el anunciado estatuto de la función pública. Es lo cierto, en cualquier caso, que la insuficiencia de un esquema claro y general de organización de las estructuras administrativas –en los últimos años sometidas a un proceso pluridireccional de privatización– ha supuesto, entre otras consecuencias, la aparición de entes instrumentales y de fórmulas societarias que se inscriben en la dinámica de un fenómeno más general que se viene denominando, desde tiempo atrás, “la huida del Derecho administrativo”. La Ley 22/1993, de 29 de diciembre, no parece ajena a la preocupación de introducir elementos de flexibilidad en el régimen de la relación funcional para acortar distancias entre el Estatuto de la función pública y el régimen laboral, adoptando instrumentos y figuras como los planes de empleo, la movilidad interna e interadministrativa, la jubilación parcial, etc., que ponen a disposición de los empleadores públi-

cos instrumentos de gestión y de adaptabilidad del personal similares, aunque no idénticos, a los previstos en el Derecho del Trabajo. Lo que interesa destacar de esta disposición legal en relación con el tema que nos ocupa es que estableció recursos y medios organizativos en materia de personal en las administraciones públicas que son de “uso común” en el sector funcionarial y laboral.

2.3. Los instrumentos administrativos y laborales comunes de la función pública incorporados para el tratamiento específico de materias claves, en el marco de un modelo abierto de aquélla, son los siguientes:

–Las “relaciones de puestos de trabajo” (artículos 15 y 16 de la LRFP), que se configuran como el “instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios que se precisan y de los requisitos para el desempeño de cada puesto”. Tales relaciones son el medio ordenador principal del personal al servicio de la Administración del Estado, de las comunidades autónomas y de la Administración local, con independencia de la naturaleza del vínculo para la prestación de servicios, debiendo detallar las características de los puestos, las condiciones para su desempeño, así como cuanto afecte a los aspectos retributivos.

–Las plantillas del personal, funcionarial y laboral, que deben ser objeto de fijación anual en los presupuestos de las administraciones públicas (artículo 14 de la LRFP), lo que constituye un medio de control para racionalizar las necesidades de personal permanente.

–Las “ofertas de empleo público” (artículo 18, núm. 4 y 5, de la LRFP), para atender las necesidades de recursos humanos de las administraciones públicas que no puedan cubrirse con los efectivos de personal existentes, cuya programación anual tendrá lugar, en el ámbito de la Administración del Estado, a partir de las previsiones legales contenidas en los presupuestos generales del Estado y reglamentarias aprobadas por el Gobierno.

–La elaboración, a partir de 1994, de los “planes de empleo” de las administraciones públicas (artículo 15 de la Ley 22/1993, que modifica el artículo 18 de la LRFP), que constituyen el “instrumento básico de planificación global de los recursos humanos”, para especificar los objetivos a alcanzar en materia de personal, la estructura adecuada para cumplirlos, las necesidades necesarias sobre modificaciones organizativas y de puestos de trabajo, etc.; planes que pueden tener carácter departamental o interdepartamental, y revestir las modalidades de “planes integrales” o de “planes

operativos". No es difícil establecer un paralelo entre los planes de empleo y los planes de reconversión de empresas y sectores productivos, así como con el conjunto de medidas laborales que en estos últimos se incluyen: modificación de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, suspensiones y despidos, etcétera.

3. Régimen jurídico de la contratación laboral en las administraciones públicas: selección y contratación del personal laboral

3.1. En desarrollo de los artículos 23.2, 103.3 y 149.1.18 de la CEE el legislador ordinario ha recogido en la LRFP (Ley 30/1984, artículo 19.1) el siguiente mandato: "Las administraciones públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario ya sea laboral, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garantice en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad". Este precepto tiene carácter básico y, por ello, vinculante para todas las administraciones públicas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 1.3 de la misma ley. En definitiva, cualquier administración pública, por imperativo del principio de legalidad (artículo 9.1 de la CE), está vinculada a seleccionar el personal conforme a los principios y los procedimientos indicados. Tan sólo queda excluido el personal al servicio de las sociedades estatales o empresas públicas, que en su actuación externa se hallan sometidas al Derecho privado conforme a lo dispuesto en la ley reguladora de esas formas de empresa, en el presente incluidas en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, con las denominaciones de sociedades estatales y entidades públicas empresariales. Aunque estas entidades económicas tengan capital público, están sometidas al Derecho privado en su funcionamiento, lo que supone que, a efectos de la contratación de su personal, se las considera empresas mercantiles ordinarias [STS (4.ª) de 17 de mayo de 1999 (Aranzadi 6001), y de 22 de junio de 1999 (Aranzadi 6011)].

Para seleccionar a quien haya de prestar sus servicios laborales o funcionariales en las diversas administraciones públicas, la ley ha establecido unas exigencias que, por lo que se refiere a la contratación laboral, precisan, previamente, establecer una distinción entre el personal fijo y el personal contratado laboral.

3.2. Sin embargo, como ya se expresaba, no todos los puestos de trabajo de la Administración se pueden desempeñar por personal laboral;

antes bien, la regla general es la cobertura de los puestos de trabajo de la Administración del Estado y, a través también de la legislación específica en el resto de las administraciones públicas, por personal funcionario. El artículo 15.1.c) de la LRPF fija los puestos de trabajo que pueden ser ocupados por personal laboral. En la práctica, cada administración debe determinar en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo (RPT) los que serán desempeñados por funcionarios y aquellos otros asignados al personal laboral. El listado de estos últimos es fruto de una enumeración cerrada, que ha de interpretarse, además, restrictivamente. Hay que tener presente, también, que siendo la regla general que los puestos de trabajo se desempeñen por funcionarios, el artículo 15.1.c) no establece un mandato mediante el cual quedan reservados determinados puestos al personal laboral, sino la posibilidad de que se asignen al mismo. El movimiento de funcionarización presente es una prueba clara de que la inclusión en la órbita laboral de ciertos puestos de trabajo no es óbice para el acceso posterior a puestos de funcionarios de las personas que desempeñan funciones “coincidentes o análogas”. En definitiva, la adscripción de los puestos listados por la ley al personal laboral no constituye un mandato para las administraciones sino una facultad, por lo que es posible que las mismas funciones se desempeñen por funcionarios y por personal laboral, o sólo por una de estas clases de empleados.

En pocas palabras, interesa reparar en los puestos de trabajo que legalmente pueden ser desempeñados por personal laboral en la Administración General del Estado, según el artículo 15.1.c) de la LRFP. Como se viene poniendo de manifiesto en la Ley de presupuestos generales del Estado de los últimos años, el catálogo de puestos de trabajo o, en su ausencia, las plantillas de personal, se aceptan como instrumentos subsidiarios de las relaciones de puestos de trabajo inexistentes. En todo caso, cabe afirmar que no se puede configurar con el carácter de fijo un puesto de trabajo en la Administración más que cuando está incluido en la relación de puestos de trabajo, en el catálogo de puestos o en la plantilla presupuestaria, pues la falta de mención del puesto significa que no se ha creado por el órgano administrativo que tiene la competencia para determinar la plantilla de personal fijo.

Conforme al artículo 15.1.c) de la LRFP, los puestos que pueden ser desempeñados por personal laboral en la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, personal al servicio de la Administración militar y sus organismos autónomos, y personal funcionario de la Seguridad

Social (artículo 1.1), son los que se enumeran a continuación. Esta selección tiene un cierto valor paradigmático para gran parte de las comunidades autónomas, no ya por su especificación sino por los criterios utilizados para su selección. Tales puestos son:

a) Los de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo. Para su cobertura, es lo más frecuente que las administraciones públicas utilicen las modalidades de contratación temporal o estructural previstas en el artículo 15 de la LET.

b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos. La caracterización del tipo de trabajo repara en estos casos en la posesión de unas técnicas de naturaleza predominantemente manual, constituyendo el supuesto tradicional de trabajos realizados por personal laboral en las administraciones públicas. Sin embargo, las actividades de vigilancia, custodia y porteo coinciden con funciones encomendadas a funcionarios del cuerpo subalterno, constituyendo una actividad funcionarial incluida en los cuerpos y escalas del grupo E (artículo 25). Se trata, por consiguiente, de una actividad que puede ser ocupada indistintamente por funcionarios y por personal laboral.

c) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores. En esta larga lista hallamos tanto actividades carentes de naturaleza propiamente administrativa, aunque apoyen el cumplimiento por la Administración de la función consistente en mantener la infraestructura de unos servicios necesarios, como también actividades nuevas que precisan en la actualidad las administraciones públicas (comunicación social, encuestadores...) y otras conectadas a servicios antes asumidos por diferentes administraciones (servicios sociales y protección de menores). También en estos casos tales actividades se pueden realizar por funcionarios públicos.

d) Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica y necesaria para su desempeño. La ley repara en que se trata de puestos vinculados a los cuerpos especiales, que requieren de conocimientos técni-

cos especializados; pero para que sea posible la contratación, impone que no existan cuerpos o escalas de funcionarios con la preparación necesaria para el desempeño de esa actividad técnica.

e) Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares, que comporten el manejo de máquinas, archivo y similares. Se trata de funciones administrativas de trámite y colaboración que en el territorio nacional se desempeñan por funcionarios (artículo 23.4 de la LFCE), pero cuando se prestan en el extranjero pueden ser ocupados por personal laboral.

f) Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo. Se incluyen en este apartado las funciones auxiliares que la LFCE (artículo 23.5) atribuye al cuerpo auxiliar, y que consisten en trabajos de taquigrafía, mecanografía, despacho de correspondencia, etc. Se trata de una inclusión que tuvo lugar por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y de la que se ha dicho que tiene el valor de cláusula de cierre para incluir en las actividades a desarrollar por los empleados laborales de la Administración a los puestos que no implican ejercicio de autoridad o de prerrogativas públicas.

g) Finalmente, la ley autoriza a contratar personal laboral a los organismos públicos de investigación, en los términos previstos en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento general de la investigación científica y técnica.

3.3. Para la selección del personal laboral fijo, se han de cumplir las siguientes exigencias, que constituyen, en realidad, fases previas al momento de la contratación:

a) *La inclusión en las "relaciones de puestos de trabajo"*, que pueden comprender, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada centro gestor, el número y las características de los que pueden ser ocupados por el personal eventual, así como los de aquellos otros que pueden desempeñarse por personal laboral. Es mediante este instrumento por el que tiene lugar la creación, modificación, refundición o supresión de los puestos de trabajo en las administraciones públicas. Esta regla, contenida en el artículo 16 de la LRFP, vincula también a las comunidades autónomas y a la Administración local, sobre las que pesa el deber de confeccionar la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, haciendo constar la denominación y características esenciales de los mismos, las retribuciones complementarias que se les asignen y los requisitos exigidos para su desempeño. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del

orden social, ha modificado los artículos 15.1.b) y 18 de la LRFP para establecer que las relaciones de puestos de trabajo indiquen “en todo caso”, también “el tipo y sistema de provisión de los mismos”. Además de tratarse de previsiones legales que tienen el carácter de norma básica, conforme al artículo 1.3 de la LRFP, como ya se ha expresado, se reitera su obligatoriedad en el artículo 90.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, para las administraciones locales. En definitiva, cualquier administración pública debe incluir en la correspondiente RPT los puestos de trabajo fijos, junto con la indicación del tipo y sistema de provisión. No es preceptivo, sin embargo, que las RPT incluyan los puestos de trabajo no permanentes, pues el artículo 15.1 de la LRFP no prevé su inclusión, indicando sólo que cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente, se pueden instrumentar mediante un contrato de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal eventual o al capítulo de inversiones (artículo 15.1, *in fine*). En definitiva, como expresa la propia LRFP, las RPT son “el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades del servicio”, debiendo incluir el mismo los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto. Son también estas relaciones de puestos el medio a través del cual tiene lugar la creación, modificación, refundición o supresión de puestos de trabajo. Se trata, por lo demás, de un instrumento de naturaleza reglamentaria, por lo que no cabe su modificación o derogación singular, precisando su alteración de un expediente administrativo con todas las garantías exigibles.

Sin embargo, muchos ayuntamientos y otros organismos públicos carecen de RPT, lo que constituye una evidente dificultad para determinar el régimen jurídico aplicable a ciertos servidores de la Administración. Bajo la excusa de que no se han dictado normas reglamentarias para la aplicación de las RTP en las corporaciones locales, no son infrecuentes las situaciones en las que se impugnan las convocatorias de plazas de personal laboral y funcionario por faltar una previa RPT que autorice la convocatoria. En estos supuestos se ha recurrido para salvar esta omisión, como ya se expresaba, a los catálogos de puestos de trabajo y a las plantillas de personal. En los primeros se contiene la relación de puestos fijos en la Administración en cuestión, y en los catálogos de puestos se hallan presupuestados los que cuentan con dotación en cada ejercicio. Uno y otro instrumento se aceptan como sucedáneos de las inexistentes RTP.

La utilización de la contratación laboral indefinida cuando el puesto no esté previamente incluido en una previa relación de puestos de trabajo de una administración pública, no se haya adscrito al personal laboral o no se haya utilizado el tipo y sistema de provisión anunciado, acarrea la nulidad de la contratación (artículos 6.3 y 1255 del Código civil), por contravenir las normas imperativas previstas para su celebración (R. Roqueta Buj: 2000; 151). La doctrina científica y jurisprudencial ha venido a introducir matices en el supuesto de que la irregularidad consista en la no-inclusión del puesto para el que se contrata en una previa RPT. En estos casos, la nulidad del contrato no ofrece dudas si se trataba de un puesto para el que no se admite la contratación laboral por la normativa aplicable a la Administración empleadora, esto es, ya se trate de los supuestos afectados por la aplicación por el artículo 15.1.c) de la LRFP o de las normas particulares aplicables a las comunidades autónomas y corporaciones locales (STSud de 19 de enero de 1993, Aranzadi 100; M. Godino Reyes: 1996; 166. R. Roqueta Buj: 2000; 151). Sin embargo, la no-inclusión del puesto en la correspondiente RPT no sería por sí sola causa de nulidad de la contratación si las funciones del puesto a desempeñar encajan en los supuestos legales previstos para la contratación laboral, “siendo reconducible la situación del sujeto afectado a la de los trabajadores indefinidos, pero no fijos de la plantilla, por irregularidades en la contratación temporal” (R. Roqueta Buj: 2000; 151. STS de 18 de junio de 1991, Aranzadi 5151).

b) La “oferta de empleo público” es el instrumento legalmente previsto para que las administraciones públicas seleccionen a su personal funcionario o laboral con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (artículo 19.1 de la LRPF). El mandato legal incluye las siguientes exigencias: en primer término, que la oferta de empleo público concrete los puestos de trabajo que se ofertan; en segundo lugar, que exista una convocatoria pública para acceder a los mencionados puestos; por último, que se anuncie que se utilizarán los procedimientos de concurso, oposición o concurso-oposición para la cobertura de las plazas. En todo caso se trata de exigencias legales en relación con el personal laboral fijo o el personal funcionario, que se reiteran en el Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, que contiene el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, pero que se han de recoger también en la legislación de funcionarios de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, por imperativo de los artículos 23.2 y 103.3 de la CE. Sobre ese extremo interesa, además, hacer

dos precisiones: de una parte, que la Administración sólo puede cubrir mediante contratación laboral las plazas previamente ofertadas; en segundo término, que, al menos la Administración del Estado, no está obligada a ofertar todas las vacantes, ya que previamente ha de procurar cubrir las con los efectivos de personal existente.

c) El “tipo y sistema de provisión” de los puestos de trabajo se incluirá también en la relación de puestos de trabajo –mandato introducido en la modificación de los artículos 15 y 16 de la LRFp por la reciente Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la Ley de presupuestos para 2004–; lo que implica, por lo que al personal laboral de la Administración civil del Estado se refiere, un reenvío al artículo 29 *in fine* del Real decreto 364/1995, de 10 de marzo, que contiene el Reglamento general de ingreso y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de dicha Administración, que establece como sistemas selectivos “la oposición, el concurso-oposición y el concurso”. Con esta última disposición se puso fin a una larga década de abusos propiciada por el Real decreto 223/1984, que preveía –frente a la regla general del sistema de oposición– la selección a través del sistema de concurso, salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar o el número de aspirantes, resultara más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición (artículo 5). Se intentaron cortar también –aunque sólo en parte, por lo que a continuación se expresa– las críticas que denunciaban el que se exigiera un mayor esfuerzo para acceder a un empleo a los funcionarios que al personal laboral permanente en aquellos casos en los que la función a desarrollar era la misma (M. L. Molero Marañón: 1999; 42. J. J. Fernández Domínguez: 2003; 229). Sin embargo, la paridad en los sistemas de selección no se ha llegado a alcanzar, porque continúan existiendo diferencias: en el caso de los trabajadores, la plena incorporación no tiene lugar tras el nombramiento sino tras la superación de un período de prueba, lo que abre un nuevo margen de discrecionalidad que condiciona la contratación. Además, el uso versátil de los sistemas de selección, sin que las normas establezcan criterios reglados para su utilización por las administraciones convocantes, junto con la colaboración que, en punto a la utilización de los métodos de selección, presta la regulación contenida en los convenios colectivos, vienen también a relativizar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en una comparación de los procedimientos de selección entre los funcionarios y los empleados laborales. Pero esta relajación del principio de igualdad en la ley se acentúa

más, creando márgenes de discrecionalidad en perjuicio del personal laboral, si se tienen en cuenta las diferencias que se establecen reglamentariamente para la contratación permanente de empleados laborales en el artículo 29 del Real decreto 364/1995 respecto de la publicidad de las convocatorias, y sobre todo, en el artículo 30, que ignora los principios básicos para la composición de las comisiones de selección y tribunales –especialidad y capacidad técnica–, y no suministra un criterio para la designación de los componentes del órgano de selección –con lo que se abre una vía a la discrecionalidad administrativa, además de la discutible presencia en la configuración de las pruebas y composición de los tribunales de la negociación colectiva o de la participación del personal que, en cualquier caso, ya tiene garantizada una intervención, al disponer la norma reglamentaria que al menos uno de los miembros de las comisiones de selección “será designado a propuesta de la representación de los trabajadores”.

3.4. Por lo demás, respecto de la contratación de personal laboral no permanente (artículo 35), el Real decreto 364/1995 explicita una genérica habilitación seguida de una restricción: los departamentos ministeriales podrán proceder a su contratación “para la realización de trabajos que no puedan ser atendidos por personal laboral fijo, previo informe favorable de los ministerios para las Administraciones Públicas y de Economía y Hacienda”, que “se celebrarán conforme a los principios de mérito y capacidad”; pero, a ello, se añaden unas genéricas remisiones a “las normas de general aplicación en la contratación de este tipo de personal”, y también “a los criterios de selección que se determinen por el Ministerio para las Administraciones Públicas”. En la realidad práctica, tanto la Administración del Estado como las comunidades autónomas y las corporaciones locales han recurrido al principio de eficacia (artículo 103.1 de la CE) y a las razones de urgencia para utilizar otros procedimientos de selección distintos a los establecidos para el personal fijo; procedimientos en los que se desvirtúan, hasta casi diluirse, la publicidad y la igualdad, o se reducen las garantías que acompañan a los sistemas de selección ya mencionados, como los concursos de méritos permanentes o abiertos y las “bolsas de trabajo” o de espera, que facultan la contratación temporal de quienes ya han participado en anteriores pruebas selectivas y mostrado suficiencia, pero no habían obtenido plaza por la limitación del número de éstas, con lo que se impide la participación en nuevas pruebas objetivas a quienes no lo hubieran hecho en las anteriores. De esta manera, como se ha podi-

do decir (J. J. Fernández Domínguez: 2003; 234, y bibliografía citada), se sacrifican los principios constitucionales de mérito y capacidad –pero, en verdad, también los de publicidad e igualdad– en aras de la eficacia de la gestión.

El problema relativo al planteamiento de pretensiones contenciosas de los aspirantes inscritos en las bolsas de trabajo ante el orden jurisdiccional social o el contencioso-administrativo, es una cuestión controvertida, registrándose decisiones judiciales contradictorias (*vid.* T. Gómez Álvarez: 2001; 750. A. V. Sempere Navarro y R. Y. Quintanilla Navarro: 2003; 50). Y es que, salvo que las bolsas de trabajo se hayan establecido por empleadoras públicas distintas de las administraciones a las que estén adscritas, en las que se pueda registrar una privatización en materia de personal, resulta difícil justificar la competencia de la jurisdicción social, ya sea argumentando que la inscripción en la lista se asimila a un precontrato de trabajo o reparando en que al establecerse la bolsa de trabajo mediante convenio colectivo la actuación administrativa aplica una regulación laboral. Es lo cierto, en todo caso, que en estas controversias no se cuestionan derechos adquiridos sobre los puestos de trabajo, sino meras expectativas no identificables con un precontrato de trabajo; además, la actuación de la Administración es previa al establecimiento del contrato de trabajo, y se inscribe en el proceso de selección por un poder público que debe aplicar normas administrativas, como lo son los artículos 18 y 19 de la LRFP y los preceptos concordantes del Real decreto 364/1995.

En síntesis, cabe afirmar que respecto del personal laboral temporal rigen los mismos criterios para el acceso que para el personal fijo, aunque adecuados a las características del contrato laboral, por lo que se impone una convocatoria y un sistema público de selección, pese a que no exista una previa relación de puestos de trabajo ni se incluyan en la oferta pública de empleo anual. Los sistemas utilizados para seleccionar este tipo de personal suelen venir recogidos en acuerdos o convenios colectivos, que reparan con frecuencia en la selección de personal a través de las bolsas de trabajo o listas de espera pactadas con los sindicatos, en principio como garantía de objetividad, aunque a veces se puede prever también el sistema de concurso o de oposición. Por ello, en cada caso se habrá de atender a las previsiones contenidas en la normativa aplicable correspondiente o en los convenios colectivos, que en ningún caso pueden ignorar la objetividad de los criterios de selección.

4. Una anómala y peligrosa extensión de los principios de Derecho del Trabajo: la incorporación a las administraciones públicas del personal laboral contratado irregularmente. La nueva figura del contrato temporalmente indefinido

4.1. El recurso a la contratación laboral temporal por las administraciones públicas ha sido una vía de acceso no sólo frecuente en las dos últimas décadas, sino también, lamentablemente, descontrolada y abusiva. Se crearon situaciones provisionales recurriendo a la contratación temporal para atender puestos de trabajo en la Administración del Estado, poner en marcha los órganos ejecutivos de las comunidades autónomas y dotar de nuevos servicios y más funcionarios a las corporaciones locales. Después, con demasiada frecuencia, se rebasaban los límites de duración de los contratos temporales o se utilizaban sucesivamente distintas modalidades de contratación temporal. En realidad, el artículo 15.1.f) de la LRFP dejaba abierta una puerta que era muy fácil de abrir para la contratación de personal laboral temporal: se trataba de incorporar a personal temporal aduciendo el carácter no permanente de las tareas a desarrollar –lo cual no resultaba difícil de justificar– y con cargo a créditos habilitados para personal laboral eventual o al capítulo de inversiones. La reforma del mencionado precepto por la Ley 23/1988, de 28 de julio, puso un límite más claro y firme respecto de los puestos que podían desempeñarse con personal laboral, que se detallaban en la propia ley. Pero la contratación temporal ya se había convertido para las administraciones públicas en una práctica habitual que contribuía a aumentar el empleo precario, grave patología del mercado de trabajo español que el sector público, en lugar de reducir su extensión, se ha convertido en su difusor, al tiempo que desde las instancias políticas se proclama la necesidad de atajarlo.

4.2. De las situaciones creadas con anterioridad a 1988, quedaba un remanente de contrataciones temporales al margen de la ley. Los trabajadores afectados por este tipo de contratación, bien cesados o no incorporados a las plantillas, planteaban conflictos ante la jurisdicción social cuando se procedía a la denuncia de los contratos; en otros casos, cuando el contrato temporal se mantenía sin reclamación de los interesados, aumentaba la gravedad de una patología pendiente y cada vez más difícil de abordar. La solución al problema no podía ser, con carácter general, la de propiciar una general y descontrolada funcionarización, ni el reconocimiento de una estabilidad laboral, como tampoco era posible prescindir

masivamente de unos empleados que las administraciones, en verdad, necesitaban en bastantes ocasiones para seguir funcionando.

En este orden de consideraciones, se puede entender –aunque no se trate de una óptima solución– que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de acompañamiento a la de los presupuestos generales, incluyera una disposición, la transitoria novena, que abordaba la cuestión desde la óptica de la “consolidación de las plazas temporales”: en concreto, permitía, durante el período 1995 a 1997, crear plazas de carácter laboral permanente para transformar las de carácter temporal, pudiendo crearse incluso con el carácter de “a extinguir”, siempre que se tratara de puestos desempeñados temporalmente a los que se hubieran asignado tareas permanentes y, además, no conllevaran “el ejercicio directo de potestades administrativas”. En definitiva, aunque fuera con carácter transitorio, la Ley 42/1994 introdujo un criterio “en negativo” para los puestos a cubrir inexcusablemente por funcionarios en este período de tres años para este conglomerado de situaciones irregulares. No obstante, la transformación debía afectar a áreas funcionales o de actividad en las que la creación de plazas laborales permanentes resultara “adecuada”, se refirieran a funciones permanentes y tales funciones no entrañaran el ejercicio directo de potestades administrativas. La regulación de este proceso de transformación se abordó con mayor detalle por el Real decreto 700/1995, de 28 de abril, que aprobaba la oferta de empleo público para 1995, aportando soluciones transitorias para frenar la patología de las reclamaciones ante la jurisdicción social en el contexto del sistema de ingreso en la Administración, sobre todo ante las tendencias jurisprudenciales a que se hace referencia a continuación.

Ahora bien, para la selección del personal laboral, sea o no permanente, se han de respetar, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, aunque también se pueden fijar complementarios criterios de selección en las convocatorias (artículos 23.2 y 103.3 de la CE; artículo 19 de la LRFP, y artículos 28 y 35 del Real decreto 364/1995). Además, como ya se ha visto, para la celebración de contratos de trabajo indefinidos se requiere que los puestos figuren detallados y adscritos al personal laboral en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo [artículo 15.1.f) de la LRFP], que se encuentren comprendidos en la oferta de empleo público (artículo 19.1 de la LRFP, y 28 del Real decreto 364/1995) y que se resuelvan los procedimientos selectivos (artículo 19.1 de la LRFP) por la Administración convocante.

Estas exigencias no rigen para la celebración de contratos temporales, si bien la Administración ha de respetar las normas que autorizan y rigen los distintos supuestos de contratación temporal, previstas en la LET, además de las normas administrativas específicas para la selección y contratación del personal laboral temporal. Ya con anterioridad a la habilitación contenida en el Real decreto 364/1995, artículo 35.1, el Tribunal Supremo venía admitiendo (así, por todas, STS de 16 de mayo de 1994, Aranzadi 4208) la celebración de contratos de eventualidad cuando la plantilla del organismo público resultara insuficiente para atender la actividad ordinaria o existiera una acumulación de tareas (L. M. Camps Ruiz: 1995; 63. J. R. Mercader Uguina: 1999; 39). A esta contratación eventual podía seguir otra por interinidad cuando la Administración hubiera creado la plaza y se tramitara la cobertura de la vacante (artículo 4.1 del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre).

Los problemas que ha planteado la aplicación de los principios constitucionales y de las normas administrativas y laborales en la contratación laboral temporal en los supuestos de cesiones ilegales de personal a las administraciones públicas han sido abordados con un variable rigor por la jurisdicción social en punto a la calificación de tales contrataciones como realizadas en fraude de ley, aunque se tuviera constancia del arranque constitucional de los principios violados y de la concurrencia conflictiva de normas administrativas con la aplicación del ordenamiento laboral. No cabe soslayar que las sentencias laborales, ciertamente, sólo pueden crear situaciones individualizadas para los empleados públicos demandantes en vía judicial; pero, a la postre, en virtud de tales sentencias, durante más de dos décadas, aquéllos se han incorporado personal laboral fijo al servicio de las administraciones empleadoras, al margen de los principios y procedimientos regulares de ingreso previstos legalmente y, lo que es más grave, con violación de los principios recogidos en los artículos 23.1 y 103.3 de la CE.

4.3. En efecto, no se puede ignorar que son muy graves las consecuencias que, para una aplicación uniforme de los principios constitucionales de acceso a los empleos públicos, se han seguido de los cambios en la trayectoria jurisprudencial en punto a calificar las consecuencias de los incumplimientos “especialmente cualificados” de las administraciones públicas en la contratación laboral de carácter temporal. Inicialmente, siguiendo las líneas marcadas por el desaparecido Tribunal Central de Trabajo, los tribunales superiores de justicia distinguieron en las irregula-

ridades cometidas por las administraciones en la contratación temporal de trabajadores entre las que se podían considerar “formales o no esenciales”, que no determinaban la calificación de la relación de trabajo como indefinida, y aquellas otras que eran “incumplimientos especialmente cualificados”, a las cuales se vinculaban las consecuencias constitutivas y sancionatorias previstas en la normativa laboral: conversión de los contratos en indefinidos; y en caso de extinción, por despido, la calificación de improcedencia o de nulidad y la readmisión como condena alternativa u obligatoria, respectivamente, por haber incurrido la Administración en fraude de ley. En cualquier caso, tales consecuencias jurídicas no alteraban la relación de empleo del trabajador convirtiéndolo en funcionario o dándole derecho a ocupar una plaza reservada a esta clase de personal, ni la ejecución de las sentencias de despido obligaban a la Administración a readmitir sino al pago de las indemnizaciones correspondientes.

El trato especialmente favorable para las administraciones públicas en los incumplimientos de las normas imperativas sobre la contratación temporal, se apoyaba en distintas razones: en que aquéllas siempre actuaban movidas por el interés público; en que sus medios de organización eran más limitados y rígidos que los de las empresas privadas; en que la aplicación de la normativa laboral debía modularse en atención a factores diferenciales que concurrían en las administraciones empleadoras, etc. Pero, como razones de fondo, eran las exigencias derivadas de la aplicación de los principios 23.2 y 103.3 las que determinaban no apurar las consecuencias aplicativas de la legislación laboral en punto a sancionar el fraude de ley.

Las decisiones judiciales condenando a las administraciones públicas a la readmisión por despidos improcedentes, por considerar que se había llegado a constituir una relación de trabajo de duración indefinida son escasas hasta 1994, y las sentencias [así, STS (Soc.), de 7 de marzo de 1983, Aranzadi 1111; de 13 de septiembre de 1988, Aranzadi 6883, y de 11 de febrero de 1991, Aranzadi 822] se limitaban al reconocimiento de las indemnizaciones previstas para los despidos improcedentes, ya fuera ésta la calificación que mereciera la extinción declarada por la empleadora pública o la de despido nulo. En uno y otro caso, la condena judicial limitaba los efectos de la calificación legal del despido irregular a una ejecución por equivalente económico, con el fin de salvar la aplicación de las exigencias del mandato constitucional (artículos 23 y 103.3 de la CE). Esta doctrina se había puesto en circulación ya por el Tribunal Central de

Trabajo en su Sentencia de 11 de febrero de 1988 (Aranzadi 1583), y sería la aplicada mayoritariamente por los tribunales superiores de justicia con posterioridad (STSJ de Madrid de 8 de enero de 1991, AS 715, y STS de Navarra de 28 de febrero de 1991, AS 1143). No obstante, con carácter restrictivo ya se había previsto la ejecución específica por el Tribunal Supremo en una sentencia de 1992 –la de 23 de octubre de 1992 (Aranzadi 7676)–, provista de un valor singular porque se trataba de la decisión de un recurso para unificación de doctrina.

4.4. Con una mayor amplitud se reiterará esta nueva doctrina en importantes sentencias del Tribunal Supremo de los dos años siguientes, también dictadas en unificación de doctrina, que establecen sobre el particular que “la improcedencia del despido comporta la opción entre readmisión o indemnización, de acuerdo con el artículo 56.1 de la LET, opción que es aplicable también a los supuestos en los que la opción extintiva de la relación laboral haya de imputarse a la Administración” [así, STS (Soc.), de 19 de julio de 1993, AL, 1994, marg. 173, y de 8 de junio de 1995, Aranzadi 4774].

La nueva fundamentación en que se apoya el Tribunal Supremo para imponer esta doctrina correctora de la anterior es que los principios de mérito y capacidad, que establece el artículo 103.3 de la CE para acceder a la función pública, deben informar el establecimiento de sistemas de contratación que respondan a tales principios, pero no excluyen que el despido improcedente genere los efectos de la regulación establecida al efecto en la legislación laboral; aún más, que los mandatos contenidos en la normativa laboral no pueden encontrar una excepción porque la empleadora sea una administración pública y de ella proceda la decisión del despido improcedente, ya que tal excepción no está consagrada legalmente y, de aplicarse, determinaría la violación de lo establecido por el artículo 9.1 de la CE, que sujeta a sus disposiciones y al resto del ordenamiento jurídico tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos.

El problema de la readmisión se plantea con toda su agudeza cuando las sentencias declaran fijos a empleados administrativos que venían prestando servicios mediante una contratación laboral temporal en fraude de ley y aquéllos ni siquiera accedieron al empleo público por un sistema que garantizara el mérito y la capacidad, como sucedía en las contrataciones laborales irregulares, así como en los casos en los cuales no existían en las estructuras organizativas de la Administración contratante grupos de per-

sonal laboral en los que se pudiera incluir a los empleados a cuya readmisión se condenaba a la Administración.

4.5. La doctrina jurisprudencial expuesta va a ser objeto de una modificación importante por obra de la doctrina unificada del Tribunal Supremo que inicia la Sentencia de 7 de octubre de 1996 (Aranzadi 7492). Esta doctrina supone que, en los supuestos de contratación temporal en fraude de ley, así como cuando resulte ilegal una cesión de trabajadores, la incorporación de éstos a la Administración tiene lugar reconociendo el carácter indefinido del contrato, pero sin atribuirles el carácter de trabajadores fijos o de plantilla, calificación que se reserva para los que hayan ingresado en la Administración superando el procedimiento reglamentario de acceso correspondiente. En términos literales de la mencionada STS de 7 de octubre de 1996, “tal precisión no afecta a la calificación de la modalidad de contrato de trabajo según su duración, sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración pública”.

En síntesis, y como con toda precisión se resume en la STS de 21 de diciembre de 1998 (Aranzadi 313/1999), las irregularidades graves o calificadas que se registran en la contratación laboral temporal de las administraciones públicas, “no pueden dar lugar a la adquisición de fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de Derecho necesario sobre limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el empleo público”. Ello obliga, a juicio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a declarar el carácter indefinido del contrato, pero sólo por cuanto no está sometido directa ni indirectamente a un plazo, pero sin que ello sea obstáculo a que la Administración esté obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo, produciéndose tras la misma una causa lícita para la extinción del contrato. Estas últimas precisiones, introducidas por la STS de 20 de enero de 1998 (Aranzadi 1000), se reiteran en otras posteriores (así, las de 5 de octubre de 1998, Aranzadi 8659; de 21 y de 28 de diciembre de 1998 (Aranzadi 314 y 386/1999); de 26 de enero de 1999, Aranzadi 1105, etcétera).

4.6. Esta anterior doctrina jurisprudencial está recogida en multitud de decisiones posteriores, siendo objeto de una ilustración progresiva que, tras las precisiones incorporadas por las STS de 20 y de 21 de enero de 1998, culmina en la doctrina sentada sobre la extinción del llamado “contrato temporalmente indefinido”, que se contiene en la Sentencia del

Tribunal Supremo (Ud) de 27 de mayo de 2002, dictada por la Sala de lo Social reunida en Sala General (Aranzadi 9893).

La alternativa que se planteaba en el caso sometido a recurso de casación para unificación de doctrina consistía en decidir sobre si la causa de extinción invocada por la Administración, que consistía en la provisión regular del puesto de trabajo por el procedimiento de selección aplicable, actuaba de forma directa y automática sobre el contrato, aunque no fuera posible la subsunción en alguna de las causas relacionadas en el artículo 49 del Estatuto de los trabajadores; o si, en sentido distinto, la extinción contractual se debía producir conforme a una de las causas contenidas en el precepto citado. El debate en cuestión tenía un alcance y relieve incuestionable: si se afirmaba la eficacia directa de la causa extintiva sobre el carácter indefinido del contrato, la declaración judicial del carácter indefinido ante la contratación irregular tenía una eficacia similar a la de declarar en tales supuestos la existencia de un contrato de interinidad por vacante, con lo que se debilitaba la estabilidad en el empleo reconocida por el juez; sin embargo, si la extinción resultaba de la aplicación de una causa legal de extinción del contrato indefinido, se partía del reconocimiento de esta naturaleza originaria del contrato.

La implementación doctrinal que ha llevado a cabo la STS de 27 de mayo de 2002 se decanta por una configuración propia y genuina del contrato indefinido que se distancia decisivamente del significado y alcance de esta clase de contrato en el régimen laboral común. En verdad, la cuestión litigiosa que se plantea la sala consiste en identificar la causa legal adecuada para extinguir un contrato que la doctrina de unificación denomina “temporalmente indefinido” en el supuesto de que la plaza desempeñada por el empleado se hubiera cubierto a través de un proceso selectivo convocado por la Administración empleadora, adjudicando aquélla a un aspirante distinto del trabajador que ya ocupaba la plaza.

Para la nueva doctrina de unificación, cuando el órgano judicial declara el carácter indefinido del contrato de trabajo por incumplir la Administración gravemente las normas limitativas de la temporalidad, se afirma un carácter indefinido del contrato que tiene un sentido propio y diferenciado respecto del contenido de tal calificación aplicada al contrato de trabajo en el sector laboral privado. En concreto, la calificación de indefinido del contrato por declaración judicial incorpora también una causa de extinción del contrato que lo convierte en un tipo sometido indirectamente a una condición resolutoria *ope judicis*; esto es, se incorpora

al régimen del contrato indefinido una cláusula de extinción que permite a la Administración, cuando cubra la vacante, comunicar al trabajador este hecho y despedir a quien ocupaba el puesto sin compensación económica alguna.

Con ello, se incurre en una verdadera paradoja, ya que el carácter indefinido encubre una modalidad de contrato auténticamente temporal, puesto que el carácter indefinido no requiere la invocación de una causa de extinción externa propia y distinta de la que ya se incluye en la propia modalidad contractual. En definitiva, en el llamado “contrato temporalmente indefinido” prima el carácter temporal sobre el carácter indefinido de su duración. Es así como, a la postre, se está creando una nueva forma de contrato temporal a través de una jurisprudencia pretoriana, ya que es por obra de esta decisión de unificación de doctrina como se ha procedido a configurar una modalidad de contrato temporal a favor de la Administración, inmunizando a ésta de cualquier carga indemnizatoria que compense al trabajador por la ruptura contractual.

No es extraño que, a partir de esta construcción, se haya podido afirmar (M. L. Molero Marañón: 2004; 31) que se ha dado un paso decisivo en la flexibilización judicial de la contratación laboral en la Administración pública, creando una fórmula contractual a medida de sus intereses. No se puede ignorar, sin embargo, que el alcance de esta doctrina sobre la extinción sin indemnización está limitado por la subsistencia de un puesto de trabajo diferenciado a través de la contratación temporal, puesto que podía existir antes de la contratación y que fue ocupado con carácter interino (o, tal vez, mediante contrato eventual) mientras no se cubría la vacante. En la realidad práctica, si la plaza no existía, la contratación inicial más adecuada sería la eventual, a la que se puede encadenar un contrato de interinidad tras la creación de la plaza, cuya duración coincidirá con el tiempo al que se extienda el proceso de provisión en aplicación de la normativa específica (artículo 4.2, *in fine*, del Real decreto 2720/1998). En cualquier caso, la STS (Ud) de 27 de mayo de 2002 contempla que el titular de una plaza de plantilla en la Administración pública ejercita el derecho de ocuparla y desplaza a quien venía desempeñando el puesto. Pues bien, entiendo que sólo en estos casos procede la extinción sin indemnización de despido objetivo o colectivo, ni de indemnización de antigüedad [prevista en el artículo 49.1.c) de la LET], porque tan sólo en tal supuesto cabe interpretar que se dan los rasgos propios de un contrato de interinidad por vacante.

Pero cabe contemplar también otros supuestos extintivos: así, entre otros, el despido disciplinario improcedente o nulo, en el que el empleado público tendría derecho a que se le aplicara el régimen laboral común sin restricción alguna; o los supuestos, ya mencionados, de despido objetivo o colectivo por supresión de una plaza creada con carácter temporal que nunca haya figurado en una relación de puestos de trabajo, o que figurando en tal relación desapareció en relaciones posteriores o en los documentos de plantilla.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 27 de mayo de 2002 precisa de una regulación legal que atienda al carácter y a los límites que tiene la calificación del contrato de trabajo, en el supuesto mencionado, como indefinido por sentencia judicial, tanto para la propia Administración como para la aplicación del Derecho del Trabajo, diferenciando este particular supuesto extintivo de otros en los que el carácter indefinido produce los efectos comunes previstos en la legislación laboral.

5. Protección de la estabilidad en el empleo público y fomento de la funcionarización

5.1. Cuanto se ha expresado muestra las líneas maestras de una evolución legislativa y jurisprudencial, en algunos aspectos relevantes, de la contratación laboral en el sector público, cuya realidad aplicativa, rica en luces y sombras, no es fácil conocer en su integridad, fundamentalmente por la extraordinaria diversificación de aquélla merced a una pluralidad normativa que propician las legislaciones autonómicas y las peculiaridades que incorpora la negociación colectiva en el nivel mencionado y en el de la Administración local. De forma reiterada, desde las instancias políticas gubernamentales, y bajo los impulsos de una sostenida acción sindical, se trata de atajar y limitar el volumen de la contratación laboral temporal en las administraciones públicas, que ha contribuido –no en pequeña medida– a la precarización del mercado de trabajo español.

Los intentos para reducir esta patología son, sin embargo, más visibles a través de las expresiones de la concertación social, a los que se hace referencia de inmediato, que por la instrumentación de medidas legislativas específicas. Aún más, estas últimas han estado orientadas –lo que no es censurable– a evitar que concretas decisiones de política de empleo en el sector público se convirtieran en fuente de conflictos futuros por la apli-

cación indiscriminada de los mecanismos previstos en la legislación laboral para afirmar la estabilidad en el empleo como respuesta a usos abusivos o fraudulentos de aquélla. En concreto, éste es el marco en el que se justifican tanto la aparición del reciente contrato de inserción [artículo 15.1.d) de la LET], incorporado a la contratación temporal estructural –aunque de forma forzada– por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, como también de la adición al artículo 52 de la LET de una nueva causa de despido objetivo [la que figura en la letra e)], que ampara la extinción bajo dicho régimen de los contratos por tiempo indefinido concertados por administraciones públicas (y también por entidades sin ánimo de lucro) para la ejecución de planes y programas determinados con cargo a consignaciones presupuestarias no permanentes y de carácter finalista. Pero estas medidas legales son manifiestamente insuficientes, constituyendo piezas sueltas de una política de empleo tendente a laboralizar medidas de inserción laboral y trabajos de colaboración social, lo que les presta una connotación positiva, pero no dejan de constituir intervenciones normativas puntuales para evitar futuras situaciones conflictivas.

5.2. El título IV del acuerdo-marco establecido entre la Administración General del Estado y las organizaciones sindicales más representativas para el período 2003-2004 (Res. de 15 de noviembre de 2002, BOE del 18 del mismo mes), se dedica a las “medidas encaminadas a favorecer la estabilidad en el empleo”, conteniendo una serie de compromisos que se acomodan secuencialmente con los cambios jurisprudenciales desde 1996 hasta 2002 en relación con la utilización irregular de la contratación temporal. La finalidad común perseguida es adoptar medidas de diferente carácter para procurar una estabilidad en el empleo a grupos de personal laboral que se han visto afectados por una abusiva provisionalidad en la contratación, tratando de remediar los cambios de una jurisprudencia de unificación de doctrina que, primero, rompió la equiparación entre la declaración del carácter indefinido del contrato laboral y el carácter de fijo, y, más recientemente, la diferenciación que separa al personal indefinido frente al temporal (M. L. Molero Marañón: 2004; 19). La utilización en el acuerdo del término “consolidación” quiere expresar la aplicación de medidas de distinta intensidad para dotar de una estabilidad en el empleo a los trabajadores temporales. Por lo demás, el “grupo de trabajo de planificación de recursos humanos” que se crea en el marco del convenio tiene la misión de analizar “la temporalidad en el empleo público por sec-

tores y ámbitos específicos”, así como de proponer actuaciones con las cuales reducir el porcentaje de trabajadores temporales al servicio de la Administración General del Estado, para que no supere la tasa del ocho por ciento. Este grupo, además, tiene atribuidas unas funciones de estudio y promoción de esta política de reducción de la precariedad en otras administraciones públicas, con el fin de programar planes de estabilidad en las mismas.

Con carácter general también, el acuerdo incluye dos referencias de alcance instrumental y garantizadoras de la existencia de causas reales para proceder a nuevas contrataciones temporales: de una parte, reitera la aplicación del deber de respetar los derechos de información a los trabajadores temporales sobre los puestos de trabajo vacantes, obligación introducida en el artículo 15.7 por la Ley 12/2001; de otra, subraya la obligación de las administraciones públicas de acreditar –parece obvio que ante los representantes de los trabajadores– el objeto de los contratos de inserción, para evitar que éstos se utilicen para realizar tareas de carácter estructural.

Finalmente, el acuerdo concreta un conjunto de compromisos concretos de estabilización que guardan correspondencia con las diferentes etapas de la jurisprudencia de unificación de doctrina en torno a los efectos que se siguen de las irregularidades cometidas por las administraciones y de la declaración judicial del carácter indefinido del contrato laboral. Tales compromisos revisten un valor paradigmático para que otras administraciones públicas adopten medidas iguales o análogas de consolidación del empleo temporal, y son las siguientes:

a) Durante el período de vigencia del acuerdo (2003-2004), la Administración General del Estado se compromete a adoptar las medidas necesarias para la consolidación del empleo temporal estructural anterior a 2 de diciembre de 1998, de manera que a 31 de diciembre de 2004 se hayan convocado todos los procesos de consolidación “en sus correspondientes ámbitos”.

b) Cuando los trabajadores tuvieran reconocida la condición de indefinido con anterioridad a 7 de octubre de 1997 –fecha en la que se fija jurisprudencialmente la distinción entre indefinido y fijo– y se hubiera recogido la calificación primera en su hoja de servicios, tendrán la consideración de personal fijo a efectos de la aplicación del convenio colectivo en cuyo ámbito estén incluidos.

c) Sin embargo, cuando el empleado tuviera reconocida la condición de indefinido no fijo a partir de 7 de octubre de 1996, su contrato deberá ser

objeto de consolidación si se celebró antes de 2 de diciembre de 1998, pudiéndose –además– promover en tales casos su funcionarización cuando se trate de personal que realice funciones equivalentes a las de los cuerpos y escalas del personal funcionario.

d) Por último, la Administración se obliga a incluir en la oferta pública de empleo de los años 2003 y 2004 los puestos desempeñados por interinos durante los dos ejercicios anteriores.

Además, las partes firmantes del acuerdo establecen un conjunto de compromisos relativos a la utilización de la contratación temporal y de términos máximos para que las plazas se incluyan en la oferta de empleo público y se inicie el procedimiento de cobertura. Así, “sólo se recurrirá a trabajadores temporales para atender necesidades coyunturales o cubrir plazas estructurales mientras estas últimas no se provean por cualquiera de los mecanismos ordinarios previstos en la legislación aplicable”. Pero esta provisión está sujeta a plazos: el proceso de cobertura se debe iniciar en el plazo máximo de diez meses a partir del nombramiento o del contrato interino. Si la plaza no existiera o, de existir, se hubiera ocupado interinamente, transcurrido el plazo de diez meses el puesto ocupado se debe incluir en la oferta de empleo público.

Este conjunto de medidas es imperativo para cortar los abusos de la contratación temporal en el ámbito más general y señero de la Administración pública –el de la Administración General del Estado–, revisitando un valor indicativo para el resto de las administraciones públicas. No obstante, hay que destacar la falta de previsiones para aquellos empleados laborales afectados por la posible calificación de su contrato como temporalmente indefinido a partir de 1 de diciembre de 1998, cuya situación no es fácil abordar y resolver antes o después de haberse producido la extinción del contrato que les permitía ocupar un puesto que ha pasado a ocupar un titular tras realizar las pruebas correspondientes. En cualquier caso, no cabe ignorar que este conjunto de medidas establecidas en un acuerdo-marco para la Administración General del Estado no puede justificar la abstención de la ley en la regulación de las peculiaridades de la contratación temporal en las administraciones públicas en general. En el estadio actual de la jurisprudencia de unificación de doctrina, la intervención del legislador ha llegado a ser absolutamente necesaria para evitar que unas mismas situaciones jurídico-laborales se resuelvan de manera diferente según la Administración pública a la que pertenezcan los afectados.

5.3. La modificación de la LRFP de 1984 por la Ley 23/1988, de 28 de julio, incorporando una nueva redacción a su artículo 15.1, e introduciendo la reserva de ley en la determinación de los puestos de trabajo susceptibles de ser cubiertos con personal laboral, había creado un problema de derecho transitorio para los empleados laborales que venían ocupando puestos que, a partir de entonces, correspondía desempeñar a funcionarios; y además, lo que tiene la relevancia mayor desde la perspectiva de la política de personal en las administraciones públicas, ponía en marcha un movimiento a favor de la opción funcional que, conforme iba cristalizando el modelo español de función pública, se afirmaba como la solución más adecuada al diseño constitucional y capaz, también, de brindar un régimen de garantías completo e integrado, esto es, especialmente idóneo para conjugar las garantías administrativas de la carrera funcional con la tutela de los derechos laborales que dispensaban los institutos y los mecanismos de autotutela del Derecho del Trabajo.

Para atender las situaciones de los empleados afectados por la Ley 23/1988, esta norma legal incorporaba una disposición transitoria –la 15.^a– a la LRFP, que contemplaba la situación del personal laboral cuyos puestos de trabajo se debían atribuir en el futuro a funcionarios en las correspondientes relaciones de personal, estableciendo al respecto que la inclusión en estas últimas no implicaría el cese del empleado laboral que lo viniera desempeñando, el cual podría “permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional”. Por otra parte, la disposición mencionada venía a reconocer también al personal laboral de referencia el derecho de participar en las pruebas de acceso a “cuerpos y escalas a los que figurasen adscritos los correspondientes puestos siempre que el empleado laboral poseyera la titulación necesaria y reuniera los restantes requisitos exigidos, debiendo valorarse a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma”.

En realidad, con la última previsión normativa señalada se había puesto la primera piedra de lo que después constituiría un proceso de “funcionarización”, que legalmente se concretaba (artículo 37) en el establecimiento de un turno especial de acceso a puestos de trabajo de funcionarios (llamado de “plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de medidas”), en el que sólo podía participar el personal laboral incluso en la disposición 15.^a de la referida ley. Un acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1991 dictó las reglas imprescindibles para la ejecución de esta

primera funcionarización, ordenando el establecimiento de un concurso-oposición, pero con la posibilidad de eximir al personal laboral fijo de las pruebas que ya se hubieran superado para adquirir tal condición. Como resultado de este concurso-oposición, quienes obtuvieran plaza se convertirían en funcionarios con destino en el mismo puesto que desempeñaban, conservando el carácter de laborales en caso contrario.

Un paso más daría la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, que incluyó un nuevo apartado en el artículo 22 de la LRFP –el núm. 3–, que permite al Gobierno, a propuesta del ministro de Administraciones Públicas, “determinar los cuerpos y escalas de funcionarios a los que podrá acceder el personal laboral de los grupos y categorías profesionales equivalentes al grupo de titulación correspondiente al cuerpo o escala al que se pretenda acceder, siempre que desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación académica requerida y superen las correspondientes pruebas”. También otra ley de acompañamiento a la de los presupuestos generales, con el mismo título, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ha añadido a los requisitos ya mencionados uno nuevo: que los aspirantes a la funcionarización “hayan prestado servicios efectivos durante al menos dos años como personal laboral fijo en categorías del grupo profesional al que pertenezcan o en categorías de otro grupo profesional para cuyo acceso se exija el mismo nivel de titulación [...]”.

En verdad, una opción por la funcionarización como la introducida en el ámbito de la Administración General del Estado por la Ley 53/2002 no vulnera la reserva de ley en los términos en que ésta se afirmó por la STC 99/1987, porque no altera una previa asignación de puestos de trabajo al personal laboral –que puede seguir existiendo, ya que no establece la ley que sean plazas a extinguir–, y porque el acceso a los cuerpos y escalas de funcionarios se configura como un proceso de promoción, aunque no se denomine así, ya que se han de superar unas pruebas.

En definitiva, no se trata de un proceso de pura movilidad interna a iniciativa de la Administración o del empleado laboral. Esta funcionarización está, por lo demás, regulada en una ley y se atiende para que tenga lugar el acceso a una exigente y pormenorizada concurrencia de factores, el principal de los cuales es de carácter objetivo: no sólo en el desempeño de funciones sustancialmente coincidentes y análogas (esto es, al princi-

pio de correspondencia entre función y categoría o nivel profesional), sino a una previa equivalencia entre los grupos y categorías profesionales del personal laboral de la Administración y los cuerpos y escalas de funcionarios a los que se pretenda acceder, además del respeto a unas exigencias de titulación idéntica y la de un tiempo de prestación mínimo como personal laboral fijo en categorías que exijan el mismo nivel de titulación.

Sólo resta dejar constancia de que este proceso de funcionarización también se ha puesto en marcha en las comunidades autónomas, en medida variable, y en las corporaciones locales, revistiendo en unas y otras administraciones territoriales características propias.

6. Unas reflexiones finales

6.1. El modelo de función pública en el Estado autonómico requiere de una labor constructiva de los políticos y juristas nada fácil, sobre todo si se toma razón de los límites imprecisos del Estatuto de la función pública que diseña el artículo 103.3 de la CE. En todo caso, hay que partir de la andadura hasta el presente realizada por el legislador bajo el atento y responsable control del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Pues bien, por lo que se refiere al reconocimiento y consolidación de un sector laboral en el ámbito de las administraciones públicas, parece deseable que la determinación de los puestos de trabajo a desempeñar por empleados laborales tenga una mayor uniformidad en las diferentes administraciones. Por ello, considero que el actual artículo 15.1 de la LRFP (o los preceptos que le sustituyan en el prometido estatuto en preparación) debería tener carácter básico y, además, crear espacios de diferenciación para una regulación particular en las comunidades autónomas y administraciones locales.

6.2. Atendiendo a los complejos problemas que genera la aplicación del Derecho del Trabajo a los empleados contratados, considero necesario que sea la ley, y no las decisiones judiciales y la jurisprudencia, la que fije las soluciones aplicables, arbitrando así soluciones –desde esta expresión de la soberanía popular– entre los intereses públicos y la aplicación general de las normas laborales, porque la realidad política ha demostrado sobradamente que la legislación laboral no es “plenamente aplicable” a los empleados laborales de las administraciones públicas, aunque así lo ordenara la Ley de funcionarios civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (artículo 7.1).

Los aspectos en los cuales debería reparar la legislación básica en esta materia comprenden una serie de materias que, en el presente, unas están atribuidas en su planteamiento contencioso a la jurisdicción contencioso-administrativa y otras a la jurisdicción social. Sería deseable que fuera esta última la que tuviera atribuido el conocimiento de todas ellas si el régimen de incorporación a las administraciones públicas es el contractual-laboral.

El elenco de materias en las que parece necesaria la regulación legal con carácter único, al menos en cada uno de los tres planos territoriales de las administraciones públicas, y sin perjuicio de una legislación básica general, son los siguientes: los sistemas de selección de personal; la regulación de las bolsas de trabajo; la conexión entre la fase de selección administrativa y la formalización y ejecución del contrato de trabajo; la identificación de las modalidades de contrato laboral a utilizar, así como de las relaciones laborales de carácter especial, con las especificaciones que aconsejen su aplicación a las administraciones públicas; los supuestos de utilización de las empresas de trabajo temporal y las reglas particulares en relación con la subcontratación; la composición del salario; la movilidad funcional y geográfica; la promoción profesional y el acceso a la condición de funcionarios; el ejercicio del poder disciplinario, y las especificaciones en el régimen de extinción del contrato, incluidas las peculiaridades en la ejecución de las sentencias por despido improcedente y nulo, entre otras.

Posiblemente, este conjunto de materias que debe abordar la ley se podría contener en la regulación de una relación de trabajo de régimen especial. Pero también puede ser el futuro estatuto de la función pública el lugar apropiado, opción por la que me decanto, ya que, en su conjunto, las cuestiones a que se hace referencia exceden de lo que es contenido de una regulación contractual laboral con las administraciones públicas.

6.3. Hay dos vertientes de trascendental importancia en una regulación básica del régimen jurídico de la contratación laboral en las administraciones públicas: de una parte, la relativa a la unificación de los contenidos potenciales de la negociación colectiva en relación con la regulación legal, de otra, la referida a las unidades de negociación y de las representaciones profesionales legitimadas para negociar. La incertidumbre que genera el vacío legislativo sobre estos dos extremos no se puede considerar que responda a variables ligadas al poder de negociación de los representantes de los trabajadores, al comprometer la vigencia del principio de igualdad en la ley de los empleados públicos sujetos al régimen

laboral. La primera de las cuestiones planteadas requiere, además, de un cuidadoso tratamiento para que la ley defina la convergencia de la negociación colectiva laboral y funcionarial en el ámbito de las administraciones públicas, y establezca unas pautas claras que eviten el repetido intento de la búsqueda de una aproximación de forma discrecional y espontánea por los propios agentes negociadores. La misma razón justifica una intervención legal para terminar con las dudas sobre la consideración de los convenios colectivos en las administraciones públicas o bien una especie de convenio supraempresarial o bien de grupo de empresas. La presencia de la ley en estos supuestos no sería un límite a la autonomía colectiva sino exigencia del principio de igualdad en la ley y garantía de la libertad sindical.

7. Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C. L.: "Contratación temporal en unificación de doctrina", *Revista de Derecho Social*, núm. 18 (2002).

BORRAJO DACRUZ, E.: "Contratación laboral y administraciones públicas: Evolución jurisprudencial", *AL*, suplemento al núm. 18 (1998).

CAMPS RUIZ, L.: *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CANTERO MARTÍNEZ, J.: *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Universidad de Castilla-La Mancha y Marcial Pons, Madrid, 2001.

CORDERO SAAVEDRA, L.: "Régimen de trabajo en las administraciones públicas", Ediciones Laborum, Murcia, 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. I.: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003.

GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996.

GOERLICH PESET, J. M. y VEGA LÓPEZ, J.: "¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración pública?: Los 'trabajadores indefinidos no fijos de plantilla'", *RL*, 1998, T.I.

LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2001.

LAHERA FORTEZA, J.: "La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración pública (comentario a la STS de 27 de mayo de 2002)", *RL*, núm. 23-24 (2002).

LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal laboral en las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1995.

MARTÍN PÉREZ, P. A.: “La negociación colectiva en la función pública local”, *Actualidad Administrativa*, 1999, núm. 38.

MARTÍN PUEBLA, E.: “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración pública”, RL, 1990, T.I.

MERCADER UGUINA, J.: *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MOLERO MARAÑÓN, M. L.: “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración pública: El contrato temporalmente indefinido”, RL, 2004, núm. 1. Idem, en *Acceso y clasificación del personal en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MOLINER TAMBORERO, G.: “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas. Puntos críticos”, en VV.AA. (Moliner Tamborero, G., dir.), *La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones públicas*, CGPJ, Madrid, 2000.

MORÁN PRIETO, R.: “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla: Supuestos, procedimientos y efectos”, RDS, núm. 14 (2001).

PARADA VÁZQUEZ, J. R.: *Derecho Administrativo, II. Organización y empleo público*, M. Pons, Madrid, 1989.

RIVERO LAMAS, J.: “El proceso de laboralización de la función pública: Aspectos críticos y límites”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 6-7 (1995).

ROJO TORRECILLA, E.: “La relación del personal laboral al servicio de las administraciones públicas”, en VV.AA., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001, vol. I.

ROQUETA BUJ, R.: “La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa”, en VV.AA., Moliner Tamborero, G. (dir.), *La Administración pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio único para el personal laboral de las administraciones públicas*, CGPJ, Madrid, 2000.

SALA FRANCO, T.: “Las relaciones laborales en las administraciones públicas”, en VV.AA., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*,

XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001, vol. I.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

VV.AA.: *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001, 2 vols.

Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas*

Antonio V. Sempere Navarro
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos.
Director de Aranzadi Social

PRIMERA PARTE: CUESTIONES GENERALES

1. Contrato de trabajo común y modalidades contractuales.

1.1. Las "modalidades contractuales". 1.2. Las modalidades por razón de su duración. 1.3. Razones y finalidades de que existan "modalidades". 1.4. Cautelas jurisprudenciales respecto de contratos temporales.

2. La contratación temporal estructural.

2.1. Cuestiones generales. 2.1.1. Criterio legal principal: contemplación restrictiva. 2.1.2. Voluntad de las partes y causalidad de la contratación temporal. 2.1.3. Contratación temporal "en cadena". 2.1.4. Régimen jurídico. 2.1.5. Excepciones al principio de causalidad. 2.1.6. Mecanismos de protección de los trabajadores temporales. 2.1.7. Prevención de abusos en la negociación colectiva. 2.1.8. Equiparación de derechos de los trabajadores temporales. 2.1.9. Acceso a empleos permanentes. 2.1.10. Enumeración.

SEGUNDA PARTE: LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Contratados laborales y funcionarios: la doble vía.

2. Contrato de trabajo y contrato administrativo.

2.1. Introducción. 2.2. Naturaleza de la contratación. 2.2.1. Inocuidad de la autocalificación. 2.2.2. Indisponibilidad. 2.2.3. Virtualidad del contenido del contrato. 2.2.4. Contratación celebrada en fraude de ley. 2.2.5. Los puestos de libre designación. 2.3. Supuestos particulares. 2.3.1. Los contratos de colaboración social. 2.3.2. Las becas. 2.3.3. Situaciones que no se califican como relación laboral.

* Para la confección de estas notas he utilizado profusamente el texto de *La contratación laboral en las administraciones públicas*, Cuadernos de Aranzadi Social núm. 17, Pamplona, 2003, escrito en coautoría con R. Y. Quintanilla Navarro, a quien sólo su modestia le lleva a no desear aparecer como coautora en la presente ocasión.

TERCERA PARTE: CONTRATACIONES TEMPORALES Y LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. La contratación laboral temporal y la contratación laboral indefinida.
2. Contratación indefinida y relación administrativa.
3. La contratación laboral temporal.

CUARTA PARTE: LAS INTERINIDADES LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Identificación general.
2. Evolución normativa y naturaleza.
3. Interinidades laborales y administrativas.
4. El contrato de interinidad por sustitución.
5. El contrato de interinidad por cobertura de plaza vacante.
 - 5.1. Causa del contrato.
 - 5.2. Duración del contrato.
 - 5.3. Cambio de la causa de sustitución.
 - 5.4. Conexión con el contrato para la realización de una obra o servicio determinados.
 - 5.5. Distinción con el contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas.

PRIMERA PARTE: CUESTIONES GENERALES

1. Contrato de trabajo común y modalidades contractuales

1.1. Las “modalidades contractuales”

El ordenamiento laboral regula en el Estatuto de los trabajadores y disposiciones complementarias un modelo de contrato prototípico que se caracteriza, sustancialmente, por su carácter indefinido y su desarrollo a jornada completa. Todas las reglas que se enuncian en abstracto tienen por destinatario a este supuesto paradigmático, pero existen, junto a esa norma común, las correspondientes excepciones. En efecto, por diversas razones las disposiciones laborales admiten que en determinados supuestos no se apliquen todas ellas, siendo sustituidas por otras: aparecen así las *modalidades contractuales*. Aunque son variadas las expresiones utilizadas por la doctrina para referirse a estos casos, en general se pretende tomar como referencia las contrataciones excluidas de determinadas previsiones de la legislación laboral y a las que consiguientemente se aplican normas específicas.

También conviene advertir de que en los últimos años se ha invertido el orden lógico, y lo que era un prototipo (contrato indefinido, sujeto a las normas generales) aparece como excepción estadística; la inmensa mayo-

ría de las contrataciones laborales que se ponen en práctica, desde luego, encajan en alguna de las modalidades contractuales consideradas en la presente lección, sea por su duración temporal, sea por su jornada parcial.

1.2. Las modalidades por razón de su duración

El contrato de duración determinada o temporal es aquél en el que las partes incluyen, en el momento de su celebración, previsiones sobre la extinción del negocio jurídico, bien estableciendo un plazo, bien un término final, bien una condición resolutoria o cualquier otra circunstancia que produzca su extinción. De este modo, a las causas generales de terminación contractual se añade una especialmente significativa, puesto que provoca que el contrato nazca siendo intrínsecamente temporal.

En términos generales, la temporalidad de una relación laboral no conlleva una diferenciación esencial sino meramente cronológica respecto del contrato de trabajo concertado por tiempo indefinido, aunque sí resultan admisibles algunas especialidades en orden a su regulación legal (STS de 13 de mayo de 1991, RJ 3909).

La clasificación de los contratos según su duración es una de las cuestiones cruciales ante las que se enfrenta todo ordenamiento laboral, pues se trata de uno de los aspectos de la relación laboral donde convergen con más fuerza los intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios. Al menos en teoría, lo preferible para el trabajador es que su empleo posea una duración ilimitada, que se prolongue tanto cuanto le interese y que le permita organizar su vida profesional (también personal) sobre la premisa de que se posee un empleo estable; por el contrario, lo que a la empresa interesa es mantener la vinculación con su trabajador estrictamente por el tiempo que lo precise, de modo que tanto la duración inicial del contrato cuanto su extinción posean elevadas dosis de libertad (flexibilidad).

1.3. Razones y finalidades de que existan “modalidades”

En algunos casos la necesidad de divergencia (entre las normas generales del contrato de trabajo y las específicas de determinado supuesto) es tan grande que la sustitución del bloque normativo se lleva al extremo, quedando la legislación laboral común como Derecho supletorio; tal es el caso de las relaciones laborales especiales. En otros, simplemente se

exceptúa algún punto concreto por una razón determinada, y tales son las que se suelen denominar más propiamente “modalidades contractuales”; algunas de ellas, por su tan frecuente utilización, han adquirido carta de naturaleza propia con una denominación también singular, como ocurre, sobre todo, con los *contratos de trabajo temporales* recogidos en el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores o los *contratos formativos* del artículo 11 de la misma norma. Las razones de esta diversificación son:

-En unas ocasiones, se entiende que la necesidad productiva que motiva la contratación laboral está llamada a durar un plazo de tiempo relativamente corto, por lo que carece de sentido la contratación indefinida. Así, en los contratos que se denominan temporales *estructurales* o *causales*, regulados en el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores, se eluden las reglas de estabilidad en el empleo características del contrato de trabajo, permitiendo que se sometan a un término o condición resolutoria.

-La elusión de la estabilidad en el empleo también se autoriza, en condiciones diferentes según el momento, por razones de *fomento del empleo*. Así, sin que en la tarea desarrollada por el trabajador exista ningún elemento atípico que aconseje limitar su duración y eliminar el carácter indefinido, el Gobierno ofrece esa ventaja al empresariado para propiciar que se concierte un mayor número de contratos de trabajo. Hacia la mitad de la década de los 80, ante una situación de colapso en la oferta de trabajo a la que seguían cotas de desempleo desconocidas en nuestro país, se liberalizó de forma casi absoluta la posibilidad de concertar esta clase de relaciones laborales (Real decreto 1989/1984), paisaje que permaneció hasta la reforma laboral de 1994. Actualmente, esta figura cuenta con un uso posible muy restringido, y pretende incrementar el empleo no de forma general o indiscriminada, sino selectiva, hacia colectivos de problemática inserción en el mercado de trabajo (personas discapacitadas).

-También como medida de fomento del empleo, ha ganado espacio en los últimos años la idea de rebajar los eventuales costes del despido. Así, existe actualmente la posibilidad de contratar por tiempo indefinido sabiendo que un eventual despido improcedente futuro, si estuviera motivado en causas económicas, acarreará un coste inferior al del contrato común.

-La caracterización del contrato de trabajo como relación con dedicación exclusiva, es decir, con una jornada “completa”, también es excepcional, bien porque las partes deseen una intensidad menor cada día,

bien porque las necesidades de la empresa sean “estacionales”, y sólo necesite al trabajador una determinada época del año.

–Por otra parte, ha sido tradicional en nuestro Derecho regular con bastantes peculiaridades los supuestos en que la contratación tiene como finalidad no sólo resolver las necesidades productivas empresariales, sino también las carencias formativas del trabajador. En este sentido, el contrato actualmente denominado “para la formación” ofrece una salida sobre todo a quien haya fracasado en el sistema educativo reglado. Emparentada con esta modalidad se encuentra la contratación en prácticas, dirigida a titulados, y que tiene por finalidad facilitar la inserción a quienes, careciendo de experiencia laboral, no ofrecen una capacidad productiva tan intensa como la esperada en la relación laboral común.

–Por último, también existen otra serie heterogénea de supuestos que escapan a la configuración ordinaria del contrato de trabajo común, entre los que destaca el contrato para desarrollar las tareas productivas en el propio domicilio.

1.4. Cautelas jurisprudenciales respecto de contratos temporales

A la vista de las normas vigentes puede afirmarse que el principio de causalidad de la contratación temporal sigue vigente en nuestro ordenamiento. Ello significa que las necesidades permanentes de la empresa habrán de ser cubiertas mediante contratos por tiempo indefinido, quedando relegada la contratación a término para la atención de necesidades ocasionales. La contratación temporal se admite, pero con la condición de que posea una justificación o causa adicional al mero acuerdo de las partes; por eso se habla muchas veces de contratos temporales *causales* para aludir a ellos.

Velando por la primacía del principio de causalidad reseñado, la jurisprudencia ha venido examinando numerosísimos casos que han accedido a su conocimiento, y ha sentado, entre otros, los siguientes criterios.

–La sucesiva contratación temporal infringiendo la normativa sobre la misma constituye un *fraus legis*, como advierte la STS de 23 de marzo de 1993 (RJ 2218).

–Para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los precedentes si no ha existido solución de continuidad entre los mismos; en tal sentido se pronuncian las STS de 20 y de 21 de febrero de 1997 (RJ 1457 y 1572), de 17 de marzo y de 6 de julio de 1998 (RJ 2682 y 7010).

–Excepcionalmente, el control de legalidad ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido (veinte días hábiles). A su vez, esta regla puede obviarse cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad. En tal sentido, la STS de 5 y de 29 de mayo, de 2 de julio y de 29 de noviembre de 1997 (RJ 3654, 4473, 5560 y 8425).

–Si los contratos se han celebrado con arreglo a la normativa que los regula, no cabe apreciar irregularidad que conlleve la nulidad de las contrataciones ni la declaración de fijeza; STS de 29 de diciembre de 1995 (RJ 9847).

–Constituye fraude de ley la celebración de un contrato eventual o temporal de fomento de empleo a quien ya tiene vinculación de carácter indefinido. Así lo advierten las STS de 2 de diciembre de 1995 (RJ 9492), de 11 de marzo de 1997 (RJ 2311) o de 13 de octubre de 1999 (RJ 7493).

–Cuando se extingue un contrato pretendidamente temporal invocando una causa que resulta inexistente es erróneo calificar siempre el cese como equivalente a despido nulo, debiendo prevalecer, si se han cumplido los requisitos de forma pedidos por el Estatuto de los trabajadores, su consideración como improcedente. La doctrina es aplicable incluso a los casos en que el contrato temporal extinguido se hubiera celebrado en fraude de ley. Así lo aclaran numerosas STS, como las de 25 de mayo, de 7 y de 30 de junio, de 21 y de 22 de septiembre, de 15 de octubre, de 2 de noviembre y de 30 de diciembre de 1993 (RJ 4124, 4547 y 4943, 6892 y 7026, 7603, 8346 y 10081); de 24 de enero, de 21 de febrero, de 31 de mayo, de 28 de junio y de 5 de julio 1994 (RJ 865, 1221, 5370, 5495 y 7044); de 30 de enero, de 20 de febrero y de 21 de diciembre de 1995 (RJ 527, 1162 y 9320).

–Idéntica calificación de despido improcedente corresponde a la decisión extintiva empresarial cuando la causa de finalización alegada no se ajusta a las previsiones y los requisitos legales de la modalidad contractual pactada, según advierte la STS de 25 de mayo de 1995 (RJ 4005).

–El contrato de trabajo temporal ha de expresar la modalidad a que pertenece, sin que baste una vaga alusión a la norma genérica en que pretende basarse; en tal sentido, las STS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 6892), de 14 de marzo de 1997 (RJ 2467), de 6 abril de 1998 (RJ 4576), y de 13 de octubre de 1999 (RJ 7493).

–No basta la voluntad concorde de las partes en orden a la celebración del contrato temporal, sino que ha de concurrir la causa objetiva específicamente prevista para el caso; así lo explicitan las STS de 21 de febrero y de 5 de mayo de 1997 (RJ 1572 y 3654).

2. La contratación temporal estructural

2.1. Cuestiones generales

2.1.1. Criterio legal principal: contemplación restrictiva

Tras las reformas de 1994 y 2001, el artículo 15.1 del Estatuto de los trabajadores se abre con una declaración que parece facilitar incondicionalmente la contratación temporal (“El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada”), suprimiendo la presunción que desde 1980 contuvo el Estatuto, a cuyo tenor “El contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indefinido. No obstante, podrán celebrarse contratos de duración determinada [...]”. Sin embargo, el cambio es más formal que material, pues a continuación indica el precepto transcrito que *podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos*, limitando así a los casos expresamente autorizados por la ley las posibilidades de celebrar un contrato que no sea indefinido. Por esta razón, la suscripción de un contrato temporal por parte de quien ya goza de la condición de trabajador indefinido no es admisible, en la medida en que supone una renuncia de derechos; así lo ha advertido en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo (STS de 22 de diciembre de 1995, RJ 9492; de 11 de marzo de 1997, RJ 2311, y de 13 de octubre de 1999, RJ 7493).

2.1.2. Voluntad de las partes y causalidad de la contratación temporal

Una posibilidad (que cuenta con sus partidarios) de resolver drásticamente el tema de la duración del contrato vendría dada por permitir el libre pacto entre sus partes; de este modo, empresario y trabajador tendrían en sus manos la decisión última y el contrato duraría, sencillamente, lo que ellos hubiesen querido. Las ventajas de la opción autonomista (nadie mejor que quienes se comprometen para cifrar el alcance temporal de su vinculación) chocan, sin embargo, con la elevada posibilidad de que el empleador haga valer su posición de superioridad real y acabe imponiendo en la práctica (revestida bajo la forma de pacto libre) su exclusiva voluntad.

Como ya se ha dicho, el principio de causalidad de la contratación temporal sigue vigente en nuestro ordenamiento: las necesidades permanentes de la empresa habrán de ser cubiertas mediante contratos por tiempo indefinido, quedando relegada la contratación a término para la atención de necesidades ocasionales. La contratación temporal se admite, pero con la condición de que posea una justificación o causa adicional al mero acuerdo de las partes; por eso se habla muchas veces de contratos temporales *causales* para aludir a ellos.

Además de esa manifestación primaria (no cabe el contrato temporal por el mero arbitrio de sus partes), perviven reglas favorables a la presunción de indefinición del contrato de trabajo:

–Cuando los contratos de trabajo temporales se celebren en *fraude de ley* (artículo 15.3 del ET).

–Cuando los trabajadores no hubiesen sido dados de alta en la Seguridad Social, siempre que haya transcurrido al menos un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar para el *período de prueba*, salvo que de la propia naturaleza de los servicios se deduzca claramente la duración temporal de los mismos (artículo 15.2 del ET).

–Cuando falte la forma escrita, en aquellos casos en que legalmente fuese prescrita, salvo que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los mismos (artículo 8.2 del ET).

–Cuando se accede al empleo con una ETT, si a la finalización del contrato de puesta a disposición el trabajador continúa prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato de duración indefinida (artículo 7.2 de la Ley 14/1994).

–Cuando haya existido un supuesto ilícito de cesión de trabajadores, los afectados tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria (artículo 43.3 del ET).

2.1.3. Contratación temporal “en cadena”

Especialmente compleja es la casuística de la sucesión de contratos, fenómeno que reiterativamente se produce en torno a la contratación temporal. Al respecto, también la jurisprudencia unificada ha podido aclarar los principales supuestos, proponiendo que para determinar la licitud de un contrato temporal que es el último de una serie de ellos ha de tomarse en cuenta también la validez de los precedentes si no ha existido solución de continuidad entre los mismos (STS de 20 y de 21 de febrero de 1997, RJ 1457

y 1572, y de 17 de marzo y de 6 de julio de 1998, RJ 2682 y 7010). Sólo excepcionalmente el control de legalidad ha de atender exclusivamente al último contrato celebrado cuando entre éste y el anterior haya mediado un plazo superior al plazo de caducidad de la acción de despido (veinte días hábiles), cabiendo que tal regla se obvie cuando se acredita una actuación empresarial en fraude de ley y, al mismo tiempo, permanece la unidad esencial del vínculo laboral, por no existir solución de continuidad o ser de escasa entidad (STS de 5 y de 29 de mayo, de 2 de julio y de 29 de noviembre de 1997, RJ 3654, 4473, 5560 y 8425).

Véase cuanto más adelante se expone acerca de la prevención de abusos por medio de la negociación colectiva.

2.1.4. Régimen jurídico

Además del importante papel que el convenio colectivo aplicable puede desempeñar sobre el particular, la regulación de estos contratos reposa sobre dos piezas básicas: la de rango legal contenida en el citado artículo 15 del ET y la reglamentaria del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por desdoblado, los criterios jurisprudenciales resultan indispensables en un número relevante de materias dudosas.

La regulación de esta serie de contratos sigue una estructura bastante similar: en primer término, la legislación determina en qué consiste exactamente el caso que ampara el recurso a las relaciones laborales de duración determinada para, a continuación, complementar su regulación con las disposiciones que se entienden oportunas. Este segundo bloque de normas citado es común en una medida muy importante para todas las modalidades de contratación temporal causal, y esta misma sistemática se va a utilizar aquí para su estudio: en primer lugar, se determinará en qué consisten cada una de estas posibilidades otorgadas en la ley, para, a continuación, exponer las medidas complementarias comunes a todas ellas.

2.1.5. Excepciones al principio de causalidad

No obstante, esta regla admite alguna excepción, cada vez más limitada, pues, por ejemplo, en la actual contratación de minusválidos se admite la temporal, como se señalará a continuación, persiguiendo la finalidad de fomento del empleo de ese colectivo.

En algunas relaciones laborales especiales (servicio doméstico, altos cargos, artistas), también juegan reglas distintas, que permiten la postergación del principio en cuestión.

2.1.6. Mecanismos de protección de los trabajadores temporales

De igual modo que antes se han examinado las cautelas jurisprudenciales respecto de la contratación temporal, es posible encontrar también en la ley diversas previsiones tendentes a proteger a los trabajadores temporales o a evitar los abusos en el recurso a tales modalidades contractuales. Especialmente, es el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores (desde que fuera reformado por el Real decreto ley 5/2001) la norma que incorpora diversos mecanismos de protección de los trabajadores temporales en general, con una finalidad plural: 1.^a) “reducir las aún excesivas tasas de temporalidad existentes”; 2.^a) evitar la utilización abusiva o fraudulenta de las distintas modalidades temporales legalmente previstas; 3.^a) fomentar un empleo estable y de mayor calidad, y 4.^a) otorgar garantías adicionales a los trabajadores temporales.

2.1.7. Prevención de abusos en la negociación colectiva

El apartado 5 del artículo 15 del ET incita a la negociación colectiva (convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto de ámbito inferior) a establecer requisitos adicionales dirigidos a prevenir la concatenación de contratos temporales, es decir, los abusos en su utilización sucesiva. La llamada de la ley al convenio no se explica, aquí, por la necesidad de una previa habilitación para que la norma convencional pueda actuar sobre el terreno sino por el deseo de encontrar aliados en un terreno donde normalmente sólo operan los tribunales; y como a los órganos jurisdiccionales se accede, por lo general, cuando preexiste una patología o irregularidad, se trata de actuar en la fase preventiva: al poner en juego determinada modalidad contractual. Las posibilidades que el convenio tiene ante sí son múltiples: eliminar o restringir ciertos tipos contractuales, fijar los puestos de trabajo que puedan cubrirse de uno u otro modo, someter a informe (o visto bueno) de la representación asalariada las contrataciones, etcétera.

La prescripción se inspira en la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio de 1999, adoptada para aplicar el Acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999 entre las organizaciones de ámbito europeo CES, UNICE y CEEP. Conforme a la cláusula 5 de dicho acuerdo deben de “prevenirse los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos [...] de duración determinada”, por lo que estados o interlocutores sociales han de adoptar medidas destinadas a que la renovación de los contratos temporales se anude a “razones obje-

tivas”, se establezca la “duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo” temporales y se especifique el número máximo de renovaciones posibles, disponiendo cuándo los contratos sucesivos se transforman en uno indefinido.

El nuevo artículo 15.5 del ET incide en la utilización de todas las modalidades de relaciones laborales no indefinidas a través de una técnica que suscita numerosas reflexiones y que, si realmente se asumiera por los llamados a activarla, puede conducir a importantes resultados prácticos (es decir, a una reducción de la tasa de temporalidad en la contratación laboral). La norma alude a “los convenios colectivos”, sin realizar precisión alguna acerca de su ámbito territorial o a cualquier otra circunstancia, por lo que es claro que no ha existido intención alguna de restringir la operatividad de cualquiera de ellos. Desde otra perspectiva, puede discutirse si ha habido intención de restringir la facultad enunciada a los convenios estatutarios; el debate en este punto es interesante desde una óptica dogmática, pero seguramente carece de cualquier trascendencia práctica por las razones que acto seguido se explicarán: básicamente, porque el legislador se limita a constatar algo que ya podría suceder en función de las reglas generales sobre negociación colectiva.¹

Lo más llamativo es que el precepto permite que los convenios colectivos establezcan “requisitos” para prevenir los “abusos” en la contratación temporal. Hay que descartar una interpretación literal de la previsión, so pena de conducirla a un absurdo; los abusos son tales y no hace falta combatirlos con nuevos requisitos sino con conductas apropiadas (fiscalizadoras, divulgadoras, autocontroladoras, etc.); lo que claramente se desea es involucrar a los agentes sociales en la batalla, por el momento perdida, frente al uso indiscriminado de contrataciones temporales. Por eso es acertada la referencia a “prevenir”; porque no hay aquí una llamada a la alteración del régimen jurídico de los contratos sino a la complicidad para desterrar los “abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal”.

La propia indefinición de la tarea encomendada a la negociación colectiva y su contraste con la importancia objetiva que tiene muestra a las cla-

1. No se alcanzan argumentos por los cuales carecería de eficacia la previsión contenida en un convenio colectivo extraestatutario, con independencia de que esta (por lo demás perturbadora) modalidad de ellos debiera de entenderse comprendida o no en la fórmula legal.

ras el deseo de la norma estatutaria. Por más que haya un excesivo seguidismo de los términos en que se manifiesta la Directiva comunitaria 99/70/CE, llama la atención que a los convenios se les invite exclusivamente a prevenir abusos “en la utilización sucesiva de la contratación temporal”; no hay aquí prohibición alguna de abordar otros temas² pero sí señalamiento del terreno en el que se desea una eficaz actuación; del mismo modo que no hay en la norma habilitación sino invitación.

Desde otro punto de vista, a los convenios colectivos se les pide que establezcan medidas para facilitar el acceso de los trabajadores temporales a la formación profesional continua, con el fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesional (artículo 15.7.II del ET); pero no parece que se trate de una exigencia, hasta el punto de convertir en contenido mínimo y necesario de todo convenio esta materia, sino más bien de una exhortación o invitación, cuya concreción dependerá del tipo de instrumento que se adopte y del ámbito funcional y personal del mismo.

2.1.8. Equiparación de derechos de los trabajadores temporales

En el artículo 15.6 del ET se prescribe que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada “tendrán los mismos derechos” que los trabajadores con contratos de duración indefinida. La importantísima norma quiere evitar los tratamientos desfavorables entre trabajadores que tengan su razón de ser en la diversa duración temporal de su contrato; las normas antidiscriminatorias preexistentes (incluso el artículo 17 del ET) no aludían al posible trato distinto basado en la naturaleza temporal o indefinida del contrato; la doctrina judicial se hallaba dividida sobre el tema y la negociación colectiva establecía en ocasiones una doble escala o tratamiento atendiendo a esa circunstancia.

Tampoco esta realidad constituye un patrimonio exclusivo de las relaciones laborales de nuestro país, pues la antes citada Directiva 99/70/CE cifra su “objeto” en dos aspiraciones (cláusula 1), y la primera de ellas es “mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando el

2. Recuérdese que, respetando las normas de Derecho necesario, el convenio colectivo puede diseñar no sólo las líneas generales de las modalidades contractuales, sino, además, aportar la regulación de cuándo, cómo, para qué “puesto” de trabajo, etc., debe acudirse a cada una de ellas, previendo, también fórmulas complementarias en lo que respecta a la extinción de los mismos y a la eventual conversión de ellos en vinculaciones de duración indefinida, como se verá seguidamente.

respeto al principio de no-discriminación”, lo que se concreta en la cláusula 4 del acuerdo que da lugar a la norma comunitaria, de contenido bastante similar al inciso aquí comentado.

Existe una regla general inequívoca, conforme a la cual “los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida”. De la misma manera, el apartado 1 de la cláusula 4 de la directiva advierte que “por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada”.³ Esa parificación de derechos, equivalente a la consideración del tipo de vínculo existente como una de las circunstancias cuya toma en consideración se reputa discriminatoria si se utiliza para diferenciar los estatutos jurídicos de uno y otro colectivo, se acompaña de ciertas previsiones complementarias:

–Quedan a salvo las peculiaridades de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción. La salvedad no sólo resulta lógica sino realmente obligada, so pena de abocar al absurdo las contrataciones temporales; se trata de las reglas específicas sobre preaviso, denuncia, indemnización, etc. Obviamente las causas de extinción, por definición, añaden a las típicas de la relación laboral las privativas de cada modalidad que provocan que el contrato sea temporal, y también en este punto se siguen miméticamente las indicaciones del Derecho comunitario.⁴

–Igualmente salva el legislador, aunque no haría falta pues llegaríamos al mismo resultado mediante una mera interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, las peculiaridades “expresamente previstas en la ley” respecto de los contratos formativos y el de inserción. Algunos intérpretes consideran que sólo se ha querido aludir al régimen extintivo, que-

3. El concepto de “trabajador con un contrato de duración indefinida comparable” surge del apartado 2 de la cláusula tercera, a cuyo tenor es quien ha sido contratado para una duración indefinida “en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña”.

4. La directiva, en el apartado 1 transcrito de la cláusula cuarta, admite diferenciaciones basadas en “razones objetivas”. Por otra parte, al determinar su ámbito de aplicación, advierte la norma comunitaria que “Los estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, podrán prever que el presente acuerdo no se aplique a, entre otras, las relaciones de formación profesional inicial o aprendizaje” [cláusula 2.2.a)]; quizá forzando excesivamente la interpretación se puede cuestionar que nuestro Derecho haya incluido también en la excepción al contrato en prácticas.

riendo evitar que una acepción estricta de lo que signifiquen *modalidades contractuales* dejara fuera estas categorías de contratos de trabajo; por el contrario, otras opiniones postulan un entendimiento más amplio de la salvedad, equivalente a cualesquiera materias específicamente reguladas por la ley.⁵

–Este principio de igualdad de trato a los trabajadores temporales será sustituido por una aplicación de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado en aquellos casos en que la naturaleza del derecho o condición laboral así lo requiera. La directiva advierte que “cuando resulte adecuado, se aplicará el principio *pro rata temporis*”; la norma española, quizá para eludir las críticas a la utilización no excesivamente ortodoxa de ese principio,⁶ ha preferido una dicción más complicada y extensa para reflejar esta idea: “Cuando corresponda en atención a su naturaleza, serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”, pero ha dejado para el imprescindible desarrollo reglamentario la concreción de los supuestos y su instrumentación, porque la mera referencia a la naturaleza de las cosas en absoluto solventa el problema.⁷

–El propio inciso segundo de este artículo 15.6 del ET excepciona del juego de la regla de la proporcionalidad en aquellos derechos (principalmente económicos) que se relacionan con la antigüedad, precisando que “éste (derecho) deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”. Finalmente, se cierra este sistema estableciendo que “Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”, desestimando también en este caso la espita que

5. En realidad, pensamos que carece de sentido práctico optar por una u otra versión; cualquier especialidad no discriminatoria contemplada por la ley ha de considerarse válida.

6. Sobre la indebida aplicación de ese principio en el trabajo con dedicación parcial, cf. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: “Trabajo a tiempo parcial y Derecho comunitario”, *Relaciones Laborales* núm. 15/16, 1998, pág. 69.

7. Así, reza el apartado 3 de la cláusula cuarta de la Directiva 99/70/CE que “Las disposiciones de aplicación de la presente cláusula las definirán los estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales”.

deja abierta la legislación comunitaria a tratamientos diferentes “justificados por razones objetivas”.⁸

Parece imprescindible que el desarrollo reglamentario futuro se ocupe de precisar con detalle estas medidas y, sobre todo, sus consecuencias, pero al mismo tiempo se puede ya afirmar que algunas de las prácticas más burdas de nuestra negociación colectiva quedan expresamente vedadas.

Una singular manifestación de esta preocupación por la calidad del empleo temporal que quizá hubiera encontrado buen acomodo en el mismo artículo 15.6 del ET ha sido ubicada en el párrafo último del siguiente inciso del artículo 15 del ET, y tiene por objeto invitar a los convenios colectivos a que establezcan “medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua y favorecer su progresión y movilidad profesionales”.⁹ Es una previsión muy razonable, conectable con las exigencias de formación que pesan sobre las ETT:¹⁰ como el trabajador temporal se vincula de forma tan precaria a la empresa es lógico suponer que no quiera invertir en la cualificación de un trabajador que pronto no estará en su plantilla,¹¹ y se genera un círculo vicioso, pues la oferta de un empleo indefinido es más probable en la medida en que la cualificación sea más alta.

2.1.9. Acceso a empleos permanentes

A la hora de contemplar el tránsito de un trabajador temporal a la condición de fijo, la ley se torna especialmente confusa, pues el artículo 15.7 del ET establece un deber informativo de la empresa y un borroso derecho de los trabajadores afectados.¹²

8. Apartado 4 de la cláusula cuarta.

9. Hay que notar que el precepto usa la dicción “establecerán”, siendo más razonable interpretar que es un tiempo verbal futuro y, por consiguiente, contiene un deseo del legislador, pues si se considerara un imperativo implicaría la necesidad de pronunciamiento del convenio sobre esta materia y su inclusión entre los contenidos necesarios de la norma colectiva; si esta última hubiera sido la voluntad legislativa sería exigible que se hubiera acompañado de la oportuna modificación del precepto dedicado a ese contenido necesario del convenio colectivo.

10. Cf. artículo 12.2 de la Ley 14/1994 y concordantes.

11. Sobre los déficits de formación que produce la rotación en el empleo inherente a niveles elevados de contratación temporal, razona, por ejemplo, la exposición de motivos de la enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Socialista; cf. en BOCG núm. 37-6, de 27 de abril, pág. 47.

12. También en coherencia con la norma comunitaria, el apartado 7 del artículo 15 del ET dispone que “El empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de

El empresario, en efecto, viene obligado a informar a los trabajadores de la empresa con contratos temporales sobre los puestos fijos vacantes; en realidad, se trata de hacerles llegar la noticia de que va a procederse a la realización de uno o varios contratos de duración indefinida, aunque la norma hable de “puestos”, con claras reminiscencias iuspublicistas. De esta manera se está subrayando que la condición de trabajador temporal es peor que la de permanente, algo obvio, pero también que en lo posible ha de ser un estado transitorio, de manera que todo trabajador está llamado a alcanzar la condición de indefinido, y por ello se le han de otorgar todas las oportunidades para que ese cambio sea posible.¹³

Estamos ante una obligación recepticia pero informal, pues no se exige que se haga llegar la información a cada trabajador individualizadamente, sino que basta con un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo; otros medios adecuados a las circunstancias del caso, incluido el correo electrónico, pueden ser válidos.

¿Para qué sirve que los trabajadores temporales accedan a tal información? Según la ley, para “garantizarles las mismas oportunidades de acceso a puestos permanentes que los demás trabajadores”; la formulación del precepto en modo alguno ha de conducir al espejismo de que existe un derecho (preferente o, mucho menos, automático) a acceder al empleo fijo, salvo que los convenios colectivos así lo hayan previsto; la eventual existencia de una cláusula de estas características no devendría en nula, en ningún caso, en el sentido proscrito por el artículo 17.1 del ET.

Un paso más en este planteamiento se recoge en el siguiente párrafo del mismo apartado, que invita a la negociación colectiva a “establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos”. Se incide en la misma idea de transitoriedad en la condición de empleado temporal, pues en la medida en que la negociación colectiva se muestre receptiva al uso de esta posibilidad, con nitidez se está configurando la contratación temporal como una forma de ingreso en la empresa que desembocará en la condición de trabajador indefinido.

garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

13. Por supuesto, en la tramitación parlamentaria se han planteado iniciativas más audaces. Planteando la existencia de una verdadera preferencia en la ocupación de vacantes, cf. enmienda núm. 16, en BOCC núm. 37-6, de 27 de abril, pág. 24.

El propio artículo 15.7.II del ET prevé la posibilidad de que la negociación colectiva se encargue de regular “compromisos de conversión” de los contratos de trabajo de duración determinada o temporales en indefinidos. El último párrafo de este artículo 15.7, ya comentado, relativo a la articulación en la negociación colectiva del derecho de los trabajadores temporales a la formación continua, también conecta con este mismo propósito, en tanto en cuanto la cualificación favorece la adquisición de la condición de trabajador indefinido.

El incumplimiento de esta exigencia permite deducir la responsabilidad prevista en el artículo 6.5 de la LISOS cuando dispone que se considera infracción leve “no informar a los trabajadores [...] con contratos de duración determinada o temporales sobre las vacantes existentes en la empresa, en los términos previstos en [el] Estatuto de los trabajadores”.

2.1.10. Enumeración

Tradicionalmente, nuestro Derecho reconoce tres variantes o clases de contratos temporales que se justifican por la propia índole de la necesidad empresarial (productiva): 1) contratos para obra o servicio determinados; 2) contratos de interinidad, y 3) contratos por circunstancias eventuales de la producción. A esa tripleta se le sumó durante el período comprendido entre los años 1984 (Ley 32/1984) y 1987 (Real decreto ley 8/1997) el contrato de lanzamiento de nueva actividad, de discutido encaje en la categoría de contratos temporales estructurales.

En la actualidad, tras las reformas introducidas mediante el Real decreto ley 5/2001, al trío habitual (obra o servicio, eventual, interinidad) vuelve a añadirse un cuarto y polémico supuesto: el contrato de inserción.

Aunque el diseño fundamental de las cuatro variantes lo lleva a cabo el propio artículo 15 del ET, en bastantes cuestiones resulta imprescindible completarlo con las previsiones reglamentarias; el Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, se ocupó de disciplinar los contratos de obra o servicio, eventual e interinidad.

SEGUNDA PARTE: LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Contratados laborales y funcionarios: la doble vía

Las administraciones públicas, cuando actúan como empresarios laborales, sometiéndose al Derecho del Trabajo, pueden contratar los servicios

de los trabajadores, como cualquier empresario privado, por medio de contratos laborales, que tengan bien una duración indefinida, bien una duración determinada.

Aunque en la práctica se hayan suscitado numerosos problemas aplicativos, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico viene posibilitando que las administraciones públicas cubran sus necesidades de personal tanto mediante funcionarios u otro personal en régimen de Derecho administrativo cuanto con empleados en régimen laboral.¹⁴ Así, no cabe duda de que “la distinción entre el personal funcionario y el personal laboral es básica en la legislación vigente”, de modo que sus respectivos estatutos jurídicos, de conformidad con lo querido por la Ley Fundamental (cf. artículos 35.2 y 103.3 de la CE), están bien diferenciados y las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas “vienen establecidas en parte por las leyes o reglamentos, y en parte también por convenios colectivos y/o por contratos individuales, entre el trabajador y el ente público, al igual que ocurre entre particulares”.¹⁵

Como quiera que la Constitución ha optado por un régimen estatutario, con carácter general, para todos los servidores públicos (artículos 103.3 y 149.1.18) habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al

14. Por eso tiene sentido la previsión del artículo 1.3.a) del ET conforme al cual se excluye del ámbito aplicativo de la legislación laboral “la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la función pública, así como la del personal al servicio del Estado, las corporaciones locales y las entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”.

Sobre el tema ver A. PALOMAR OLMEDA, *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, edit. Dykinson, Madrid 1990, especialmente pág. 66 y ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo. Organización y empleo público*, Marcial Pons, 2.ª edición, Madrid, 1988, especialmente pág. 300 y ss.

15. Los entrecuadrados se entresacan de la STC 57/1982, de 27 de julio (BOE de 18 de agosto de 1982). La evolución normativa posterior ha mostrado una espectacular aproximación de estatutos en el ámbito de las relaciones colectivas que en absoluto ha pasado desapercibida para la doctrina; por todos, A. OJEDA AVILES, “Los límites del paradigma laboral en la función pública”, *Relaciones Laborales-La Ley*, número 3, Madrid, 1992, pág. 7 y ss., y S. DEL REY GUANTER *et alii*, *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990.

Sobre el tema, entre otros estudios, ver M. R. ALARCON CARACUEL, *La nueva configuración legal de la relación de empleo público (funcionarios y contratados laborales)*, Delegación interprovincial del IEAL, Sevilla, 1987; R. CARDONA TORRES, *El personal laboral en las corporaciones locales*, Barcelona, 1989, especialmente pág. 31 y ss.; A. OJEDA AVILES, “El empleo temporal en las administraciones públicas (una aproximación unitaria)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo-Civitas*, número 56, Madrid, 1987; T. SALA FRANCO y J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “La carrera profesional del personal laboral de la Administración pública”, en *Documentación Administrativa*, número 210/211, Madrid, 1987.

servicio de las administraciones públicas. Debe descartarse cualquier intervención reglamentaria dirimente, explícita o implícita, en la materia ya que sólo a la ley corresponde la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las administraciones públicas, pues no otra cosa se desprende de la opción en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos y de la consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal previsión constitucional sean dispuestas por el legislador.¹⁶

A fin de acomodar las previsiones de la Ley de medidas para la reforma de la función pública a las exigencias de la doctrina constitucional, mediante la Ley 23/1988 se dio nueva redacción a su artículo 15, conforme al cual “con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social serán desempeñados por funcionarios públicos”, si bien podrán ocuparse por personal laboral determinados puestos como los no permanentes, los que tiendan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo, los propios de oficios, vigilancia, porteo y similares, vigilancia y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil, servicios sociales y protección de menores, y los que exijan conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos funcionariales con tal preparación. Por cuanto aquí interesa, los aludidos problemas sobre aplicación de las normas laborales cuando el empleador posee la cualidad de Administración pública, desembocan en la determinación de si el bloque normativo laboral es aplicable íntegramente en tales casos.¹⁷ La respuesta –tanto en general cuanto en la materia ahora considerada– apunta hacia una afirmación condicional.

Respecto de qué puestos pueden ser ocupados por personal laboral en la Administración pública, la ley debe establecer los puestos que, por su

16. Tales consideraciones pueden verse en la STC 99/1987 de 11 de junio (BOE del 26). Cf. también F. SAINZ MORENO, “El Estatuto de la función pública después de la STC 99/1987 y de la Ley 23/1988”, en *Revista de Administración Pública*, número 117, Madrid, 1988.

17. Resulta clarificador el análisis de R. GARCÍA LÓPEZ, “La contratación laboral temporal en las administraciones públicas”, en *Civitas-Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 44, Madrid, 1990, cuando, analizando el concreto tema que anuncia el título de su ensayo, entiende que “presupuesta la validez procedimental, la formalización contractual y sus ajustes constitucionales, los incumplimientos de la Administración que recaigan en la esfera de influencia del Derecho del Trabajo conducen indefectiblemente a la plena aplicación y eficacia de las normas que impongan la conversión del contrato en indefinido”.

especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y los que, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal que no ostente dicha condición. En efecto, el artículo 15 de la Ley de reforma de la función pública enumera los siguientes supuestos, en los que se exceptúa el desempeño de las funciones públicas por personal sometido al régimen estatutario:

–Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

–Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia y porteo y otros análogos.

–Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores.

–Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

–Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comparten manejo de máquinas, archivo y similares.

–Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

Además de los supuestos señalados, también son admisibles los dispuestos en la Ley 13/1986, de 14 de abril, de fomento y coordinación general de la investigación, en relación con su utilización para la realización de determinados proyectos de investigación, así como la vinculación de trabajadores mediante contratos de trabajo en prácticas.

Como *principio general*, la jurisprudencia ha proclamado que cuando la Administración pública actúe como empresario laboral ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico que disciplina esa prestación de servi-

18. Sobre el tema J. LÓPEZ GANDÍA, "Algunas consideraciones acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración pública", en *Poder Judicial*, número 3, Madrid, 1986; T. SALA FRANCO, "La contratación temporal en la Administración Pública", en *Poder Judicial*, número 3, Madrid, 1986.

cios;¹⁸ el contrato de trabajo “habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral que de él dimana ajustadamente a la normativa laboral que le sea aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso”, pues lo contrario iría contra el mandato del artículo 9.1 de la CE, donde se proclama el principio de legalidad y la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.¹⁹

A su vez, como matizaciones del anterior, hay que hacer referencia a los condicionantes que imponen algunos preceptos tales como:

–El artículo 103.3 de la CE, conforme al cual debe de regularse “el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad”.

–El artículo 23.2 de la CE, que proclama el derecho que tienen los ciudadanos para “acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

–El artículo 19 de la Ley 30/1984, de medidas para la reforma de la función pública, que –descartando cualquier duda interpretativa sobre el alcance de las anteriores previsiones, referidas a funcionarios o funciones públicas– preconiza que “las administraciones públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”.²⁰

Interesa mucho resaltar que, tras numerosos vaivenes y vacilaciones, en la actualidad existe una importante tendencia restrictiva respecto del

19. Ver al respecto la importante STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1875), en casación para unificación de doctrina, sobre adquisición de la fijeza en el sector agrícola cuando el empresario es una administración pública. En el mismo sentido, la STS de 11 de marzo de 1991 (RJ 1991, 822); de 31 de enero de 1992 (RJ 1992, 142); de 6 y de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3516 y 3564); de 20 de junio de 1992 (RJ 1992, 4602).

20. En el mismo sentido se pronuncia el Real decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, especialmente el artículo 3.º.

21. La doctrina dominante del Supremo –por ejemplo, STS de 2 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1305) y de 26 de julio de 1988 (RJ 1988, 6244)– venía preconizando que “salvo supuestos de incumplimiento especialmente cualificados, las irregularidades en que puedan incurrir las administraciones públicas en la contratación temporal del personal a su servicio no pueden determinar por la simple inobservancia de las formalidades del contrato, del término o de los requisitos aplicables a las prórrogas, la atribución con carácter indefinido de un puesto de trabajo, que debe proveerse a través de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad”.

alcance que posean las peculiaridades del régimen laboral en empleos públicos.²¹ La tensión entre sujeción al ordenamiento jurídico y respeto a ciertos principios en el acceso a empleos de carácter público se resuelve de modo que “la repercusión del citado artículo 19 de la Ley para la reforma de la función pública en la relación individual de trabajo se limita [...] al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración”.²²

En consecuencia, ha de tenerse como doctrina vigente sobre el particular la de que “el ordenamiento laboral es aplicable a los trabajadores de las administraciones públicas, con las salvedades que se derivan de su legislación específica”; entre tales salvedades o excepciones posee especial relevancia la referida a los principios que deben presidir el reclutamiento de estos trabajadores, pero con fundamento en ellos no cabe excepcionar la aplicación de otras reglas del ordenamiento laboral, como las que prevén las consecuencias del despido disciplinario.

De este modo queda finalmente descartada la postura jurisprudencial que –buscando armonizar los principios constitucionales sobre acceso a la función pública con los derechos del trabajador despedido– admitía la existencia de despidos nulos en el ámbito de los trabajadores al servicio de administraciones públicas, pero cambiando la forzosidad de la readmisión por el abono de la indemnización propia del improcedente.²³ La propia Constitución española exige que la Administración actúe con sujeción al ordenamiento jurídico (artículos 9.1 y 103.1). Si el despido es nulo sus efectos no son otros que los descritos por el legislador (especialmente el artículo 55.6 del ET), al igual que sucederá cuando se califique como improcedente; “es perfectamente posible imponer a un órgano de la Administración pública el que readmita a un trabajador indebidamente despedido”.²⁴

Sobre el tema, E. MARTÍN PUEBLA, “Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración pública”, en *Relaciones Laborales*, número 1, Madrid, 1990, especialmente pág. 23 y ss.

22. Sentencia ya citada de 18 marzo de 1991 (RJ 1991, 1875), fundamento jurídico tercero.

23. R. GARCÍA LÓPEZ, “La contratación laboral...”, *op. cit.*, resume las tres corrientes detectadas en la jurisprudencia: inaplicación de la normativa laboral en este punto, consideración de la Administración como empresario laboral ordinario (la finalmente triunfante) y la ecléctica reseñada (limitar los efectos del despido nulo a los indemnizatorios, propios del improcedente).

24. Así lo dice frontalmente la citada STS de 22 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 7026).

2. Contrato de trabajo y contrato administrativo

2.1. Introducción

De la definición de Administración pública que efectúan tanto el artículo 2 de la LRJPAC, como el artículo 1 del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, se sigue que tienen dicha consideración.²⁵

–La Administración General el Estado, las administraciones de las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local.

–Las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas, pero no de forma incondicionada, sino sólo cuando ejerzan potestades administrativas; de lo anterior se infiere que no son Administración pública las organizaciones creadas por las administraciones públicas con forma jurídico-privada, ni las que se caracterizan por una evanescencia de la dependencia o adscripción a la Administración Pública propiamente dicha y con sujeción a un estatuto específico.

La doctrina constitucional fue categórica al afirmar que la Constitución ha llevado a cabo una opción genérica a favor del régimen estatutario de los funcionarios públicos, de tal manera que el personal que sirva a las administraciones públicas debe ser funcionario y únicamente por ley podrá exceptuarse este tipo; por tanto, no existe en la Constitución un principio unitario entre los regímenes laboral y funcional.²⁶ De ahí que tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia asuman el criterio de la diferenciación entre ambos colectivos: uno entronca con el artículo 35 de la CE y el otro con el artículo 103 de la CE, respectivamente, por lo que no cabe la aplicación automática de la normativa laboral al ámbito de la función pública.²⁷

En la propia Constitución española aparece un mandato expreso de regulación mediante ley del régimen estatutario de los funcionarios públicos, es decir, existe una reserva de ley que afecta a la normativa relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones

25. STSJ de Castilla y León de 30 de enero de 1996 (AS 1996, 59).

26. En este sentido, por todas, STC 99/1987.

27. STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6254), y de 14 de julio de 1993 (RJ 1993, 5641).

de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones en que ésta pueda darse, a los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo.²⁸

En este sentido, siendo la ley la que directamente reconoce los derechos a los funcionarios públicos, resultará difícilmente sostenible que éstos puedan ostentar derechos adquiridos frente a la ley. Además, el régimen estatutario de los funcionarios con el diseño de sus derechos y obligaciones no puede ser fijado en lo esencial mediante el procedimiento de la negociación colectiva, puesto que hay una reserva de ley que impide que alguien pueda adquirir el estatuto de funcionario público en virtud de un pacto,²⁹ lo que sólo se logra mediante los sistemas previstos en la ley y con respeto a la legalidad. A modo de ejemplo, podemos decir que la relación que vincula al médico asistencial con la organización correspondiente de la Seguridad Social es una relación estatutaria, y no laboral, como se deriva del artículo 45 de la LGSS y del artículo 1.3.a) del ET, por lo que corresponde aplicar a dicha relación el correspondiente marco estatutario, no estando sometida al ordenamiento laboral, sin perjuicio de la operatividad de la analogía bajo las condiciones que al efecto establece el artículo 4.1 del CC.³⁰

Por otro lado, respecto de la relación laboral existe un principio de irrenunciabilidad de derechos (artículo 3.5 del ET) que impide que los convenios colectivos dispongan en bloque de los derechos y deberes de los trabajadores, es decir, de lo que constituye el estatuto de los asalariados, para sustituirlo por el funcional, pues ello supondría desnaturalizar y dejar sin contenido la relación laboral.

28. Lo pone de relieve la ya citada STC 99/1987.

29. Como matiza la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 19 de diciembre de 2001 (AS 2002, 1622), no se impide que la negociación colectiva recoja de modo expreso para el personal laboral derechos o deberes que tienen los funcionarios, pero ello debe ir acompañado de una redacción detallada y minuciosa sobre los derechos u obligaciones que se quiera incorporar al estatuto jurídico de los trabajadores como fruto de la negociación colectiva. Lo que no cabe pretender es que los trabajadores tengan los derechos y deberes del Estatuto de los trabajadores y los de los funcionarios porque la propia naturaleza del estatuto jurídico de unos y otros hace imposible de conciliar ambos estatutos, por lo que habrá que optar por uno de ellos sin perjuicio de que se incorporen al convenio colectivo, con claridad, aquellos derechos u obligaciones que se quieran reconocer a los trabajadores y que forman parte del régimen jurídico de los funcionarios.

30. STSun de 9 de julio de 1992 (RJ 1992, 5598), de 21 de julio de 1992 (RJ 1992, 5640), de 2 de abril de 1993 (RJ 1993, 2902), de 14 de junio de 1993 (RJ 1993, 4670), entre otras. También la STSJ de Aragón de 17 de enero de 1996 (AS 1996, 29).

2.2. Naturaleza de la contratación³¹

2.2.1. Inocuidad de la autocalificación

La determinación de si una relación entre partes tiene o no naturaleza laboral en absoluto puede depender de cómo la denominen o califiquen las partes, sino que deriva de la auténtica realidad del negocio jurídico en cuestión, puesto que los contratos son lo que son y tienen la naturaleza que les es propia; hasta la saciedad ha repetido la jurisprudencia laboral que “los contratos son lo que son y no lo que las partes afirman”, entronizando así el *principio de realidad*. De ahí que, si las entidades públicas actúan como empresarias, no es posible desconocer el carácter laboral que las tenga unidas con sus trabajadores.

2.2.2. Indisponibilidad

En el período normativo precedente, cuando estaba en vigor el Real decreto 1465/1985, de 17 de julio, de contratos del Estado, se pusieron en juego numerosos contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus organismos autónomos y la Seguridad Social; con ese trasfondo, cierta doctrina judicial estableció que había de considerarse como administrativa la vinculación así aceptada por ambas partes que se acogiese a norma de aquella naturaleza,³² por entender que la vis atractiva del orden social en las relaciones de servicios por cuenta ajena sólo se produce cuando estableciéndose una situación de hecho no se especifica por escrito la naturaleza de la vinculación, duración, características, etc. (artículo 8.1 del ET), entrando en juego ante tal eventualidad la situación genérica sustitutoria que al efecto traslada al campo laboral la atípica relación mantenida.

Se admitía el juego de la presunción *iuris tantum* del artículo 8.1 del ET, pero entendiendo que la misma quedaba desvirtuada si de las cláusulas del contrato o de los términos en que los servicios se prestaron, o aun no docu-

31. Los apartados en que se divide este epígrafe toman como base los principios que la doctrina jurisprudencial ha elaborado en torno a la interpretación del artículo 23.2 de la CE: STS de 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4660), de 10 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1282), de 25 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1510), de 23 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5885). También, la STSJ de Murcia de 19 de febrero de 2001 (AS 2001, 253).

32. STSJ de Madrid de 12 de mayo (AS 1997, 1736), de 1 de julio (AS 1997, 2611), y de 8 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3234).

mentada la contratación, apareciese que la relación estaba sometida a distinto régimen. El vínculo no podía ser laboral cuando ambas partes habían elegido libremente (artículo 1255 del CC) el cauce administrativo para regir la relación en sí, y el devenir de la misma con toda la condicionalidad propia de la naturaleza administrativa; por ello, aunque la Administración contratante cometiera algún abuso o irregularidad, tal anomalía no podía generar la metamorfosis de la relación convenida, en otra de naturaleza distinta y, consecuentemente, las reclamaciones que contra el indebido uso de derecho o su abuso en tal acontecer se pudieran producir habían de ser depuradas ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero el criterio de referencia fue contradicho por el Tribunal Supremo,³³ conforme a cuya jurisprudencia unificada hay que considerar la indebida utilización del contrato administrativo como fraudulenta a tenor de los artículos 15.3 del ET y 6.4 del CC, en concordancia con la irrenunciabilidad de derechos que el artículo 3.5 del ET establece; a la postre, se ha vaciado el contenido normativo de las disposiciones que rigen la situación de temporalidad en las vinculaciones de este tipo. Sobre el tema volveremos detalladamente con posterioridad.

2.2.3. Virtualidad del contenido del contrato

La diferencia entre el contrato administrativo y el contrato laboral se ha examinado en ocasiones atendiendo al tipo de trabajo a realizar, dado que el contrato laboral implica la realización de trabajos normales y permanentes,³⁴ no específicos y excepcionales como los que la contratación administrativa permitía afrontar.

Para determinar la verdadera naturaleza de las relaciones, y por ende la competencia jurisdiccional administrativa o social, hay que valorar si las tareas concertadas se encuentran amparadas o no por el artículo 196 de la LCAP, que dispone que los contratos de consultoría y asistencia y los de servicios que celebre la Administración se regirán por la citada ley.³⁵

33. STS de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7842), de 2 (RJ 1998, 1248) y de 10 de febrero (RJ 1998, 2208), de 13 de julio (RJ 1998, 6170), y de 9 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8664), de 21 de enero de 1999 (RJ 1999, 819).

34. STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 28 de marzo de 2000 (AS 2000, 1179), de Madrid, de 20 de diciembre de 2000 (AS 2000, 731), de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 25 de enero de 2001 (AS 2001, 918), de Madrid, de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 1245).

35. Como señala el artículo 196 de la LCAP, son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

También puede distinguirse un contrato administrativo de un contrato laboral en función de si existe una norma con rango de ley que autorice la contratación de uno u otro tipo.³⁶ Si tal normativa de apoyo no existe, el contrato es laboral.³⁷

La naturaleza administrativa de un contrato tiene que estar autorizada por una norma con carácter de ley y es el sometimiento de las partes a dicha norma lo que caracteriza a la relación como diferente de la laboral. Esta tesis se concilia con lo dispuesto en diversas normas: disposición adicional 4.^a de la LMRFP; LBRL; Real decreto 1465/1985, de 17 de julio, de contratos del Estado para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus organismos autónomos y la Seguridad Social;³⁸ artículo 197 de la Ley 13/1995, de contratos de las

a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración, y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

1.^a Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

2.^a Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

3.^a Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

4.^a Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas.

Respecto de los que considera contratos de servicios, señala el artículo 196.3 de la LCAP que son aquellos en los que la realización de su objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros títulos de la ley citada.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

36. STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4943).

37. STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 1309).

38. Es necesario precisar que los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales que venían siendo regulados por el Real decreto 1465/1985, de 17 de julio, han sido suprimidos como con regulación sustantiva propia tras la reforma de la Ley de contratos llevada a cabo por Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas. Se incluyen ahora en la regulación de los contratos de consultoría, asistencia y servicios de los artículos 196 y siguientes de la LCAP, aprobada por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

administraciones públicas, modificada por la LCAP mencionada. De acuerdo con dicha tendencia, se pretende reducir los supuestos de contratos administrativos a modalidades excepcionalmente autorizadas, trabajos específicos, concretos y no habituales, para evitar el empleo abusivo de esta especial contratación.

Con arreglo a esta tendencia y al referido conjunto normativo, las características de los contratos administrativos suelen enumerarse del siguiente modo:³⁹

–Sólo pueden celebrarse “excepcionalmente”.

–Únicamente pueden tener por objeto “la realización de trabajos específicos y concretos no habituales”. Estos contratos tienen carácter excepcional.⁴⁰ Su objeto no es una prestación de trabajo, esto es, una actividad independiente de su resultado, sino un producto delimitado de la actividad humana.

En ellos se contempla fundamentalmente el resultado que se ha de lograr o producir como consecuencia de la actividad desplegada por el contratado, no siendo tomada en consideración, como dato trascendente, tal actividad por sí misma. La misma doctrina establece que el artículo 8.1 del ET recupera toda su virtualidad, cuando nos encontramos con trabajos genéricos, prestados en régimen de dependencia y ajenidad que caracteriza el contrato de trabajo, según el artículo 1 del ET, dado que las notas características del contrato de trabajo se extraen de los artículos 1.1 y 8.1 del ET,⁴¹ haciendo referencia a la prestación voluntaria de servicios retribuidos, por cuenta ajena y dependiente.⁴²

39. La jurisprudencia establece estas características atendiendo a la regulación de la Ley 13/1995, pero, como ya hemos apuntado, las previsiones de la LCAP han seguido la misma tendencia reguladora, por lo que consideramos vigente este contenido y aplicable a la situación actual. En este sentido, podemos citar, entre otras, las STS de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9991), de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1248), de 27 de abril de 1998 (RJ 1998, 3870), de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7842), de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 782). STSJ de Galicia de 19 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2915).

40. STS de 18 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2015), de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1248), de 27 de abril de 1998 (RJ 1998, 3870), de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7583), de 2 de febrero de 1994 (RJ 1994, 782), de 26 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7842), y de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9087), de 13 de abril de 1989 (RJ 1989, 2967), entre otras. También, la STSJ de Navarra de 17 de diciembre 2002 (AS 2002, 432).

41. STS de 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7425), STS de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 4978), de 10 de diciembre de 1996 (AS 1996, 9140), de 15 de abril de 1997 (AS 1997, 3200), de 22 de abril de 1997 (AS 1997, 3491), de 21 de diciembre de 1999 (AS 1999, 2095). También, STSJ de La Rioja de 25 de octubre de 2001 (AS 2001, 3657).

42. Así, las sentencias utilizan el requisito de la dependencia para marcar la diferencia entre el contrato administrativo para trabajos específicos y concretos no habituales, respecto del contrato de trabajo para

–Su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente de su resultado final. En la realización de funciones permanentes y habituales en el centro de trabajo donde se prestan los servicios, se excluye el trabajo específico concreto y no habitual al que la LCAP ofrece su cobertura para sustraerlo a la presunción de la laboralidad del ET.

–Todo ello también determina que la actuación realizada por el contratado presente un cierto grado de autonomía.

–En la aplicación de las reglas anteriores, se ha considerado como contrato administrativo el celebrado para el desarrollo de actividades de formación del personal de las propias administraciones públicas, actuando éstas como empleador.⁴³

2.2.4. Contratación celebrada en fraude de ley

Las disposiciones que delimitan el campo de aplicación de las normas laborales tienen naturaleza imperativa y son indisponibles para la voluntad de las partes contratantes, que no pueden destipificar una relación como laboral si ésta reúne los requisitos necesarios para esa calificación,⁴⁴ salvo que exista una norma con rango de ley que autorice tal *exclusión constitutiva*.⁴⁵ Tampoco las administraciones públicas quedan exentas de someterse a los confines de la relación laboral cuando actúan como empleadoras, quedando vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo.⁴⁶

Interesa mucho reiterar que la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada (si presenta las notas típicas de ajenidad, dependencia, retribución, voluntariedad e insustituibilidad) no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como adminis-

la realización de una obra o servicio determinado: STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4117), de Castilla y León, Valladolid, de 21 de enero de 1997 (AS 1997, 44), de Asturias de 24 de julio de 1998 (AS 1998, 2329), de Andalucía, Sevilla, de 7 de abril de 2000 (AS 2000, 4007).

43. STSJ de Madrid de 20 de julio de 2001 (AS 2001, 3730).

44. A este respecto la jurisprudencia es reiterada (por ejemplo, STS de 14 de noviembre de 1983 y de 10 de abril de 1984), como recuerdan las STSJ de La Rioja de 16 de octubre de 1989 (AS 1989, 1386), de 12 de abril (AS 1991, 2566), de 15 de junio de 1992 (AS 1992, 2993), de 22 de octubre de 1996 (AS 1996, 4278). Para determinar la auténtica naturaleza laboral o no de la relación hay que estar a su verdadero contenido obligacional, y a la denominación ni a la concepción que las partes contratantes tengan de ella o a lo que establezca una decisión o resolución administrativa.

45. STSJ de Navarra de 17 de diciembre de 2002 (AS 2002, 432).

46. STS de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1875).

trativo en virtud del artículo 1.3.a) del ET en relación con la disposición adicional 4.^a.2 de la LMRFP, por más que en ésta se establezca que “los contratos a celebrar excepcionalmente por las administraciones públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil”.

La razón de lo anterior es bien sencilla: la procedencia de la referida contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la habilita, es decir, a que se refiera a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que exige que lo contratado sea un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma e independientemente de su resultado final.⁴⁷ Cuando son contratos complementarios, sólo son considerados como tales aquellos cuyo contenido se considere necesario para la correcta realización de la prestación o prestaciones objeto del contrato principal;⁴⁸ por ejemplo, no se incluye en el contrato principal el de naturaleza pedagógica o educativa.⁴⁹

Las irregularidades que, en la aplicación de las normas de contratación, hayan podido producirse no tienen, en principio, entidad suficiente para transformar en laboral el carácter administrativo de los correspondientes contratos pactados por las partes. Ahora bien, cuando la realización de los diversos cometidos contratados ha sido efectuada dentro de la propia estructura administrativa de la Administración, con los medios materiales, la jornada laboral, disfrute de vacaciones, recibiendo instrucciones de los superiores, sufragando los gastos de desplazamiento, etc., para realizar sus cometidos, tales servicios carecen de la autonomía necesaria para ser objeto de un contrato de consultoría y asistencia de los previstos en el artículo 196 de la LCAP, constituyendo tal contratación un verdadero fraude de ley, al encubrir la prestación de servicios dentro del ámbito y círculo organizativo de la entidad contratante, por lo que su naturaleza es laboral y no administrativa.⁵⁰

47. STS de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1248), de 27 de abril de 1998 (RJ 1998, 3870), de 13 de julio de 1998 (RJ 1998, 3170), de 15 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7419), de 24 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7425), y de 4 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10198). También, STSJ de Navarra de 24 de julio de 2000 (AS 2000, 2666), de Murcia de 19 de febrero de 2001 (AS 2001, 253).

48. STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 1311), de 9 de febrero de 2001 (AS 2001, 135557).

49. STSJ de Madrid de 17 de julio de 2001 (AS 2001, 3690 y 3691), de 15 de marzo de 2002 (AS 2002, 1502). También, STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2002 (AS 2002, 77998).

50. STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2001 (AS 2002, 443).

2.2.5. Los puestos de libre designación

Los puestos de libre designación son los nombramientos que dependen exclusivamente de la voluntad del órgano que tiene la facultad de designarlos, y en consecuencia también de destituirlos. Estos nombramientos, según constante jurisprudencia, no están sujetos ni al Derecho laboral ni al administrativo, sino que son cargos de confianza de quien los designa, y la duración de esta relación depende sólo de que la confianza perdure, no generando más derechos que los propios de la prestación de servicios de que se trate, pero sin garantía alguna de estabilidad.⁵¹

2.3. Supuestos particulares

2.3.1. Los contratos de colaboración social

Conviene diferenciar los trabajos temporales de colaboración social respecto de los trabajos que se prestan al amparo del programa de colaboración entre el INEM y otras administraciones públicas.⁵²

Los trabajos temporales de colaboración social implican una prestación de servicios que la Administración puede exigir a los trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo (artículo 38.3 del Real decreto 1445/1982, que regula diversas medidas de fomento del empleo); es una carga que éstos tienen que aceptar si quieren conservar las prestaciones dispensadas por el INEM. El trabajador, además de mantener la prestación, recibirá como complemento la diferencia entre la cantidad que integra la prestación económica por desempleo y el importe total de la base para el cálculo de las mismas (artículo 39.1 del Real decreto 1445/1982), garantizándole el cien por cien del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. La Administración que reciba tales servicios se obliga, además, a exigir la realización de tales servicios y el trabajador carece de la posibilidad de rechazarlos, so pena de ver afectadas sus prestaciones por desempleo; así las cosas, no pueden reputarse como laborales, precisamente por faltar la libertad de consentimiento inherente al contrato de trabajo. De aquí que no quepa entender que estamos ante una modalidad contractual más, sino que son una modalización de la prestación por desempleo.⁵³

51. STSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, de 27 de noviembre de 2001 (AS 2001, 4056).

52. STSJ de Murcia de 6 de marzo de 1998 (AS 1998, 946).

53. Respecto a los trabajadores contratados para realizar estas obras y para los que el INEM aporte subvención, deben estar desempleados e inscritos como tales en la oficina del INEM. El INEM subvencionaría

Dado que la Administración puede exigir de todo trabajador desempleado protegido por esta contingencia la realización de trabajos temporales que redunden en provecho de la colectividad, es obvio que la relación de empleo público así constituida no puede reputarse emanada de un contrato de trabajo, pues falla, del lado de quien presta el servicio, el libre consentimiento que está en la base de todo compromiso contractual. Así lo ha venido proclamando la jurisprudencia de los tribunales laborales desde hace tiempo.⁵⁴ Por si alguna duda hubiere sobre su naturaleza, el artículo 213.3 de la LGSS/1994 se ha pronunciado de forma concluyente sobre su carácter extracontractual al afirmar que “los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los perceptores de prestaciones por desempleo *no implicarán la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos*, manteniendo el trabajador el derecho a percibir la prestación o el subsidio por desempleo que corresponda”.

A su vez, la duración de tales servicios se condiciona al tiempo durante el cual el trabajador reciba prestaciones por desempleo, de aquí su naturaleza temporal y no indefinida (nadie puede estar en desempleo de forma indefinida). Por lo que respecta a la utilidad social de los trabajos, estamos ante un concepto vago e impreciso. Si bien la circunstancia de que un trabajo no puede ser considerado así, no implica o tiene como consecuencia que nazca otra figura jurídica distinta. Podrá ser objeto de infracción administrativa o causa de negativa a prestarlos, pero no con-

los costes salariales totales incluidos la cotización empresarial a la Seguridad Social, por todos los conceptos, de tales trabajadores. La subvención también puede destinarse a financiar las diferencias económicas entre las prestaciones y la base de cálculo de las mismas, y las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de trabajadores perceptores de prestaciones económicas que se adscriban a trabajos de colaboración social como mínimo (es decir, el INEM puede adscribir trabajadores perceptores del subsidio de desempleo a estos convenios, como trabajos de colaboración social en las condiciones antes descritas). Por lo que respecta a la contratación a efectuar, ésta será llevada a cabo por la corporación o empresa a la que se le haya adjudicado la realización de la obra o servicio, utilizando la modalidad de contrato que proceda y abonando el salario correspondiente según convenio colectivo.

54. Así, múltiples sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo: por todas, sentencias de 26 de enero, de 17 de febrero, de 25 de marzo y de 18 de noviembre de 1988; de 14 de octubre y de 14 de noviembre de 1988; así como de diversos tribunales superiores de justicia, por ejemplo: STSJ de Madrid, de 28 de marzo de 1990, y de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 1991. Con todo, la propia jurisprudencia es contradictoria al definir la naturaleza de este tipo de trabajos, llegándose a decir de los mismos que constituyen “una figura contractual *sui generis* [...], en la que se halla atenuada la misma libertad de contratación, la voluntariedad en la prestación de los servicios y la libertad en la fijación de la cuantía de la retribución y en la que se impone como carácter inexcusable su carácter temporal” (STS de 16 de mayo de 1988).

vertir en contrato de trabajo lo que no era otra cosa que una relación jurídica *sui generis* entre la Administración y el Instituto Nacional de Empleo.⁵⁵

La jurisprudencia de unificación viene recalcando que los trabajos de utilidad social realizados por perceptores de prestaciones de desempleo al amparo del Real decreto 1445/1982 poseen carácter temporal en todo caso.⁵⁶ Los trabajos de colaboración social no requieren esa adscripción a una obra concreta y específica, sino que quedan justificados *ex lege* con la simple adscripción del trabajador desempleado a la realización de una función pública que, por sí misma, es de utilidad social, con lo que por esa razón no pueden ser calificados de fraudulentos, considerando válida la colaboración social también en estos casos, aunque las tareas desempeñadas fueran las normales o habituales de la Administración receptora. La colaboración social no puede en caso alguno convertirse en indefinida porque la prestación de desempleo tiene siempre naturaleza temporal; aun cuando la desempeñada sea una función que pueda considerarse normal en la Administración, la adscripción nunca puede tener una duración mayor a la que falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiese reconocido.

En fin, la disposición adicional 4.^a de la LMRFP señala que a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente ley no podrán celebrarse por las administraciones públicas contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, admitiendo excepcionalmente en su apartado 2 los contratos administrativos “para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales” (con la salvedad antes reseñada), y tal prohibición se reitera en la disposición transitoria 8.^a de la LBRL. De ahí

55. Por el contrario, los trabajos que se prestan al amparo del programa de colaboración entre el INEM y otras administraciones públicas (Orden de 21 de febrero de 1986, por la que se establecen diversos programas de apoyo a la creación de empleo) tienen por objeto posibilitar la colaboración entre INEM y las corporaciones locales para la realización de obras y servicios por trabajadores desempleados. Las características básicas del mismo son: se trata de llevar a cabo obras y servicios de interés general y social competencia de las corporaciones locales, ejecutadas por ella directamente o por empresas a las que se les adjudique; ocupando a trabajadores desempleados en el porcentaje entre el 75 y el 50%; exigiendo que la obra y servicios se pueda llevar a cabo dentro del año natural del ejercicio presupuestario –con excepciones–; que la corporación local cuente con asignación presupuestaria suficiente, para cubrir las partidas no subvencionadas por INEM; y que la duración mínima de la obra sea de un mes –con excepciones entre otras condiciones.

56. STS de 24 de abril de 2000 (RJ 2000, Rec. 2864/99) (ponente, Sr. Sampedro Corral); de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000, Rec. 2940/1999); de 25 de julio de 2000 (RJ 2000, Rec. 3911/99); de 30 de abril de 2001 (RJ 2001, Rec. 2155/2000) (ponente, Sr. Martínez Garrido).

que la contratación administrativa efectuada para afrontar la gestión de un servicio público local, vigente la prohibición legal indicada, debe considerarse una contratación nula, teniendo que serle aplicada la legislación laboral subyacente, en tanto su contratación carece de cobertura legal.⁵⁷

2.3.2. Las becas

Las becas se configuran como una donación modal (artículo 619 del CC), en virtud de la cual el becado recibe un estipendio, comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio, siendo fundamental su finalidad formativa.

Conceptualmente *las becas* son, en general, retribuciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario, aunque también es cierto que este estudio y formación puede, en no pocas ocasiones, fructificar en la realización de una obra, pero siempre sin olvidar que estas producciones o la formación conseguida, en los becarios, nunca se incorpora a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca. Por ello, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario, ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario.

No obstante, si prevalece el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio, y si la entidad hace suyos los frutos del trabajo del becado, en realidad, se tratará de un contrato de trabajo y no de una beca.⁵⁸ Por esta razón, no habrá beca cuando los servicios del supuesto

57. STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2002 (AS 2002, 1178).

En este sentido, conviene recordar que la disposición adicional 4.^ª de la LMRFP no sanciona la inobservancia de dicha prohibición con la conversión de aquel tipo o relación en otro de carácter laboral fijo, sino que su disposición transitoria 6.^ª, tras conceder al Gobierno un plazo de seis meses para clasificar las funciones desempeñadas hasta entonces por el personal contratado administrativo, con el objeto de determinar los puestos a desempeñar por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal laboral temporal, se limita a decir que todo el personal que haya prestado servicios como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva creación. En todo caso, estas convocatorias de acceso deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal.

58. STS de 13 de junio de 1988 (RJ 1988, 5270), de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5365). También, STSJ de Madrid de 19 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4180), de 26 de octubre de 2000 (AS 2000, 4322), y de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 1246).

becario cubran o satisfagan necesidades que, de no llevarse a cabo por aquél, tendrían que encomendarse a un tercero, o cuando el supuesto becario se limitase a realizar los cometidos propios de la esfera de actividad de la entidad.⁵⁹

2.3.3. Situaciones que no se califican como relación laboral

Conviene dar cuenta de un par de supuestos en que los tribunales han concedido relevancia a determinados aspectos a la hora de descartar la identificación como laboral del nexo existente:

–La convocatoria pública, cuando no se han formalizado los contratos por incumplimiento de requisitos.⁶⁰

–La anulación en vía administrativa de la resolución en materia de provisión de vacantes.⁶¹

TERCERA PARTE: CONTRATACIONES TEMPORALES Y LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. La contratación laboral temporal y la contratación laboral indefinida

Cuando la Administración pública se coloca en la posición de empleador, puede contratar personal laboral a su servicio al margen del personal funcionario. La contratación de trabajadores por cuenta ajena no tiene en las administraciones públicas una legislación específica sino la común matizada por el carácter público del empresario, pudiendo contratar bajo las modalidades de contratación laboral.

Si bien no cabe desconocer el carácter especial de las relaciones de las administraciones con su personal, no obstante la relación laboral cualquiera que sea su forma se presume, según disponen los artículos 8.2 y 15.1 del ET, por tiempo indefinido, lo que implica una presunción *ius tantum* que admite prueba en contrario. El carácter indefinido del contrato

59. STSJ de Andalucía, Granada, de 26 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2981). Así se comprueba, por ejemplo, en los hechos de la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2001 (AS 2001, 1246) cuando se concede la beca y las becarias realizan trabajos en la asesoría jurídica propios de la Administración jurídica, bajo la dependencia directa de los letrados adscritos a la misma, y sometidos a horario, lo que refleja el interés prevalente de la entidad en la obtención y prestación del servicio, por lo que concurren las notas de ajenedad y dependencia propias del contrato de trabajo.

60. STSJ de Extremadura de 24 de diciembre de 1992 (AS 1992, 5998).

61. STSJ de Aragón de 9 de diciembre de 1992 (AS 1992, 5916).

implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente, a un término.⁶²

En ocasiones se argumenta que el Estado como empresario ha de respetar la normativa general y coyuntural a que pueda quedar sometido el tratamiento jurídico de la contratación laboral, pues un régimen singular chocaría frontalmente con el principio de legalidad recogido en el artículo 9.1 de la CE. Las administraciones públicas no reciben trato de favor y, por lo tanto, conforme a las circunstancias concurrentes que así lo exijan, pueden quedar vinculadas por un contrato indefinido.⁶³ De ahí que, si no ha habido solución de continuidad en la realización de funciones que son las propias del organismo administrativo de que se trate, no es observable la temporalidad prevista en el artículo 15 del ET.⁶⁴

2. Contratación indefinida y relación administrativa

La fijeza que pueda alcanzarse⁶⁵ no implica que se altere la naturaleza jurídica de la relación laboral afectada, transformándola en administrativa y produciendo la integración del trabajador en el marco funcional.⁶⁶ Conviene destacar en este sentido la siguiente jurisprudencia:⁶⁷

–Se excluye la posibilidad de declarar la nulidad o improcedencia de los ceses de los contratados “indefinidos” cuando se deban a la cobertura reglamentaria de la plaza desempeñada con las consecuencias a ello inherentes. Un sector doctrinal ha barajado la posibilidad de configurar dichos ceses como despidos objetivos por circunstancias organizativas, como analizaremos con posterioridad.

62. STS de 20 de enero de 1998 (RJ 1998, 1000), de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7492), de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9139), de 24 de abril de 1997 (RJ 1997, 3498), de 28 de abril de 1998 (RJ 1998, 3874), de 18 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10000), de 19 de enero de 1999 (RJ 1999, 2474), entre otras. STSJ de Madrid de 29 de junio de 1992 (AS 1992, 3474).

63. STS de 11 de febrero de 1991 (RJ 1991, 822), de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1875), de 6 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3516).

64. STSJ de Madrid de 8 de julio de 1992 (AS 1992, 3673).

65. Puede alcanzarse no sólo por la celebración de un contrato de trabajo temporal fraudulento, sino también por convenio colectivo que así lo prevea: STSJ del País Vasco de 5 de junio de 1992 (AS 1992, 2457).

66. STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1864), de 18 de julio de 1989 (RJ 1989, 5873), de 11 de febrero de 1991 (RJ 1991, 822), STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de noviembre de 2001 (AS 2002, 933).

67. STS de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8767), de 29 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9847), de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2301), de 24 de junio de 1996 (RJ 1996, 5300), de 7 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1864).

–Pierde finalidad práctica la pretensión de ser declarado trabajador vinculado con la Administración pública por contrato de carácter indefinido derivado de irregularidades en la contratación temporal, al menos cuando se sea titular de un contrato de interinidad hasta la cobertura reglamentaria de la plaza desempeñada. Dada la equiparación práctica de efectos, pudiera entenderse ser aplicable a estos contratos denominados “indefinidos” la doctrina jurisprudencial sobre la “interinidad por vacante”.

–Se mantiene la problemática, de difícil solución, de determinación de las consecuencias del cese en los supuestos en los que no sea dable determinar si la plaza provista reglamentariamente es la plaza que había venido siendo desempeñada por el trabajador a quien se pretenda cesar.

–Las normas sobre creación y dotación de plazas en las administraciones públicas y sobre la provisión de vacantes no protegen el interés del trabajador contratado temporalmente para desempeñarlas de forma provisional, sino dos intereses distintos constitucionalmente reconocidos: 1) el interés público en el control del empleo en las administraciones y su conformidad con las previsiones presupuestarias, así como la provisión de estas plazas de acuerdo con los principios de publicidad, mérito y capacidad, y 2) el interés de todos los ciudadanos en el acceso desde el punto de vista de la igualdad al empleo público. El fraude actuaría permitiendo que eventuales irregularidades administrativas otorgasen un puesto reservado para la función pública, a la persona que lo ocupa provisionalmente con exclusión de su provisión por los procedimientos que garantizan la aplicación de los principios de igualdad y publicidad y los criterios de mérito y capacidad en la selección.

3. La contratación laboral temporal

La realidad demuestra que las administraciones públicas hacen un uso abundante de la contratación temporal para cubrir puestos de trabajo que presentan carácter provisional interino o de corta duración.⁶⁸ La mención que, sin mayores precisiones, hace el artículo 19 de la LMRFP al personal laboral no puede entenderse en el sentido que las administraciones públicas queden exentas de someterse a la legislación laboral cuando,

68. A veces la propia doctrina judicial pone de relieve el dato; por todas, STSJ de Canarias, Las Palmas, de 19 de diciembre de 2001 (AS 2002, 159597).

actuando como empresarios (artículo 1.2 del ET) celebren y queden vinculadas con sus trabajadores por medio del contrato de trabajo, pues esos contratos también habrán de registrarse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación laboral por la normativa laboral aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso.

Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del artículo 9.1 de la CE que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. La repercusión del citado artículo 19 de la LMRFP se limita en la relación individual de trabajo, al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento del personal laboral por parte de la Administración.⁶⁹

Sin embargo, la prueba de la temporalidad sólo puede referirse a unos supuestos concretos que, debidamente enmarcados, incluye el propio Estatuto y que hacen referencia a quehaceres o tareas singularizadas que pueden calificarse, en razón de su propia naturaleza, como actividad no permanente y continuada de la empresa u órgano al que los servicios se prestan. El propio artículo 15 del ET enumera los supuestos de la contratación temporal de manera que cada una de las clases que el ordenamiento jurídico admite viene condicionada por la razón de su establecimiento o celebración; y así en cuanto se contrate sin sujeción clara y debidamente explicitada en las disposiciones especiales que regulan la contratación temporal, la relación nacida ha de tenerse por tiempo indefinido, puesto que este criterio general es aplicable, también, a las administraciones públicas.⁷⁰ Un ejemplo de lo anterior es el contrato temporal suscrito una vez iniciada la relación laboral con alta tardía en la Seguridad Social, habiendo transcurrido el plazo máximo del período de prueba al efecto, por lo que el contrato se convierte en indefinido.⁷¹

Aunque en esta materia siempre hay que estar a las circunstancias de cada caso, la jurisprudencia ha señalado que, dejando a salvo lo relativo a la selección del personal, ninguna especialidad se observa respecto del

69. STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2002 (AS 2002, 1111).

70. STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1864), de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5746), STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2002 (AS 2002, 1111).

71. STSJ de Asturias de 30 de diciembre de 1994 (AS 1994, 4706).

régimen jurídico de contratación laboral de duración determinada en las empresas privadas, debiendo someterse a las normas que regulan cada uno de los supuestos de contratación temporal.⁷²

Ahora bien, es necesario reconocer las disfunciones que operan determinadas reglas sobre la contratación temporal aplicables en las relaciones laborales comunes, cuyo incumplimiento conlleva la sanción de considerar indefinida la contratación, consecuencia que choca con el cumplimiento de las finalidades de la Administración de servir los intereses generales con objetividad y garantizar el acceso en condiciones de igualdad al empleo público. Más adelante examinaremos detalladamente la cuestión atinente a las consecuencias de las irregularidades en materia de contratación temporal.

CUARTA PARTE: LAS INTERINIDADES LABORALES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. Identificación general

El tercero de los supuestos de contratación temporal, regulado en el artículo 15.1.c) del ET es el que tiene lugar “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifiquen el nombre del sustituido y la causa de la sustitución”.

Se considera contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.⁷³ Sobre esta conceptualización interesa realizar un par de reflexiones.

La referencia a las fuentes de las que válidamente nazca el derecho a la reserva podría levantar alguna suspicacia, si se contempla desde el interés del interino: la concesión empresarial de reserva, no obligada en norma general, posibilita la temporalidad de una relación que, de otra manera, sería indefinida; no obstante, la visión global de la opera-

72. En este sentido, STS de 11 de febrero de 1991 (RJ 1991, 822) y de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1875).

73. Se observa a primera vista que la dicción reglamentaria es bastante más amplia que la del Estatuto de los trabajadores, cuyo artículo 15.c) se refiere únicamente a la necesidad de “sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”.

ción no lleva a apreciar ninguna ventaja del empresario sobre la estabilidad en el empleo –al contrario, respeta la antigüedad del trabajador que, sin la concesión y abandonando el puesto de trabajo, sería dimisionario.

En cuanto al supuesto de cobertura de vacante, venía admitiéndose por la jurisprudencia desde hace tiempo para las administraciones públicas.⁷⁴ Su extensión por vía reglamentaria a la empresa privada, limitado a una duración máxima de tres meses parece también lógica,⁷⁵ ahora bien, ha de advertirse que la interinidad también se extingue, en ambos casos, aunque no se provea la ocupación de la plaza por falta de candidato. En tal caso es razonable que el interino pudiera exigir a la empresa que pruebe la efectiva búsqueda, aunque infructuosa, y no lo sería que se permita una nueva contratación interina, con los mismos plazos, para intentar de nuevo encontrar al trabajador idóneo.⁷⁶

2. Evolución normativa y naturaleza

Desde la promulgación del Estatuto de los trabajadores hasta la actualidad han sido muy importantes los cambios en la regulación reglamentaria de esta figura contractual, que han llegado a afectar a su propia

74. *Vid.*, por ejemplo, STSJ de Andalucía, Málaga, de 25 de enero de 1995 (AS 188 y anexo jurisprudencial núm. 56). Creación jurisprudencial quizá inspirada, a su vez, en el artículo 9.2.3 del Real decreto 2205/1980 (cf. CAMPS RUIZ, *La contratación temporal estructural*, cit., pág. 77, nota núm. 196) a la que se venían oponiendo algunas resoluciones de tribunales superiores de justicia, pero en doctrina marcadamente minoritaria; por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 1994 (AS 2170 y anexo jurisprudencial núm. 57; en sentido contrario, del mismo Tribunal, la de 3 de mayo de 1994, AS 2193).

En múltiples sentencias del Supremo se legitima esa celebración de contratos de interinidad por administraciones o empresas públicas a fin de ocupar sus puestos vacantes, de forma provisional y hasta su provisión por el cauce reglamentario, exigiéndose que quedase perfectamente determinada la vacante ocupada por el interino; por ejemplo, ver STS de 27 de marzo de 1992 (RJ 1880), de 19 de mayo de 1992 (RJ 3577), de 18 de junio de 1994 (RJ 5454), de 31 de octubre de 1994 (RJ 8259), y de 2 de octubre de 1994 (RJ 10336).

75. Máxime cuando ya se había admitido el posible recurso a las ETT para este supuesto (artículo 7.1 de la Ley 14/1994; cf. CAMPS RUIZ, "Notas sobre el 'nuevo' régimen jurídico de la contratación de trabajadores interinos", TS núm. 54, 1995, pág. 9; ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, "El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La Orden de cotización para 1995", *op. cit.*, pág. 1142, nota núm. 28).

76. Sin perjuicio de la ampliación del campo aplicativo a la empresa privada y de que se posea una regulación positiva más detallada, lo cierto es que la norma recoge, respecto de la naturaleza de la interinidad, lo que ya habían precisado los tribunales: que "tiene una naturaleza jurídica única y se utiliza para dos supuestos [...] a saber: ocupar una plaza cuyo titular tiene derecho a reserva sobre la misma (sustitución), u ocupar una plaza vacante hasta que se cubra definitivamente o se amortice en forma reglamentaria" (por todas, STSJ de La Rioja de 7 de febrero de 1995, AS 528).

naturaleza; la clásica identificación del contrato como sujeto a condición resolutoria, por ejemplo, hubo de revisarse profundamente a la vista de lo dispuesto a partir de 1994, de modo que no pueden compararse las soluciones brindadas a la extinción del contrato por falta de reincorporación del trabajador titular acaecidas bajo la vigencia del Real decreto 2104/1984 con las de contratos regulados por el Real decreto 2546/1994.⁷⁷

Antes del Real decreto 2546/1994, el contrato de interinidad estaba sometido a condición resolutoria, por lo que ante la imposibilidad de reincorporación del trabajador sustituido no se producía la extinción de aquél, pero tampoco su conversión en indefinido, sino que el interino se mantenía en la vacante hasta su cobertura definitiva por el procedimiento reglamentario.⁷⁸ De ahí que la interinidad por incapacidad temporal (antigua ILT) se convirtiera en contrato de duración indefinida si el titular del puesto de trabajo no se reincorporase por pasar a la situación de su invalidez permanente.⁷⁹ Tras la entrada en vigor del Real decreto 2546/1994 (27 de enero de 1995), el contrato de interinidad celebrado a su amparo está sometido a término, extinguiéndose cuando desaparece la causa que motivó la sustitución y, por tanto, el derecho a la reserva de puesto del sustituido.⁸⁰

La STS de 4 de mayo de 2000 no sólo confirmó esa diversidad de enfoques, en función de cuál fuere la norma bajo cuya vigencia haya discutido la interinidad, sino que descarta la posibilidad de contrastar la solución ofrecida a casos similares cuando cada uno de los comparados haya venido afectado por una norma diversa. Con tal ocasión la sala recapitula y reafirma la doble solución a que había accedido, puesto que es muy distinta la regulación incorporada por los dos reglamentos citados:

77. STS de 4 de mayo de 2000 (RJ 2000, Rec. 2147/1999) (ponente, Sr. Gil Suárez).

78. STS de 26 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 3185) (ponente, Sr. Martínez Emperador); de 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9640); de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9813); de 29 de septiembre de 1997 (RJ 1997, Rec. 4157/96).

79. STS de 28 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10368) (ponente, Sr. Sampedro Corral); de 28 enero de 1993 (RJ 1993, 376); de 21 de junio de 1993 (RJ 1993, 4917); de 27 de enero de 1994 (RJ 1994, 384); de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1043); de 24 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4297); de 6 de julio de 1998 (RJ 1998, Rec. 3679/1997).

80. STS de 20 de enero de 1997 (RJ 1997, Rec. 967/96) (ponente, Sr. Gil Suárez); de 24 de enero de 2000 (RJ 652/1999).

–El artículo 4.2.d) del Real decreto 2104/1984 establecía que “los contratos de interinidad se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido”. Por eso la jurisprudencia vino sosteniendo que si la condición resolutoria de la reincorporación no se produce en el plazo señalado o su cumplimiento se hace imposible, la relación laboral del trabajador, hasta entonces de carácter interino, se consolida como indefinida, cesando únicamente el carácter interino de tal relación.

–En cambio, el Real decreto 2546/1994 no sólo omite cualquier disposición análoga a la que se acaba de indicar, sino que, además, en el apartado c) del artículo 4.2 del mismo se prescribe que el contrato de interinidad se extinguirá “por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo”.

–En consecuencia, es claro que el Real decreto 2546/1994 reformó de manera decisiva la regulación precedente, al omitir la conversión en indefinidos de los contratos de interinaje cuando no tenía lugar la reincorporación del sustituido en el plazo pertinente, lo que confirma que tal conversión ya no procede.⁸¹

La virtualidad de la primera línea jurisprudencial proclive a la conversión del vínculo laboral en uno de duración indefinida ha de circunscribirse a los supuestos planteados respecto de contratos celebrados al amparo del Real decreto 2104/1984.

–No se da la contradicción exigida por el artículo 217 de la LPL cuando se contrasta una sentencia que aplica la regulación del citado Real decreto 2104/1984 con otra que opera sobre norma posterior.

Puesto que la posterior innovación reglamentaria ha proseguido, resulta útil reproducir de manera encolumnada y comparativa las regulaciones últimas que hemos tenido:

81. Añádase que, para disipar toda clase de dudas, el artículo 4.2.c) del Real decreto 2546/1994 incluye entre las causas de extinción del contrato de interinidad “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo”, de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no-reincorporación en tiempo del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido.

<p>Artículo 4 del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre</p>	<p>Artículo 4 del Real decreto 1546/1994, de 29 de diciembre</p>	<p>Artículo 4 del Real decreto 2104/1984, de 21 de noviembre</p>	<p>Artículo 3 del Real decreto 2303/1980, de 17 de octubre</p>
<p>1. El contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual. El contrato de interinidad se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.</p> <p>2. El contrato de interinidad tendrá el siguiente régimen jurídico:</p> <p>a) El contrato deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el trabajador pasará a desempeñar el puesto de la empresa que sustituya o el puesto de aquél. Igualmente deberá identificarse, en su caso, el puesto de trabajo</p>	<p>1. Se considera contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.</p> <p>2. El régimen jurídico de este contrato será el siguiente:</p> <p>a) En el contrato deberá identificarse el trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél. Igualmente deberá identificarse, en su caso, el puesto de trabajo</p>	<p>1. Son contratos de interinidad los que se concierten para sustituir a trabajadores de la Empresa con derecho a reserva del puesto de trabajo, en virtud de norma o pacto individual o colectivo.</p> <p>2. El régimen jurídico de estos contratos será el siguiente:</p> <p>a) En los contratos se identificarán necesariamente el trabajador o trabajadores sustituidos y la causa de la sustitución.</p> <p>b) Su duración será la del tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador sustituido.</p> <p>c) Se extinguirá por la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, previa denuncia de las partes sin necesidad</p>	<p>1. El contrato de trabajo de duración determinada para sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, a que se refiere el artículo quince, uno, c), del Estatuto de los trabajadores, se instrumentará por escrito, en el que se especificará el nombre del trabajador sustituido y la causa de la sustitución.</p> <p>2. El contrato con el sustituto se extinguirá por la reincorporación a su debido tiempo del trabajador sustituido.</p> <p>3. Si una vez concluido el contrato de interinidad, el trabajador que hubiese sido interino se incorporase a la empresa, se estará en cuanto a los posibles derechos adquiridos por su trabajo anterior, a lo que se establezca en convenio colectivo.</p>

<p>Artículo 4 del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre</p>	<p>Artículo 4 del Real decreto 1546/1994, de 29 de diciembre</p>	<p>Artículo 4 del Real decreto 2104/1984, de 21 de noviembre</p>
<p>segundo párrafo del apartado 1, el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.</p> <p>b) La duración del contrato de interinidad será la del tiempo que dure la ausencia del trabajador sustituido con derecho a la reserva del puesto de trabajo.</p> <p>En el supuesto previsto en el segundo párrafo del apartado 1, la duración será la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto, sin que pueda ser superior a tres meses, ni celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima.</p> <p>En los procesos de selección llevados a cabo por las</p>	<p>cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna.</p> <p>b) Su duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva de puesto de trabajo, o la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva del puesto de trabajo, sin que, en este último supuesto, la duración pueda ser superior a tres meses.</p> <p>En los procesos de selección llevados a cabo por las administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos de interinidad coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.</p> <p>c) El contrato se extinguirá</p>	<p>de preaviso, salvo pacto en contrario.</p> <p>d) Se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la reincorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o reglamentariamente establecido, o cuando tras la reincorporación continúe prestando servicios</p>

<p>Artículo 4 del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre</p>	<p>administraciones públicas para la provisión de puestos de trabajo, la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos conforme a lo previsto en su normativa específica.</p> <p>3. También se regirá por las disposiciones establecidas para el contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador autónomo, a un socio trabajador o a un socio de trabajo de una sociedad cooperativa en el supuesto de riesgo durante el embarazo o en los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente (añadido por el Real decreto 1251/2001, de 16 noviembre)</p>	<p>Artículo 4 del Real decreto 1546/1994, de 29 de diciembre</p>	<p>por las siguientes causas: por la reincorporación del trabajador sustituido; por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación; por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva de puesto de trabajo; y, en los procesos de selección para la provisión definitiva de puestos de trabajo, por el transcurso del plazo de tres meses establecido en el párrafo b) de este artículo o el que resulte de aplicación en el supuesto de contratos celebrados por las administraciones públicas.</p>		
---	--	---	--	--	--

3. Interinidades laborales y administrativas

El tercero de los supuestos de contratación temporal, regulado en el artículo 15.1.c) del ET es el que tiene lugar “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifiquen el nombre del sustituido y la causa de la sustitución”. Conviene distinguir la relación laboral de interinidad respecto de la del funcionario interino:⁸² cuando se trata de servicios prestados en virtud de un nombramiento de funcionario público interino efectuado por una administración pública, esta específica situación tiene una estructura, elementos, configuración y caracteres muy diferentes de los supuestos de trabajadores laborales interinos en la Administración pública. En primer lugar, el nombramiento de funcionarios interinos puede llevarse a cabo con toda licitud, puesto que el viejo artículo 5.2 de la LFCE no ha sido derogado por la LMRFP.

Además, la relación funcional que nace no ha sido generada por un pacto o acuerdo *inter partes*, sino por un nombramiento, en concreto, un acto de autoridad efectuado por la Administración en el ejercicio de una potestad que le es propia; tal nombramiento es, por tanto, un verdadero acto administrativo, que, como tal, se ha de presumir válido y conforme a ley en tanto no se declare su nulidad o ineficacia por los cauces legales adecuados, siendo obvio que la impugnación del mismo tiene que llevarse a efecto necesariamente ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa [artículo 9.4 de la LOP], y 1.1 y 2.c) de la LJCA]. Los tribunales laborales, por el contrario, carecen de tal clase de competencia, no pudiéndose hablar aquí de cuestión de prejudicialidad.⁸³

Se considera contrato de interinidad el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o pro-

82. STS de 20 de octubre de 1998 (RJ 1998, 9991).

83. STS de 12 de junio de 1996 (RJ 1996, 5065). No obstante, si, una vez impugnado, se declara la nulidad del nombramiento de un funcionario, dicha declaración no produce la consecuencia de otorgar naturaleza laboral a la prestación de servicios realizada por el interesado; si se trata de la nulidad del nombramiento de un funcionario de carrera es evidente que la misma no determina la existencia de ninguna relación sometida al Derecho del Trabajo; y parece lógico seguir esta misma pauta y criterio si se trata de funcionarios interinos.

moción para su cobertura definitiva.⁸⁴ Sobre esta conceptualización interesa realizar un par de reflexiones.

La referencia a las fuentes de las que válidamente nazca el derecho a la reserva podría levantar alguna suspicacia, si se contempla desde el interés del interino: la concesión empresarial de reserva, no obligada en norma general, posibilita la temporalidad de una relación que, de otra manera, sería indefinida; no obstante, la visión global de la operación no lleva a apreciar ninguna ventaja del empresario sobre la estabilidad en el empleo –al contrario, respeta la antigüedad del trabajador que, sin la concesión y abandonando el puesto de trabajo, sería dimisionario.

En cuanto al supuesto de cobertura de vacante, venía admitiéndose por la jurisprudencia desde hace tiempo para las administraciones públicas.⁸⁵ Su extensión a la empresa privada, limitado a una duración máxima de tres meses, parece también lógica;⁸⁶ ahora bien, ha de advertirse que la interinidad también se extingue, en ambos casos, aunque no se provea la ocupación de la plaza por falta de candidato. En tal caso es razonable que el interino pudiera exigir a la empresa que pruebe la efectiva búsqueda, aunque infructuosa, y no lo sería que se permita una nueva contratación interina, con los mismos plazos, para intentar de nuevo encontrar al trabajador idóneo.⁸⁷

84. Se observa a primera vista que la dicción reglamentaria es bastante más amplia que la del Estatuto de los trabajadores, cuyo artículo 15.c) se refiere únicamente a la necesidad de “sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo”.

85. *Vid.*, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 25 de enero de 1995 (AS 1995, 188). Creación jurisprudencial quizá inspirada, a su vez, en el artículo 9.2.3 del Real decreto 2205/1980 (cf. CAMPS RUIZ, *La contratación temporal estructural*, *op. cit.*, pág. 77, nota núm. 196) a la que se venían oponiendo algunas resoluciones de tribunales superiores de justicia, pero en doctrina marcadamente minoritaria; por ejemplo, la STSJ de Castilla y León de 17 de mayo de 1994 (AS 2170 y anexo jurisprudencial núm. 57; en sentido contrario, del mismo tribunal, la de 3 de mayo de 1994; AS 1994, 2193).

En múltiples sentencias del Supremo se legitima esa celebración de contratos de interinidad por administraciones o empresas públicas a fin de ocupar sus puestos vacantes, de forma provisional y hasta su provisión por el cauce reglamentario, exigiéndose que quedase perfectamente determinada la vacante ocupada por el interino; por ejemplo, ver la STS de 27 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1880), de 19 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3577), de 18 de junio de 1994 (RJ 1994, 5454), de 31 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8259), de 2 de octubre de 1994 (RJ 1994, 10336).

86. Máxime cuando ya se había admitido el posible recurso a las ETT para este supuesto (artículo 7.1 de la Ley 14/1994; cf. CAMPS RUIZ, “Notas sobre el ‘nuevo’ régimen jurídico de la contratación de trabajadores interinos”, en TS núm. 54, 1995, pág. 9; ESCUDERO RODRÍGUEZ y MERCADER UGUINA, “El desarrollo reglamentario de la contratación temporal. La orden de cotización para 1995”, *op. cit.*, pág. 1142, nota núm. 28).

87. Sin perjuicio de la ampliación del campo aplicativo a la empresa privada y de que se posea una regulación positiva más detallada, lo cierto es que la norma recoge, respecto de la naturaleza de la interinidad, lo que ya habían precisado los tribunales: que “tiene una naturaleza jurídica única y se utiliza para dos

4. El contrato de interinidad por sustitución

Centrándonos en las relaciones laborales interinas con la Administración pública, cuando la causa consiste en sustituir al titular ausente, la duración del contrato de interinidad será la del tiempo mientras subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva del puesto de trabajo (artículo 4.2 del Real decreto 2546/1994). El contrato sólo cabe respecto de supuestos en que el trabajador hubiera debido llevar a cabo su prestación; tratándose de una actividad permanente, no constituye interinidad la contratación de trabajadores que “sustituyan” a los titulares cuando estos tienen derecho a descanso: el hecho de que los trabajadores sustituidos tengan “derecho a la reserva del puesto de trabajo” impone que su contrato deba estar suspendido,⁸⁸ y así, parece afortunada la doctrina unificada que ha censurado la utilización de esta modalidad contractual durante los períodos de vacaciones.⁸⁹

En consecuencia, prescindiendo de la extendida opinión en sentido diverso, la interinidad ha de encajarse en supuestos para los que pueda hablarse propiamente de sustituciones; se trata, desde otro punto de vista, de casos en que el trabajador venía obligado a desarrollar su actividad y por cualquier motivo no ha podido hacerlo. Sin obligación de prestar la actividad correspondiente a su jornada ordinaria e inejecución de la misma a cargo de trabajador *titular* mal puede hablarse de sustitución: cuando los permisos retribuidos o los descansos, o la jornada reducida generen necesidades de trabajo adicional habrá de acudir a expedientes diversos, entre los cuales el contrato eventual ocupa un lugar destacado.

En el caso de que no se reincorpore el sustituido, no cabe hablar de despido ni tampoco de conversión del contrato de interinidad por vacante en contrato indefinido, sino de rescisión del contrato, para cumplir las exigencias de la contratación de la Administración pública.⁹⁰ De este modo,

supuestos [...] a saber: ocupar una plaza cuyo titular tiene derecho a reserva sobre la misma (sustitución), u ocupar una plaza vacante hasta que se cubra definitivamente o se amortice en forma reglamentaria” (por todas, STSJ de La Rioja de 7 de febrero de 1995, AS 528).

88. Y que no se trate de supuestos en que no esté autorizado el recurso a este tipo de contratación; así, en los casos de huelga lícita o suspensión del empleo por las causas consignadas en el artículo 47 del ET.

89. Entre muchas, STS de 2 de junio de 1994 (RJ 6842); cf. SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ, *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina. 1993-1994*, págs. 317-318.

90. STSJ del País Vasco de 21 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4307), de 22 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4308), y de 5 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3446).

es ajustada a derecho la decisión de la Administración empresaria, por ejemplo, de cesar al interino cuando la entidad gestora notifica la resolución administrativa que declara la incapacidad permanente del trabajador sustituido.⁹¹

5. El contrato de interinidad por cobertura de plaza vacante

5.1. Causa del contrato

También es de interinidad el contrato concertado “para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva”. Esta última previsión, introducida en nuestra legislación en virtud del artículo 4 del Real decreto 2546/1994, supone la recepción de la construcción jurisprudencial de la figura de la “interinidad por vacante”, realizada sobre todo en el ámbito de la contratación temporal por parte de las administraciones públicas.⁹² Como la situación de cubrir una plaza permanente no se podía resolver mediante el contrato eventual por circunstancias de la producción, ni tampoco por el contrato para obra o servicio determinado, y pese a que la solución jurisprudencial no encajaba plenamente en el tenor literal del artículo 15.1.c) del ET, anterior al Real decreto 2546/1994, aun así se consideraba que la finalidad de la ley se cumplía (por ejemplo, STS de 22 de octubre de 1987, RJ 7181), pues se carecía de otra modalidad contractual con la que atender estas situaciones frecuentes en las administraciones públicas.⁹³ No cabe utilizar esta modalidad contractual para

91. STSJ de Cataluña de 28 de junio de 1999 (AS 1999, 6113).

92. La necesidad empresarial afrontada radica en la falta de cobertura temporal, que se prolonga en el tiempo por la exigencia legal de aplicar procedimientos reglados para la provisión de vacantes, situación que no suele producirse en el ámbito laboral de la empresa privada, y de ahí que el artículo 15 del ET no incluya una modalidad de contratación temporal que resuelva el desfase producido por estos procedimientos de cobertura de vacantes, pero que, en cambio, es frecuente cuando afecta a la función pública, originando un estado de desatención provisional de la plaza vacante, que ya la LFCE resolvía mediante la designación en interinidad, por razones de urgencia o necesidad, para ocupar plazas de plantilla en tanto fuesen provistas por funcionarios de carrera (artículo 5.2); lo mismo cabe decir de la LMRFP, que si no hace expresa referencia a la situación de interinidad para la provisión temporal de vacantes, al regular en su artículo 18 la oferta de empleo público, sin embargo, cuando este precepto es desarrollado por el Real decreto 235/1988, de 18 de marzo, este último prevé en su artículo 5 el nombramiento de personal interino, que cesará automáticamente al tomar posesión de la plaza de funcionario de carrera designado.

93. Las normas sobre interinidad en las administraciones públicas no eran aplicables al ámbito laboral, desde luego, pero en ocasiones se invocaba (de acuerdo con el artículo 4.1 del CC) su virtualidad analógica. En este sentido, STS de 22 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7181), de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994,

ocupar provisionalmente puestos de trabajo vacantes que estén clasificados como de naturaleza administrativa, hasta su provisión definitiva por personal funcionario de carrera o, en su caso, estatuario. Ello es debido a que los puestos funcionariales deben ser desempeñados necesariamente por funcionarios públicos, de carrera o, en su caso, interinos, pero no por personal laboral (STSun de 19 de enero de 1993, RJ 100), bajo sanción de considerar nula la contratación efectuada por no respetar el principio básico entre la naturaleza del puesto –laboral o funcional– y la naturaleza del vínculo –laboral o administrativo– que debe existir entre la Administración y el personal que lo ocupa (STSun de 19 de enero de 1993, RJ 100, de 3 de enero de 1997, RJ 904, de 14 de marzo de 1997, RJ 2474, y de 9 de junio de 1997, RJ 4690).

La jurisprudencia ha mantenido tradicionalmente que ni los requisitos de forma exigidos para la válida contratación temporal de trabajadores podían ser valorados como requisitos sustanciales, ni cualquier exigencia temporal podía ser interpretada de forma que impidiera la introducción de matices justificativos de una temporalidad superior a la establecida. No es dable concluir que del mero incumplimiento de los requisitos de contratación se derive la conversión del contrato temporal en un contrato indefinido en un supuesto en que a lo largo de toda la duración del contrato de trabajo, hay una nítida causa de temporalidad, no cuestionándose la identificación de la plaza ocupada.⁹⁴

Pero en lo que no ha sido transigente la jurisprudencia es en la necesidad de que la contratación laboral, dado su carácter causal, estuviera basada en alguno de los supuestos justificativos de la misma, y en concreto, respecto de la interinidad por vacante, la jurisprudencia la ha aceptado en relación con las administraciones públicas, con enorme flexibilidad, pero condicionando en todo caso su validez a la constancia de que se había efectuado para cubrir una plaza vacante, habiéndose considerado admisible que la identificación de la vacante se realice sin ninguna formalidad especial como sería su vinculación a un catálogo, plantilla o cuadro numérico de personal suficiente y en condiciones de objetividad.⁹⁵ La jurisprudencia ha establecido que no es necesario la concreta, detallada y

10336), de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5224). También, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de noviembre de 1989 (AS 1989, 196), y de 21 de noviembre de 1995 (AS 1995, 4509).

94. STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2002 (AS 2002, 104240).

95. STS de 26 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 3185), de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2502), de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8402), de 14 de enero de 1998 (RJ 1998, 1), de 1 de junio de 1998 (RJ 1998, 4938).

específica designación de la plaza vacante, mediante la cita expresa del número en la relación de puestos de trabajo, pero sí exige que conste suficientemente identificada, so pena de convertir el contrato en indefinido⁹⁶ de tal forma que se sepa cuál es la plaza exacta que se ocupa y no se omite la indefensión por desconocimiento y la posibilidad de arbitrariedad de la Administración.⁹⁷

Se trata de una verdadera condición para la validez de esta modalidad contractual, dado que en el propio concepto de la palabra interinidad se halla inserta la necesidad de una sustitución, como situación vicaria de una titularidad reservada respecto de una plaza vacante preexistente, y todavía no cubierta por los procedimientos reglamentarios.⁹⁸ Si se extingue el contrato de interinidad por vacante sin que se haya procedido a la provisión de la plaza por un legítimo titular en propiedad, por no haberse celebrado un válido proceso de selección, dicho cese vulnera las exigencias del real decreto regulador del contrato, y produce un despido improcedente, con las consecuencias previstas en el artículo 56.1 del ET.⁹⁹

Cuando se produce una apariencia de interinidad, pero el trabajador presta servicios de forma ininterrumpida en un trabajo permanente y habitual, dándose la circunstancia de que la plaza que supuestamente ocupa no está identificada, se considera que la Administración no ha respetado las normas sobre contratación temporal.¹⁰⁰ También se convierte en indefinido, al existir fraude de ley, el contrato de interinidad por vacante en el que la irregularidad consista en el desempeño de plaza distinta a la estipulada.¹⁰¹

Basta con que se realice, la identificación de las plazas vacantes, con criterios objetivos, de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado: STS de 29 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2502), de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8402), STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2001 (AS 2001, 2949).

96. STSJ de La Rioja de 30 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4335), de Navarra de 10 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4196), de Extremadura de 13 de octubre de 1995 (AS 1995, 4058), de La Rioja de 24 de enero de 1996 (AS 1996, 118), del País Vasco de 3 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4130), y de Madrid de 17 de abril de 2000 (AS 2000, 2373).

97. *Vid.* lo señalado en relación con este requisito común al contrato para la realización de una obra o servicio determinado.

98. STS de 7 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4382), de 3 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1429), de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4089). También, STSJ Canarias, Las Palmas, de 25 de julio de 2001 (AS 2001, 1361).

99. STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002 (AS 2002, 1316).

100. STSJ de Canarias, Las Palmas, de 25 de julio de 2001 (AS 2002, 11933).

101. STSJ de Cataluña de 26 de enero de 1995 (AS 1995, 313), de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 27 de diciembre de 1996 (AS 1996, 4780).

5.2. Duración del contrato

En relación con el tiempo de permanencia en la situación de interinidad tampoco se ha considerado trascendente que la cobertura de la plaza se demore más allá del año natural en que se concreta la oferta pública de empleo, con el argumento fundamental de que las normas sobre creación y dotación de plazas en las administraciones públicas no vienen determinadas por la protección del trabajador sino por el interés público, en el doble sentido de interés en que las contrataciones se acomoden a las normas constitucionales y presupuestarias y de interés de todos los ciudadanos en acceder al empleo público desde el punto de vista de la igualdad.¹⁰² La doctrina jurisprudencial establece los siguientes criterios:¹⁰³

–El límite temporal directo de la vigencia del contrato es impropio de la relación de interinidad y su desconocimiento no determina la transformación del contrato en indefinido.¹⁰⁴ La conversión en indefinido no se puede justificar por la superación del plazo inicialmente previsto de duración del contrato de interinidad, pues la fijación (por vía convencional o reglamentaria) de un plazo de duración al contrato de interinidad va contra su esencia, desnaturalizándolo, por lo que no puede ser tenido en cuenta; el contrato de interinidad debe durar igual que su causa.¹⁰⁵

–No se produce transformación en contrato indefinido por la existencia de una demora (razonable o no) en la provisión de las plazas,¹⁰⁶ ni dicho retraso en la convocatoria del procedimiento de cobertura de vacante supone la tácita renuncia a su provisión en forma reglamentaria.¹⁰⁷ La razón está en que las normas sobre creación y dotación de plazas en las administraciones públicas no vienen determinadas por la protección del trabajador sino por el interés público, en el doble sentido de interés en que las contrataciones se acomoden a las normas constitucionales y presupuestarias y de interés de todos los ciudadanos en acceder al empleo

102. STS de 24 de junio de 1996 (RJ 1996, 5300), de 20 de marzo de 1996 (RJ 1996, 2301), de 29 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9847), de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8767). También, STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de diciembre de 2002 (AS 2002, 109368).

103. STSJ de Aragón de 28 de febrero de 2002 (AS 2002, 104240).

104. STS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6892).

105. STSJ de Canarias, Las Palmas, de 25 de julio de 2001 (AS 2002, 11933).

106. STSun de 23 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3237), STS de 24 de junio de 1996 (RJ 1996, 5300). STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de septiembre de 2001 (AS 2001, 322573).

107. STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002 (AS 2002, 1316).

público desde el punto de vista de la igualdad.¹⁰⁸ No obstante, sí se convierte en indefinido el contrato de interinidad por vacante cuando se produce abuso de derecho en el retraso en la provisión reglamentaria de la plaza vacante.¹⁰⁹

–Para establecer la eventual demora en la provisión no basta con valorar la duración de la interinidad, habrá que examinar las distintas fases del procedimiento de creación y dotación de la plaza, su inclusión en la oferta de empleo público, las previsiones para su provisión y el desarrollo de ésta.¹¹⁰

–Referida ya a la situación posterior a la promulgación del Real decreto 2546/1994 (que sustituyó al Real decreto 2104/1984), el mero transcurso del plazo, cualquiera que éste sea, no produce, en principio, el efecto pretendido de transformar la relación contractual de interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino.¹¹¹

5.3. Cambio de la causa de sustitución

Por otro lado, cabe plantearse qué efectos se derivan de cambiar la causa de sustitución en el contrato de interinidad (por ejemplo, comenzó siendo por sustitución de su titular enfermo y pasa a ser por existencia de la vacante producida al trasladarse dicha titular a otra plaza). La doctrina judicial ha entendido que el interino debe mantenerse ocupando la misma plaza para la que fue contratado en un principio, hasta que la misma sea ocupada por otro titular o sea amortizada; sin que tenga derecho a ocupar la nueva plaza a la que voluntariamente se ha trasladado el sustituido, toda vez que las sustituciones por interinidad se refieren

108. STS de 24 de junio de 1996 (RJ 1996, 5300).

109. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 9 de noviembre de 1993 (AS 1993, 5081), de La Rioja de 19 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4723), de Castilla y León, Valladolid, de 14 de febrero de 1995 (AS 1995, 620), de La Rioja de 15 de abril de 1996 (AS 1996, 1258), de La Rioja de 10 de junio de 1996 (AS 1996, 1748), de La Rioja de 20 de febrero de 1997 (AS 1997, 203).

110. STS de 24 de junio de 1996 (RJ 1996, 5300), de 12 de junio de 1996 (RJ 1996, 5065), de 3 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2195), de 7 de julio de 1997 (RJ 1997, 6136), de 19 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6488), de 22 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7547) y de 7 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2608).

111. STS de 29 de marzo de 1999, de 22 de octubre de 1997. STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000 (AS 2000, 251123).

a una plaza vacante, pero no a la persona titular de la misma que en un momento determinado ocupe aquélla; o, lo que es lo mismo, no es una sustitución *intuitu personae*, sino de una plaza vacante objetivamente considerada, con independencia de la persona concreta que la ocupe como titular.¹¹²

En todo caso, la transformación del contrato eventual por sustitución en otro para cobertura de vacante no lo convierte en indefinido.¹¹³

5.4. Conexión con el contrato para la realización de una obra o servicio determinados

Es doctrina consagrada por el Tribunal Supremo sobre interinidad por vacante la siguiente:¹¹⁴

–Las administraciones públicas pueden utilizar la contratación temporal para cobertura provisional de vacante hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos legales establecidos al efecto.

–La utilización del cauce del contrato para obra o servicio determinados previsto en el artículo 15.1.a) del ET y en el artículo 2 del Real decreto 2546/1994 implica una mera irregularidad formal que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante;¹¹⁵ máxime atendiendo a la salvedad, que en cuanto a la presunción a favor del contrato indefinido se contiene en el artículo 8 del real decreto, de que de la propia naturaleza de la actividad o de los servicios contratados se deduzca la naturaleza temporal de los contratos.

112. STSJ de La Rioja de 6 de junio de 2000 (AS 2000, 2718).

113. STSJ de Madrid de 11 de marzo de 1999 (AS 1999, 762).

114. STSun de 17 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4445), de 12 de junio de 1998 (RJ 1998, 5203), STS de 2 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 10336), de 17 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4445), de 12 de junio de 1995 (RJ 1995, 4894), de 15 de junio de 1995 (RJ 1995, 5357), de 20 de julio de 1995 (RJ 1995, 6334), de 24 de julio de 1995 (RJ 1995, 6334 y 6335), de 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 7582), de 6 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7200), de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8767), de 4 de julio de 1996 (RJ 1996, 5635), de 8 de febrero de 1996 (RJ 1996, 860), entre otras. También, STSJ de Andalucía, Málaga, de 3 de mayo de 1996 (AS 1996, 1577), de Aragón de 15 de mayo de 1996 (AS 1996, 2287), de Aragón de 22 de mayo de 1996 (AS 1996, 2291), de Castilla-La Mancha de 17 de enero de 1997 (AS 1997, 585), de Castilla-La Mancha de 20 de enero de 1997 (AS 1997, 586), de Aragón de 30 de enero de 1997 (AS 1997, 190).

115. STSun de 17 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4445). STS de 15 de junio de 1995 (RJ 1995, 5357), de 24 de julio de 1995 (RJ 1995, 6334), de 25 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 7582), de 28 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8767), de 7 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9080), entre otras. También, STSJ de Aragón de 22 de mayo de 1996 (AS 1996, 2291).

–Se utiliza un criterio amplio y permisivo en el enjuiciamiento de la indeterminación de la plaza interinada, al estimar que la urgencia de la prestación de la función pública exige con frecuencia imperativa adjudicación de puestos vacantes por los cauces que los diversos decretos sobre temporalidad permiten, contratación ésta, que salvo quebrantamiento deliberado y notorio de norma, no puede producir ningún tipo de alteración en la naturaleza de la relación temporal concertada. De ahí que en consonancia con estas situaciones, la jurisprudencia y la doctrina hayan sido especialmente tolerantes con estas contrataciones cuando la Administración es contratante, disculpando la irregularidad vinculatoria que en la misma se hubiera podido cometer.¹¹⁶ En este sentido, las exigencias de concreción del puesto desempeñado son mucho más genéricas y flexibles, como hemos señalado con anterioridad, considerándose suficientes en cuanto se hagan con criterios de objetividad.¹¹⁷ Dichos datos identificadores genéricos son los conducentes a determinar el tipo de plaza, la especialidad, su ubicación y el área a la que pertenece.

De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo precise que las irregularidades formales que las administraciones cometan no transforman la relación en indefinida en aras a los principios de igualdad de oportunidades y de mérito y capacidad, que han de respetarse a favor de todos los que deseen acceder a la función pública mediante el oportuno proceso de selección.¹¹⁸

5.5. Distinción con el contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas

Cuando el contrato temporal se pacta por la Administración pública, para que el contratado sirva una plaza concreta y específica que está sin titular, hasta que tal titular sea nombrado conforme a ley, nos encontramos ante la figura del contrato de interinidad por vacante; en cambio, cuando los puestos sin cubrir son numerosos, es obvio que se produce con carácter general la referida situación de acumulación de tareas, que permite la

116. STS de 15 de junio de 1988, de 7 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1802).

117. STS de 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5224), y de 28 de junio de 1995 (RJ 1995, 5232), STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2001 (AS 2002, 546).

118. STS de 6 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3516), de 23 de octubre de 1992 (RJ 1992, 7676). STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2001 (AS 2002, 546).

contratación eventual, la cual se efectúa con base en esa situación genérica, no en relación con una vacante determinada.¹¹⁹

Cuando en el contrato de interinidad por vacante, si no se identifica la plaza vacante, el contrato se convierte en indefinido.¹²⁰ Por el contrario, en el contrato eventual la inconcreción o falta de acreditación de la causa determinante de su duración¹²¹ lo convierte en indefinido, al igual que cuando falta otro requisito.¹²²

119. STS de 21 de enero de 1995 (RJ 1995, 2169), STSJ de Madrid de 15 de junio de 2001 (AS 2001, 2957).

120. STSJ de La Rioja de 7 de febrero de 1995 (AS 1995, 528), de Cantabria de 28 de abril de 1995 (AS 1995, 1546), de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 2001 (AS 2001, 177117).

121. STSJ de Cataluña de 29 de abril de 1995 (AS 1995, 1626), de Cataluña de 18 de mayo de 1995 (AS 1995, 1983), de Cataluña de 20 de junio de 1995 (AS 1995, 2409), de Cataluña de 3 de julio de 1995 (AS 1995, 3051), de Cataluña de 25 de enero de 1999 (AS 1999, 5507), de Andalucía, Málaga, de 19 de marzo de 1999 (AS 1999, 643).

122. STSun de 11 de marzo de 1997 (AS 1997, 2312).

Problemas asociados al empleo del contrato de trabajo para obra o servicio determinado por las administraciones públicas.

Una referencia al contrato de inserción

Jaime Cabeza Pereiro
*Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad de Vigo*

1. Contrato de obra y servicio determinado.

1.1. Contrato de obra y servicio y dotación extrapresupuestaria. 1.2. Contrato fijo-discontinuo o fijo-periódico y contrato de obra y servicio. 1.3. Contrato de obra y servicio para la atención de contrata y subcontratas y concesiones administrativas. 1.4. Contrato de obra y servicio y contrato de interinidad.

2. Contrato de inserción.

No se trata ahora de analizar los rasgos comunes correspondientes a la contratación laboral, indefinida o a término, del personal al servicio de las administraciones públicas, sino de centrar la atención en dos contratos que, por razones parcialmente coincidentes, tienen una notable importancia en el ámbito de las mismas. A los problemas que la doctrina judicial se ha planteado y ha resuelto se van a dirigir los comentarios de las páginas que siguen, sin perjuicio de la necesaria cita de las opiniones de los autores y de la referencia a diversos convenios colectivos. El análisis, en respuesta al título de la intervención, se detendrá fundamentalmente en el contrato de obra y servicio determinado, sin perjuicio de unos apuntes breves sobre el de inserción.

1. Contrato de obra y servicio determinado

En primer lugar, y por lo que respecta a la causa del contrato de obra y servicio, no se aprecian diferencias ontológicas en el tratamiento de la cues-

tión en relación con la empresa privada. En este sentido, se ha puesto de manifiesto, en relación con un contrato realizado por un ayuntamiento, que debe ser considerado como indefinido, el trabajador que fue contratado “en virtud de un contrato que dijo ser para obra determinada pero absolutamente silenciada y, asimismo, por tiempo cierto, sin que la prueba practicada haya demostrado concreción de obra alguna”.¹ Cuestión distinta es que, una vez declarado el fraude de ley en la contratación, se aplique la conocida doctrina de la diferenciación entre trabajador indefinido y trabajador fijo de plantilla.

Sin perjuicio de lo cual, ya sea por cuestiones cuantitativas o cualitativas, hay ciertos problemas derivados de la utilización de este tipo de contratos por una administración pública que pueden considerarse específicos de este tipo de empleadores. De entre los cuales, voy a realizar algunas reflexiones sobre los más sobresalientes:

1.1. Contrato de obra y servicio y dotación extrapresupuestaria

Ha planteado no pocos problemas la concertación de un contrato de obra o servicio determinado en referencia a su utilización para la ejecución de servicios concretos, no delimitados temporalmente, pero sujetos a dotaciones presupuestarias por parte de entidades públicas que revisten la forma de subvención. Se trata de una cuestión que ha afectado de modo muy particular a las entidades locales, que han recibido dotaciones extrapresupuestarias procedentes de otras administraciones públicas. Y la premisa principal ha consistido en admitir la existencia de causa suficiente para la contratación al amparo del artículo 15.1.a) del Estatuto de los trabajadores (ET) en estos casos, y en asimilar la temporalidad en la dotación económica con la temporalidad en la obra o servicio. Deben tenerse en cuenta dos factores: el primero, que la subvención procede de un tercero y no de una consignación presupuestaria del propio empleador, de modo tal que el término de aquella no depende en absoluto de la voluntad del contratante. Y, segundo, que precisamente por ello el contrato de trabajo tiene una duración incierta, en cuya terminación intervienen factores al margen de la voluntad de la Administración local. Conviene reproducir, en este sentido, el siguiente pasaje de la STS de 28 diciembre de 1998 (Rec. núm. 1766/1998):

1. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 4157/2002).

“La aplicación de la anterior doctrina al presente caso, en los que por la entidad local empleadora se hace depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de los servicios de ayuda domiciliaria a la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento que depende de la comunidad autónoma concertante obliga a declarar la validez de los contratos cuestionados, pues, como en casos análogos al ahora enjuiciado de idéntica modalidad contractual en el propio ayuntamiento demandado, por esta sala se ha declarado en STS de 11 de noviembre de 1998 (recurso 1601/1998) y 18 de diciembre de 1998 (recurso 1767/1998), y más específicamente en esta última, que en el supuesto de autos, el servicio de ayuda a domicilio es uno de los generales establecidos en el artículo 5 de la Ley 3/1986, de los servicios sociales de la Comunidad de Castilla-La Mancha, y que los ayuntamientos realizan dentro del plan de descentralización previsto en el artículo 2, con el régimen de ayudas y subvenciones que la Junta conceda a dichos entes locales. Se trata pues de un servicio de competencia de la Junta que ésta encomienda a los ayuntamientos, mediante un concierto y simultánea concesión de los oportunos fondos para ello. Hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es acto que pueda estimarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y sí, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado, pues cumple los requisitos establecidos en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los trabajadores y 2 del Real decreto 2104/1984, ya que no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención.”

Por supuesto, esta doctrina ha sido reiterada en numerosos pronunciamientos desde entonces. Por ejemplo, la STS de 18 de diciembre de 1998, referida a un contrato de obra y servicio concertado al amparo de un plan concertado entre un ayuntamiento, que era el empleador del trabajador demandante y una comunidad autónoma. En ella se expresa que “no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aque-

llos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención”.

Así pues, debe destacarse que, pese a no haberse originado esta doctrina judicial en el ámbito de contratos de trabajo concertados por administraciones locales, lo cierto es que la utilización del contrato de obra y servicio determinado en estos casos ha encontrado un extraordinario desarrollo en las mismas, en cuanto que beneficiarias de subvenciones o de otro tipo de dotaciones procedentes de administraciones públicas territorialmente más amplias. Por ejemplo, puede hacerse referencia, entre otras muchas, a una STSJ de Extremadura de 11 de julio de 2001 (Rec. núm. 339/2001), que se pronuncia en términos particularmente descriptivos: “[...] por la entidad local empleadora se hace depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de los servicios de ayuda domiciliaria a la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento que depende de la comunidad autónoma concertante obliga a declarar la validez de los contratos cuestionados, pues, como en casos análogos al ahora enjuiciado de idéntica modalidad contractual en el propio ayuntamiento demandado, por esta sala se ha declarado en sentencias de 11 de noviembre de 1998 (Rec. 1601/1998) y de 18 de diciembre de 1998 (Rec. 1767/1998), y más específicamente en esta última, que en el supuesto de autos, el servicio de ayuda a domicilio es uno de los generales establecidos en el artículo 5 de la Ley 3/1986 de los servicios sociales de la Comunidad de Castilla-La Mancha y que los ayuntamientos realizan dentro del plan de descentralización previsto en el artículo 2, con el régimen de ayudas y subvenciones que la Junta concede a dichos entes locales. Se trata pues de un servicio competencia de la Junta que ésta encomienda a los ayuntamientos, mediante un concierto y simultánea concesión de los oportunos fondos para ello.”

No obstante lo dicho, para que el contrato de obra pueda concertarse lícitamente y no se produzca en fraude de ley, deberá cumplirse la premisa de que se identifique suficientemente la obra o el servicio que le otorga sustantividad. La existencia de una subvención no se ha elevado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por más que en muchos pronunciamientos se haya hecho especial hincapié en ella. Como dice la STS de 21 de marzo de 2002 (Rec. núm. 1701/2001):

“No ha elevado pues esta sala, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato temporal causal, como parece afirmar la sentencia recurrida, aunque, como ya hemos dicho, haya puesto en ocasiones un mayor énfasis en dicho dato, porque así lo exigía el planteamiento del debate concreto. Las series de sentencias relativas tanto al INEM –de 7-10-1992 (Rec. 200/1992), 16-2-1993 (Rec. 2655/1991), 24-9-1993 (Rec. 3357/1992), 11-10-1993 (Rec. 2390/1992), 25-1-1994 (Rec. 2818/1991), 10-11-1994 (Rec. 593/1994), 18-12-1995 (Rec. 3049/1994), 23-4-1996 (Rec. 133/1995), 7-5-1998 (Rec. 2709/1997)– como a los servicios de ayuda a domicilio –de 11-11-1998 (Rec. 1601/1998), 18-12-1998 (Rec. 1767/1998), 28-12-1998 (Rec. 1766/1998)– y de prevención de incendios –de 10-6-1994 (Rec. 276/1994), 3-11-1994 (Rec. 807/1994), 10-4-1995 (Rec. 1223/1994) y 11-11-1998 (Rec. 1601/1998)– o a los casos de campamentos infantiles de verano –Sentencia de 23-9-1997 (Rec. 289/1997)– y de guarderías infantiles en la campaña de la aceituna –sentencias de 10-12-1999 (Rec. 415/1999), y 30-4-2001 (Rec. 4149/2000)– evidencian que la sala tuvo muy en cuenta, junto al dato de la existencia la subvención, la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal.”

Porque, a este respecto, se aplica la muy reiterada jurisprudencia de acuerdo con la cual el válido acogimiento a la modalidad contractual que autoriza el artículo 15.1.a) del ET no sólo requiere que la obra o el servicio que constituya su objeto sea de duración incierta y presente autonomía y substantividad propia dentro de lo que es la actividad normal de la empresa, sino, además, que, al ser concertado, sea suficientemente identificada la obra o el servicio y que, en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no normalmente en tareas distintas.

En realidad, ya se puede apreciar en sus orígenes este matiz, sin duda constitutivo de la causa del contrato temporal. Por ejemplo, la doctrina establecida en relación con los cursos del Plan de formación e inserción profesional del INEM indicaba que tal plan tiene la condición de servicio determinado, pero sólo “en cuanto la realización de los programas, que en el mismo se integran, persiguen fines variables en su consecución, lo que, a su vez, puede demandar aptitudes diferentes en las personas que los desarrollan” (TS de 21 de julio de 1995).

Aunque, en honor a la verdad, la doctrina judicial moderna se ha pronunciado en términos más exigentes en relación con la causa en el con-

trato de obra y servicio concertado entre un trabajador y una administración pública. La doctrina judicial que admitió ligarlo a una dotación extrasupuestaria² se configuró simultáneamente –hacia principios de los años noventa– con la jurisprudencia que defendía que sólo la concurrencia de graves irregularidades en la contratación laboral podía servir de base para que se declarase la condición de indefinido del trabajador afectado.³

Y, por supuesto, las salas de lo social de los diversos tribunales superiores de justicia han conocido de supuestos homologables. Por ejemplo, en relación con la gestión de la renta mínima de inserción en la comunidad autónoma, el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 24 de octubre de 2001 (Rec. núm. 3211/2001) ha manifestado que el Departament de Treball “puede organizar las actuaciones de apoyo a la inserción laboral mediante empresas y entidades de inserción, administraciones locales o entidades colaboradoras”, de modo que, para estas entidades, en cuanto actúen como beneficiarias de dotaciones presupuestarias de dicho departamento, es lícito el recurso al contrato de obra y servicio determinado. Pero sólo en cuanto es posible la identificación del servicio determinado que prestan los trabajadores sometidos a esta modalidad contractual. Otro tanto puede decirse de acciones formativas de formación ocupacional o formación continua, que en no pocas ocasiones se realizan mediante una subvención que la Administración pública autonómica concede a una entidad local, un sindicato u organización empresarial o a una entidad privada. Puede citarse, en este contexto, la Sentencia del TSJ de Galicia de 28 de febrero de 2002 (Rec. núm. 5937/2001).

Asimismo, resulta cuando menos objetable que cualquier transferencia dineraria entre administraciones públicas, o entre administraciones públicas y entidades privadas con o sin ánimo de lucro, pueda servir de sustento para la formalización de esta modalidad de contrato temporal a término. Resulta muy ilustrativa la doctrina judicial que ha venido produciendo sobre este particular la Sala de lo Social del TSJ de Canarias. Por ejemplo, la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2001 (Rec. núm. 859/2000)

2. Sobre ella, LAHERA FORTEZA, J., *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, La Ley (Madrid, 2001), pág. 79 y ss. También, ALZAGA RUIZ, I., *Contratación laboral temporal: Un estudio jurisprudencial*, EDESA (Madrid, 2000) págs. 37-38.

3. Así lo pone de manifiesto BALLESTER PASTOR, M.^º A., *Estado de la cuestión y perspectivas de los fijos discontinuos en la Administración. STS en u.d. de 30 de abril de 2001*, AL, núm. 10, 2003, pág. 829.

se detiene en precisar el concepto de subvención a los efectos de la definición del contrato de obra y servicio determinado. Pone de manifiesto que deben quedar fuera las transferencias en favor de las comunidades autónomas para su financiación –operaciones en las que está ausente la idea de ayuda, gratuidad y donación– y las efectuadas en favor de las corporaciones locales pues, con ello, la Administración General no hace sino poner a disposición de las mismas su participación en los recursos recaudados por la Hacienda estatal necesarios para el cumplimiento de sus fines propios. Y, a partir de este concepto técnico de subvención, deja al margen de esta modalidad contractual un proyecto subvencionado por la comunidad autónoma y el Ministerio de Asuntos Sociales, denominado Plan concertado de prestaciones básicas para los centros municipales de servicios sociales 1999, porque “la Ley 9/1987, de 28 de abril, de servicios sociales (BHO C 56, de 4 de mayo de 1987) [...] en su preámbulo indica que el aseguramiento de la realidad sustantiva de esta ley requiere de la racionalidad instrumental en su ejecución, la cual está inspirada fundamentalmente en el principio de descentralización, mediante el desplazamiento de competencias y gestión de los servicios [...] de forma que sean los cabildos y los ayuntamientos o mancomunidades municipales los principales gestores [...]”. De ahí que sea impropio referirse a esta técnica administrativa de fomento. Más bien, “la subvención concedida por la comunidad autónoma y el Ministerio de Asuntos Sociales al ayuntamiento obedece a la realización de un plan que coincide con una obligación que le es impuesta por ley, finalidad bien distinta de las que son propias a las subvenciones en sentido estricto, hallándose ausente la idea de fomento y respondiendo a un movimiento entre cajas a fin de proveer a la financiación de un servicio público. La comunidad autónoma se vale del ayuntamiento para la realización de unos gastos que le son propios y que por razones de técnica organizativa aparecen encomendadas a órganos e instituciones más próximas al usuario”.

Es, así pues, la variabilidad presupuestaria el factor decisivo que legitima la posible concertación de un contrato de obra en estas circunstancias. Se trata de que la actividad a la que da cobertura el contrato de obra y servicio dependa de una financiación externa y variable que proceda de una entidad diferente a aquella que asume la condición de empleador.

Pero, una vez identificada la subvención, y habiéndose constatado que concurre en el supuesto litigioso, ello no es bastante. Porque las administraciones públicas no quedan exoneradas del cumplimiento de la exigen-

cia legal de que concurra causa bastante. Una vez sometidas a la legislación laboral cuando, actuando como empresarios (artículo 1.2 del ET), celebran contratos de trabajo, quedan vinculadas con sus trabajadores por medio de relaciones que habrán de regirse en su nacimiento y en su desarrollo ajustadamente a la normativa laboral que les sea aplicable, según las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Puede contrastarse esta doctrina en la STS de 19 de marzo de 2002 (Rec. núm. 1251/01), que se pronuncia en los siguientes términos en relación con un contrato concertado entre el Ayuntamiento de Las Palmas y el trabajador demandante: “1) El contrato que examinamos no cumple, mínimamente, con la exigencia de identificar, con precisión y claridad, la obra o servicio que constituye su objeto. Es evidente que no puede entenderse satisfecha con la mera alusión al proyecto subvencionado entre las distintas administraciones, pues el así denominado es un simple instrumento de gestión económica, que no cabe confundir con un programa o proyecto para desarrollar una actividad concreta y específica, ni menos aún, con una obra o servicio determinado. 2) Debe afirmarse que la identificación que se hace en el contrato de la obra o el servicio determinado, con el Plan concertado de prestaciones básicas para los centros municipales de servicios sociales de 1999, de su literalidad se desprende que el plan abarca todos los servicios sociales básicos del Ayuntamiento. La misma utilización del plural, servicios sociales, supone la existencia de no un solo servicio determinado, sino de varios de ellos. Y lo ratifica el examen de los artículos 5, 6 y 7 la Ley canaria 56/1987, de servicios sociales, de 4 de mayo, así lo confirma. 3) Conforme a su artículo 5, las administraciones públicas, incluidos pues los ayuntamientos, prestarán, como mínimo, los servicios básicos correspondientes a los siguientes niveles: servicios generales o comunitarios; servicios especializados; y programas integrados por áreas, sectores y ámbitos espaciales. El artículo 6 señala que los generales o comunitarios, tienen por objeto promover el bienestar de todos los ciudadanos, mediante servicios que realizan las siguientes funciones: información, valoración y orientación; promoción y cooperación social; ayuda a domicilio; convivencia; prospección y detección de situaciones de marginación; y cualquier otra función primaria. Su artículo 7.3 enumera los servicios sociales especializados de obligada organización: infancia y adolescencia; juventud; tercera edad; minusválidos; drogodependencias; prevención de la delincuencia y reinserción social de ex-externos; marginación por razón de sexo; otros colectivos marginados; situaciones de emer-

gencia; y cualquiera otro especializado que considere necesario el Gobierno de Canarias. Finalmente, el artículo 7.4 establece que el equipamiento de los servicios sociales especializados estará constituido por: centros de acogida, residencias permanentes, centros de día, centros ocupacionales y comunidades terapéuticas. 4) Resulta palmario que la genérica alusión hecha en el contrato que se examina, referida a los servicios sociales básicos del Ayuntamiento, cuando éstos son tan numerosos y diferentes y, tan distintos los lugares de actividad, dejó absolutamente indefinido el servicio concreto en que el trabajador debía desempeñar su actividad. Y no es válido argumentar que este podía dedicarse indistintamente a cualesquiera de los servicios examinados, porque la modalidad contractual prevista en el artículo 15.1.a) del ET sólo autoriza contratar a su amparo, cuando el objeto lo constituye una sola obra o servicio determinado, no un conjunto de ellos.”

No puede entenderse mínimamente cumplida la exigencia de la identificación precisa y clara de la obra o el servicio objeto del contrato con la referencia a un “proyecto subvencionado” entre varias administraciones. Ni tampoco a la constatación de que el mismo se financia con dotaciones anuales. Se exige, además, que se identifique con precisión la obra o el servicio que da cobertura al contrato a término. Pero no sólo eso: al igual que en el caso de que el empresario fuera una empresa privada, es exigible con rigor que el trabajador preste servicios en el proyecto subvencionado con una dotación procedente de una entidad diferente del empleador. Sirva de ejemplo de esta exigibilidad la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 2002 (Rec. núm. 673/2002): “Las funciones de la demandante estuvieron, desde el principio hasta el final, incluidas en la organización propia de la demandada, no las funciones derivadas de la ejecución de dichos programas [...]. Si la demandante fue contratada como auxiliar administrativa –en el primer contrato– y como titulada de grado medio –en el tercer, en el cuarto y en el quinto contrato [...]– y si la demandada gestiona numerosas subvenciones con relación a su actividad, es indudable la correlación entre las funciones de la demandante y la genérica actividad estructural de la demandada. Dicho en otros términos, a pesar de lo especificado en los contratos temporales entre la trabajadora demandante y la empleadora demandada, las funciones de la demandante, derivadas de su categoría, no estaban vinculadas a los programas específicos en cada uno de esos contratos, sino a la genérica actividad estructural de la demandada.”

Por lo tanto, a la exigencia de que la dotación extrapresupuestaria constituya efectivamente una subvención, que depende en su continuidad de una voluntad externa a la propia Administración contratante, se suman las ordinarias de todo contrato de obra y servicio: identificación precisa de una u otro y desempeño por parte del trabajador de funciones exclusivamente ligadas con el proyecto o con el plan objeto de la subvención. De hecho, la única inflexión de esta doctrina puesta en comparación con la causa del contrato regulado en la letra a) del artículo 15.1 del ET estriba en que la temporalidad viene dada por la dotación económica. Aunque la obra o servicio, en sí mismos considerados, pueden ser indefinidos, no así la subvención, cuya continuidad se hace depender de un *factum principis* ajeno a la relación vis a vis entre trabajador y empleador público.

En esta doctrina judicial ha tenido que influir, necesariamente, la reforma laboral de 2001 y la nueva letra e) del artículo 52, de conformidad con la cual “el contrato podrá extinguirse [...] en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”.

A la vista de esta causa de despido objetivo, no han faltado opiniones que han defendido que ha de constituir un punto de inflexión en la doctrina del Tribunal Supremo. Porque, si resulta posible la extinción objetiva cuando desaparece la disponibilidad presupuestaria externa, el contrato de obra y servicio que se hace depender de la incertidumbre sobre la financiación futura del proyecto o plan en el que se incardina el contrato de trabajo pierde su justificación.⁴

No parece esta, sin embargo, la orientación que sigue, hasta la fecha, la doctrina del Tribunal Supremo. En la propia STS de 21 de marzo de 2002 (Rec. 1701/2001), se expresa cuanto sigue: “[...] de la existencia de una sub-

4. Este punto de vista en BALLESTER PASTOR, M.^º A., *op. cit.*, pág. 830. En parecidos términos, ALFONSO MELLADO, C., *Contratación temporal en unificación de doctrina*, RDS, núm. 18, 2002, pág. 190: “No puede dejar de señalarse que lo que constituía la base para admitir la temporalidad de la contratación [...] es ahora una causa de extinción objetiva [...] y [...] cuestiona, aunque de forma indirecta, la doctrina unificada a que se ha hecho mención, además de que tiende, como es claro, a fomentar la contratación indefinida en estos supuestos [...]”.

vención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal. Lo confirma así la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado, el e), en el artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. Con él se autoriza la extinción por causas objetivas de los contratos indefinidos formalizados por la Administración para la ejecución de planes o programas públicos determinados, cuando su financiación proviene de ingresos externos de carácter finalista y deviene insuficiente para el mantenimiento del contrato de trabajo suscrito.”

Las consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias del artículo 52.e) contemplan un supuesto de hecho más amplio que el que, de acuerdo con la doctrina judicial más actual, legitima la utilización del contrato temporal de obra o servicio determinado. Pero, desde luego, incluyen en su seno las situaciones que han dado cabida a la utilización de este contrato temporal estructural. De ahí que pueda decirse, como ha apuntado algún autor, que este precepto “podría ser un revulsivo en aras de la regularización y normalización del empleo público, ya incentivando la contratación indefinida de contratos sometidos a condición singular ya desincentivando la utilización descausalizadora del contrato de obra y servicio”.⁵ En otras palabras, la reforma de 2001 se ha limitado a introducir un instrumento que facilita la conclusión de contratos indefinidos en el ámbito de las administraciones públicas, sin que imponga la utilización de estos contratos.⁶ Porque la redacción del artículo 15.1.a) del ET permanece intacta, de modo tal que no se ha atacado el núcleo del problema, sin que pueda reputarse ilícita la contratación temporal conectada con la ejecución de programas públicos.⁷

Sin perjuicio de lo cual, la doctrina del Tribunal Supremo, aunque pronunciada *obiter dicta*, se decanta por la admisibilidad de la subvención como elemento de concreción del carácter temporal del contrato de obra

5. ALEMÁN PÁEZ, F., “El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales”, RL, núm. 8, 2002, pág. 26.

6. Así se manifiestan FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^º. F. y CALVO GALLEGOS, F. J., “Modalidades de contratación temporal y empresas de trabajo temporal en la reforma de marzo y julio de 2001”, RL, núm. 11-2, pág. 35. También RABANAL CARBAJO, P., “La nueva quinta causa del despido objetivo”, *Controversia*, núm. 3 (Ourense, 2002), pág. 133: “[...] podríamos elucubrar una sencilla fórmula para incluir en el precepto también a los contratos temporales: la conocida, si se me excusa la relajación de términos, como *patada hacia arriba*, es decir, la conversión de contratos temporales en indefinidos con el simple objeto de amortizarlos posteriormente con arreglo al artículo 52 del ET [...]”.

7. LAHERA FORTEZA, J., *op. cit.*, pág. 81.

y servicio. La incertidumbre sobre la renovación de la dotación presupuestaria que procede de un tercero se asimila a la ejecución “limitada en el tiempo” y “de duración incierta” a que se refiere el artículo 15.1.a) del ET. A ello habrá que añadir que la obra o el servicio desempeñados por el trabajador gocen de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y que los cometidos del trabajador se limiten al desempeño de dicha obra o servicio.

En resumidas cuentas, las nuevas orientaciones en la doctrina judicial relativas a la utilización del contrato de obra o servicio determinado en relación con la existencia de dotaciones extrapresupuestarias se pueden describir en términos de una mayor exigencia causal, sin que se haya cerrado en modo alguno la licitud del recurso a esta modalidad de contrato a término incierto.

1.2. Contrato fijo-discontinuo o fijo-periódico y contrato de obra y servicio

Otra cuestión controvertida se refiere a la distinción entre contrato de trabajo fijo-discontinuo o fijo-periódico y contrato de obra o servicio determinado. Al respecto, se han planteado no pocos supuestos en el ámbito de las administraciones públicas, en el caso de contrataciones cíclicas de trabajadores que, genéricamente, pueden merecer la condición de trabajadores de temporada. En realidad, la litigiosidad suscitada en las más de las ocasiones tiene bastante que ver con los problemas que se han comentado en el apartado anterior en relación con la inseguridad en la dotación económica que ampara la contratación del trabajador. Porque se suscita con la reiteración de contratos de obra y servicio realizados con el mismo trabajador, al amparo de los sucesivos planes, proyectos o campañas subvencionadas o dotadas presupuestariamente. Una vez que el trabajador es contratado en reiteradas ocasiones por cada ejercicio surge la controversia de la posible fijeza del contrato, máxime cuando la prestación de servicios se repite cíclicamente en períodos idénticos o similares de años consecutivos.

Porque, cuando se trata de trabajadores en el sector privado, es harto conocida la doctrina judicial que ha declarado reiteradamente el carácter indefinido del contrato, con carácter de fijo-discontinuo, en los supuestos en los que durante años reiterados, de forma discontinua, y al amparo de cualquier modalidad de contrato temporal,⁸ el trabajador ha prestado ser-

vicios para la entidad contratante.⁹ La reiteración cíclica de las contrataciones pugna frontalmente con la esencia del contrato de obra o servicio, en el que el objeto se describe precisamente por la realización ocasional de una u otro, de duración limitada en el tiempo, aunque incierta.

Pero, cuando se trata de las administraciones públicas, se entremezcla el carácter cíclico de la actividad con el problema de su financiación, que puede ser variable de un año a otro. Y, al variar la financiación disponible, también puede ser variable el número de trabajadores que pueden contratarse. A este respecto, se ha suscitado una corriente de doctrina sensible a la licitud de utilizar en estos casos el contrato de obra y servicio. Como recapitulación, puede citarse una STSJ de Aragón de 4 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 863/2000), referida a una demandante que pretendía la condición de fija-discontinua al servicio de la Diputación General de Aragón. Expresa este pronunciamiento: "El contrato por obra o servicio determinado es el suscrito para la realización de tareas dotadas de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, limitada en el tiempo, es principalmente de duración incierta. Su distinción con respecto a los contratos para la realización de trabajos fijos de carácter discontinuo reside en la reiteración o no en el tiempo de la necesidad que da lugar a la contratación (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1997 y de 27 de septiembre de 1998, citadas en el recurso). Si tal ocurre, existe una relación laboral de este tipo, porque los llamamientos al trabajador obedecen entonces a esa necesidad intermitente, en intervalo temporal dotado de homogeneidad, y no, como correspondería al tipo contractual que se propugna con el recurso, a una necesidad extraordinaria de trabajo esporádica e imprevisible, al margen de cualquier secuencia temporal. La reiteración cíclica, pues, es la que define el trabajo fijo discontinuo. Es indiferente la denominación dada por las partes al contrato, porque lo que determina realmente la naturaleza de éste no es tanto el *nomen* buscado por los contratantes como la constatación de la verdadera intención de éstas, deducible de la repetición del llamamiento al inicio de la actividad cíclica periódica. Sin embargo, en el caso de autos destaca, por una parte, la falta de homoge-

8. Los problemas más frecuentes se han planteado entre el trabajo fijo-discontinuo y el contrato eventual. Al respecto, con relato de ciertos antecedentes parlamentarios, GARCÍA ORTEGA, J., *Las relaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores fijos-discontinuos*, Bosch (Barcelona, 1990) pág. 71 y ss.

9. Extensamente, esa doctrina judicial en ALZAGA RUIZ, I., *op. cit.*, pág. 25 y ss.

neidad en cuanto a los intervalos de tiempo mediante entre los sucesivos contratos concertados, como revela el detenido detalle cronológico que efectúa la resolución recurrida, poniendo de relieve la falta de acomodo del trabajo prestado en esas condiciones a las campañas periódicamente constantes que son la razón de ser del trabajo fijo discontinuo. Por otra, que los contratos estaban vinculados a proyectos de investigación, quedando condicionada la oportunidad de su suscripción a la previa financiación por organismos públicos nacionales o internacionales y dependiendo por lo tanto de la existencia o no de la correspondiente consignación presupuestaria. En consecuencia, el criterio del juzgado se revela certero cuanto sitúa los sucesivos contratos litigiosos bajo el ámbito de la modalidad temporal dicha, rechazando la declaración de fijeza postulada en demanda. Así lo había hecho ya esta sala en anteriores ocasiones (sentencias de 13 de mayo de 1992 y de 20 de junio de 1995), donde, para situaciones análogas a las de autos, se argüía que el Servicio de Investigación Agraria no posee una dotación presupuestaria fija y predeterminada, sino que su financiación depende de la concesión de proyectos o programas de investigación, lo que introduce un elemento de incertidumbre esencial que obliga a la contratación de trabajadores en forma temporal, subordinada, en todo caso, a la existencia de tales proyectos y de sus correspondientes asignaciones económicas, lo que justifica plenamente el comportamiento de la DGA, desvaneciendo toda sobre de fraude de ley.

La doctrina de esta sentencia incide, además de en la falta de homogeneidad en los intervalos de tiempo de inactividad, en la financiación de los proyectos de investigación por parte de unas entidades públicas ajenas a la Diputación General de Aragón, así como en la vinculación de los contratos de obra o servicio a estos proyectos. De ahí que no desentone con la actual doctrina judicial, en los términos en que antes ha sido comentada. No así múltiples pronunciamientos precedentes, referidos a campañas de campamentos de verano y albergues juveniles¹⁰ o campañas de prevención y extinción de incendios forestales,¹¹ en los que la dependencia del servicio prestado de las disponibilidades presupuestarias, que pueden diferir de un año a otro, así como de las planificaciones que se hubiesen formulado por parte del organismo público, con objetivos más o menos

10. STS de 23 de septiembre de 1997 (Rec. núm. 289/1997).

11. Por todas, STS de 10 de abril de 1995 (AL 1279/1995).

ambiciosos en cada ejercicio, sirvieron de argumento para justificar la temporalidad del vínculo y el ajuste a derecho del contrato de obra o servicio determinado.¹²

En la actualidad, es de necesaria cita la STS de 30 de abril de 2001 (Rec. núm. 4190/2000). Después de hacerse eco de la doctrina de la STS de 10 de diciembre de 1999 (Rec. 415/1999), referida a un contrato de obra y servicio concertado para una guardería que se ponía en funcionamiento todos los años para la campaña de la aceituna,¹³ y de disertar sobre la compatibilidad de esta jurisprudencia con la manifestada en la STS de 2 de junio de 2000 (Rec. 2645/1999), asimismo relativa a la prestación de servicios en una guardería propiedad del ayuntamiento contratante mediante un contrato temporal con idéntica finalidad de que las madres pudieran asimismo atender a la campaña de la aceituna,¹⁴ y que declara expresamente su aquiescencia con la de la STS antes citada,¹⁵ expresa cuanto sigue, en relación con el contrato entre la demandante con la corporación municipal de Jódar como educadora de la guardería municipal que dicha corporación abre durante las temporadas de la aceituna o de la vendimia: “La sentencia, al reconocer el carácter de fija-discontinua a la demandante por haber prestado servicios en la guardería abierta por el ayuntamiento demandado, cuando su relación fue la propia de un contrato de trabajo temporal por obra o servicio determinado, puesto que la operativi-

12. Sobre esta doctrina judicial, en tono crítico, ALZAGA RUIZ, I., *op. cit.*, pág. 25 y ss.

13. “Concurre en este supuesto una circunstancia que fortalece aún más el argumento y es que, como se dice en los fundamentos de hecho probados, la corporación demandada pone en funcionamiento todos los años una guardería temporera para la campaña de la aceituna que funciona mediante subvenciones concedidas al efecto para cada año por la Excma. Diputación Provincial, y esa dependencia económica trae a un primer plano el factor de la contingencia o incertidumbre de la actividad en años futuros, dependiente de la necesaria cobertura económica, lo que es impropio de los contratos que tienen por objeto el desempeño de trabajo de carácter fijo-discontinuo, tal como lo concibe actualmente el artículo 12.3.b) del Estatuto de los trabajadores.”

14. “En el supuesto que allí se examina, en que las demandantes tampoco fueron llamadas al comienzo de la temporada de la aceituna, consta que la actividad de la guardería era permanente y el ayuntamiento prestaba dicho servicio social con cargo a su propio presupuesto. En tales circunstancias es evidente que la regla general de distinción entre temporalidad y fijeza discontinua opera a favor de esta última [...]. El servicio es en sí mismo permanente y la única restricción temporal deriva de la discontinuidad de su prestación en atención a la necesidad durante la guarda de campañas a que atiende.”

15. “No desconoce la sala la doctrina de la sentencia de 10 de diciembre de 1999, dictada también en un caso de guardería municipal en funcionamiento por la campaña de la aceituna, pero esa doctrina no es aplicable en el supuesto que aquí se decide, porque en esa sentencia se parte de que la actividad desarrollada estaba condicionada por la percepción de las subvenciones concedidas cada año con este fin por la Diputación Provincial.”

dad de la guardería dependía de las necesidades de cada temporada y de la asignación económica que pudiera conceder la Diputación Provincial para sostenerla, no acomodó su fallo a la doctrina unificada por esta sala.”

1.3. Contrato de obra y servicio para la atención de contratas y subcontratas y concesiones administrativas

Ha sido frecuente en el mundo de las relaciones laborales de los últimos años la puesta en relación de los contratos de obra y servicio con las contratas y subcontratas y con las concesiones administrativas. La cuestión se reconduce, esencialmente, a la posibilidad de que la empresa contratista o concesionaria se sirva del contrato de obra y servicio para concluir relaciones laborales temporales por el tiempo por el cual haya concertado el contrato mercantil o administrativo con la entidad principal. Aunque la actividad que desempeña el trabajador sea de ejecución permanente en el tiempo, no así el desarrollo de la misma por la entidad empleadora, que la tiene adjudicada o contratada durante un período determinado.

No se trata ahora de describir la génesis y el desarrollo de la doctrina judicial que ha abierto ampliamente la posibilidad de concertar contratos de obra y servicio en estos casos,¹⁶ sino de analizar su impacto cuando la empresa principal es una administración pública y, más en concreto, una administración local. Al respecto, puede afirmarse que no ha habido apenas oscilaciones en relación con dicha doctrina. Puede citarse, como buen botón de muestra, la STS de 20 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 3134/1999), referida a una concesión del Ayuntamiento de Barcelona para la instalación, conservación y explotación del mobiliario urbano de la ciudad, cuya doctrina se plantea en términos absolutamente ortodoxos: “La cuestión debatida se centra en determinar si la realización de trabajos durante la vigencia de la contrata puede ser un objeto lícito del contrato de obra o servicio determinado regulado en el artículo 15.1.a) del ET y en los artículos 2 del Real decreto 2104/1984 y del Real decreto 2546/1994, vigentes en los momentos en que se realizó esta contratación y la respuesta debe ser afirmativa, de conformidad con la doctrina de las sentencias de 15 de enero de 1997, de 18 y de 28 de diciembre de 1998 y de 6 de

16. En términos críticos, ALFONSO MELLADO, C., *op. cit.*, pág. 186 y ss.

junio de 1999. En estas sentencias se establece que, aunque en casos como el presente no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, se aprecia, sin embargo, la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga ésta. Esta conclusión no se altera por el hecho de que el servicio contratado pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en los que la contrata actúa solo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato.¹⁷

La misma doctrina se aplica aun en el caso de que la contrata se refiera a una actividad regida por convenio en el que se incluya una cláusula subrogatoria, como es el caso de las contrataciones de limpieza, sin que a tal efecto tenga incidencia el hecho de que la nueva adjudicataria del servi-

17. Un supuesto parejo, relativo a una concesión para la conservación del alumbrado público de Cartagena, en STSJ de Murcia de 14 de enero de 2002 (Rec. núm. 1106/2001). También, STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 2069/2001), referida a la sucesión de contratistas o adjudicatarios del servicio de conserjería, monitores de natación y socorrismo del polideportivo de Galdakao, habiendo prestado servicios el actor para todos ellos, fundamentalmente vinculado mediante contratos temporales para obra o servicio determinado, hasta el fin de la contrata. En análogos términos, STSJ de Asturias de 15 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 1894/2000) relativa a un contrato de servicios de colaboración en la gestión de ingresos firmado por el empleador con el Ayuntamiento de Avilés. También, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de mayo de 2001 (Rec. núm. 766/2001), relativa a la prestación de servicio de ayuda a domicilio por parte de la Mancomunidad de Peñaranda de Bracamonte, aunque en esta sentencia confluyen las doctrinas de la vinculación del contrato de obra y servicio con una contrata y con una dotación económica procedente de otra administración pública. La misma superposición de doctrinas en relación con la gestión por una asociación de vecinos de un centro socio-laboral para facilitar la inserción social de jóvenes en situación de dificultad, en virtud de un concierto con el Ayuntamiento de Zaragoza, en STSJ de Aragón de 26 de febrero de 2001 (Rec. núm. 72/2001). Por su parte, la STSJ de Galicia de 5 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 3980/2000) insiste en la licitud de contrato de obra en relación con la adjudicación de los servicios de operación, supervisión técnica y apoyo a las funciones administrativas de la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia 061. También, la STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2001 (Rec. núm. 5637/2000), relativo a la campaña denominada Atención de las Comunicaciones al Sistema 061 del Centro Coordinador de Urgencias de Madrid, adjudicado a Iberphone, SA por el Insalud.

cio deba asumir a la totalidad o a parte de los trabajadores de la empresa cedente. Como la temporalidad del servicio es mensurable en atención a la duración de la contrata, ya no se plantea la cuestión del eventual derecho del trabajador en la nueva contratista, sino que se aplica la libérrima facultad de denuncia del contrato por extinción de la contrata. Lo cual puede verificarse, al margen de los matices que se aprecian en el supuesto de hecho planteado, en la STJ de Andalucía, Málaga, de 17 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1573/2000): “La doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta es plenamente aplicable al supuesto de autos, ya que la actora suscribió el 16 de marzo de 1999 con la empresa SELSA un contrato de trabajo para la realización de obra o servicio determinado, especificándose en la cláusula séptima que el objeto del contrato era la contrata que dicha empresa tenía con el Ayuntamiento de Málaga para la realización de labores de limpieza en las dependencias del archivo municipal, fijándose una duración del contrato hasta la terminación de la vigencia de dicha contrata. En consecuencia, habiendo terminado la contrata en cuestión el 31 de diciembre de 1999, estimamos que en dicha fecha se produjo la extinción del contrato de trabajo suscrito por la actora con SELSA por cumplimiento del término pactado en el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49, apartados a), b) y c), del ET, sin que, por tanto, pueda hablarse de despido, ni tampoco de subrogación empresarial de la nueva adjudicataria de la contrata la empresa recurrente LIMPOSAM, máxime si tenemos en cuenta que conforme al pliego de condiciones de la contrata la misma solo se haría cargo de los cuatro trabajadores que realizaban labores de limpieza en el archivo municipal, entre los que no se encontraba la actora, pues ésta no trabajaba como limpiadora, sino como responsable del equipo. Todo lo anterior nos lleva a estimar el recurso de suplicación interpuesto y revocar la sentencia recurrida”. Y sin que, como es obvio, a la corporación local que actúa como empresa principal le quepa en estos casos la más mínima responsabilidad.

En la misma línea de doctrina, y porque resuelve un supuesto específico, debe hacerse referencia expresa a una STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2001 (Rec. núm. 4134/2001), relativa a un contrato de duración determinada, para la realización de una obra o servicio determinado “mientras dure la adjudicación del contrato de prestación de servicios para la gestión del servicio municipal de la Comunidad Terapéutica para Drogodependientes del Ayuntamiento de Madrid”, y, además, “supeditando su prórroga a las cláusulas que emita el Ayuntamiento de Madrid en

cuestión de las necesidades del servicio". La curiosidad estriba en que la corporación local contrató con dedicación parcial a un ATS, de modo que modificó la adjudicación del servicio desde el punto de vista de la reducción del tiempo de prestación del mismo. En esta situación, la adjudicataria rescindió el contrato de obra o servicio, ante la imposibilidad de reducir la jornada unilateralmente por imperativo del artículo 12 del ET. La sala entendió la extinción ajustada a derecho.

Pueden, no obstante, apuntarse algunos pronunciamientos discrepantes, que niegan virtualidad extintiva del contrato de obra y servicio a la extinción de la contrata de limpieza, en aplicación de la cláusula subrogatoria del convenio colectivo aplicable. Cierta sentencia es especialmente curiosa, porque se refiere a un trabajo fijo-periódico celebrado para atender el servicio de limpieza de un colegio público durante el curso académico. Los contratos de obra y servicio, concertados por cada curso académico, no se extinguieron lícitamente al finalizar éste, a pesar de la firma de recibos de finiquito, pero tampoco al extinguirse la contrata. En concreto, expresa lo siguiente la STSJ de Madrid de 19 de junio de 2002 (Rec. núm. 2626/02): "En el capítulo de infracción de normas sustantivas, al amparo del artículo 191.c) de la LPL, se formula un primer motivo en el que se alega la infracción del artículo 49.1.a) del ET (RCL 1995, 997) y en él se argumenta que el contrato de obra o servicio determinado es válido si se supedita a la duración de la contrata, para lo que cita la jurisprudencia que parte de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1997 (RJ 1997, 497), y que el finiquito obrante en autos es eficaz y liberatorio para la recurrente. No pueden compartirse estas tesis del recurso, pues no cabe omitir que la sentencia ha resuelto dos aspectos del litigio que no han sido atacados en ningún motivo del recurso. Uno de ellos es la consideración de la relación contractual como fija discontinua, pues la actora venía prestando servicios para su inicial empresa como limpiadora para la duración de cada curso escolar, siendo tal empresa contratista del servicio de limpieza del colegio en que prestaba servicios la demandante. En realidad se trataba, no de sucesivos contratos de obra o servicio determinado para cada curso escolar, sino de un solo contrato de obra o servicio determinado sujeto a la duración de la contrata de limpieza, en el que la prestación de trabajo no era continuada, sino a tiempo parcial, de conformidad con el artículo 12.2 del Estatuto de los trabajadores [...]. A lo anterior hay que añadir el segundo extremo, antes mencionado, de la sentencia de instancia que no ha sido impugnado en el recurso, que es la impe-

ratividad de la subrogación de la nueva empresa contratista, la recurrente, por ser la nueva adjudicataria del servicio y aplicarse el artículo 24 en relación con el 49.1 del Convenio colectivo de limpieza de edificios y locales (resolución de 28 de agosto de 2000, BOCM núm. 231). Se trata de una garantía de la estabilidad en el empleo que impone a la empresa entrante la subrogación en la titularidad empresarial de la anterior, por lo que el contrato ha de subsistir en los mismos términos, es decir, mientras dure la contrata y por períodos de trabajo discontinuos. De ahí también que el finiquito, suscrito con la empresa saliente, carezca de todo efecto respecto a la recurrente. En este sentido hemos resuelto casos similares en sentencias de esta misma sala y sección de 23 de septiembre de 1999 (recurso 3701/1999) y de 7 de octubre de 1999 [AS 1999, 6960] (recurso 4003/1999), mientras que las citadas en el desarrollo del motivo se refieren a casos diferentes. De conformidad con lo razonado, se ha de desestimar el motivo." Se trata, en todo caso, de una doctrina curiosa, porque admite –aunque meramente en hipótesis, si no existiera cláusula subrogatoria– la compatibilidad de un trabajo de temporada con un contrato de obra. Lo cual en absoluto parece desacertado, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de un trabajo periódico y, por lo tanto, a tiempo parcial. Más dudas *de lege data* se presentarían si el trabajo fuese discontinuo, de llamamiento incierto. En todo caso, debe anotarse que la doctrina judicial que niega la licitud del contrato de obra por asociarse a una contrata en sectores dotados de convenio con cláusula subrogatoria, por más que muy atendible, resulta contraria a la más consolidada doctrina del Tribunal Supremo, fraguada en sectores tales como la vigilancia y seguridad o la propia limpieza (v. g., sentencias de 15 de enero de 1997, de 18 y de 28 de diciembre de 1998 y de 8 de junio de 1999).

En realidad, esta sentencia que se ha comentado puede enmarcarse en una línea de doctrina emergente que se opone a la clásica del Tribunal Supremo e inadmite el contrato de obra y servicio asociado a la vigencia de una contrata allí donde un convenio colectivo obligue a subrogarse al nuevo contratista o sea de aplicación el artículo 44 del ET. En esta misma línea, puede citarse una STSJ de Canarias, Las Palmas, de 25 de octubre de 2001 (Rec. núm. 858/2001), relativa al mantenimiento de cierta entidad deportiva de titularidad del Cabildo de Gran Canaria: "[...] todo ello determina que en el presente supuesto exista sucesión de empresas y resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores y en la Directiva 77/187/CEE en cuanto a la

sustitución producida de VVO estacionamientos, SA por Ferrovial Servicios, SA en la posición de empleador del actor. Por otra parte y como quiera que el actor ha sido contratado mediante contrato temporal para obra o servicio determinado nos encontramos con que la obra o servicio para el que fue contratado el actor trabajos de mantenimiento de la Ciudad Deportiva Gran Canaria sigue realizándose después de la sucesión de empresas por lo que no juzga la causa válida de extinción autorizada por el artículo 15 párrafo 1.º letra a) del Estatuto de los trabajadores.”

Además, debe tenerse en cuenta que alguna norma convencional resuelve expresamente la cuestión para establecer expresamente el efecto subrogatorio también para los contratos de obra y servicio, generándose así un derecho subjetivo del trabajador a mantener su contrato, a término incierto, con el nuevo contratista. Sirva de ejemplo el artículo 43 del convenio colectivo de limpieza de la provincia de Pontevedra, del cual conoció la STS de 18 de junio de 2001 (Rec. núm. 2917/2000): “Al término de una contrata, todos los trabajadores que, dependiendo del concesionario saliente, lleven prestados sus servicios en las dependencias de la empresa o institución principal que contrata, un mínimo de cuatro meses anteriores a la fecha de aquel término, pasarán a depender del nuevo adjudicatario del servicio, sea cual fuere la modalidad del contrato de tales trabajadores (contratados a término o para servicio determinado, fijos de plantilla, temporales, eventuales, interinos, etc.) respetándoles la modalidad de contrato, categoría profesional, jornada, horario, antigüedad e importe de salarios, tanto los de este convenio como los extra-convenio que cada uno tuviera reconocidos en el momento de finiquitar su relación con el concesionario saliente [...]”. Aunque, en este caso, cabe lícitamente preguntarse si el contrato de obra y servicio “resucitado” con el nuevo contratista ostenta realmente esta condición o asume la de contrato indefinido, al eliminarse el rasgo de la temporalidad.¹⁸ Probablemente, habría que respon-

18. Lo mismo sucede con el artículo 9 del Convenio colectivo para el transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, de acuerdo con el cual el deber de subrogación del nuevo adjudicatario del servicio se produce “sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo”. Al respecto, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de marzo de 2001 (Rec. 411/2001). Igual controversia en la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de noviembre de 1999 (Rec. núm. 1746/1999), en relación con el servicio de recogida de basuras de Villamayor de la Armuña.

der que sí, siempre y cuando cada nuevo contratista formalice por escrito con el trabajador nuevo contrato de obra y servicio. Porque cabe la posibilidad que un futuro empleador, al que no se le aplique el convenio, no asuma la relación laboral,¹⁹ o que un subsiguiente convenio colectivo elimine el efecto subrogatorio.

E incluso se plantea una cuestión adicional: la de la posibilidad de resolver el contrato por expiración del servicio cuando pierde la contrata la ulterior contratista, en casos en que la cláusula de temporalidad se vinculaba a su pérdida por la contratista inicial. Alguna sentencia que ha conocido de esta concreta cuestión ha considerado que en tales casos el cese merecía la calificación de despido improcedente.²⁰

Y una situación pareja se plantea –frecuentemente en la práctica– en los casos en los que una entidad privada gestiona un servicio municipal, a través de una financiación que tiene su origen en los propios presupuestos de la corporación local, y que se formaliza normalmente a través de una subvención y de un concierto por el cual la entidad asume la gestión del servicio con cargo a dicha subvención. En circunstancias de estas características, la utilización del contrato de obra o servicio por parte de la empleadora contratante con el ayuntamiento se ha considerado ajustada a derecho. Puede ilustrar esta afirmación, v. g., la STSJ de

19. Esto es lo sucedido, precisamente, en la STSJ del País Vasco de 19 de julio de 1999 (Rec. núm. 1297/1999), en relación con la contrata de vigilancia y seguridad de la Autoridad Portuaria del puerto de Pasaia: ésta asume parcialmente la seguridad, anteriormente descentralizada. De ahí que la última adjudicataria del servicio pudo lícitamente extinguir los contratos de obra y servicio a pesar del tenor literal del artículo 14 del Convenio colectivo para las empresas de vigilancia y seguridad para el período 1997-2001: “Servicios de vigilancia: cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente público o privado, por rescisión, por cualquier causa, del contrato de arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado.”

20. En este sentido, STSJ de Cataluña de 19 mayo de 2000 (Rec. núm. 8606/1999), relativa a la contrata de vigilancia de seguridad de Correos en Reus: “[...] ahora bien, con independencia de la eventual aplicabilidad al caso de tal doctrina, es lo cierto que la limitación de la duración del contrato en atención a la pervivencia del servicio se pactó inicialmente con otra empresa distinta, de suerte que al término del servicio, para aquélla, no se hizo uso de la posibilidad de extinguir la relación. La subrogación de la recurrente y la asunción por parte de la misma de la posición de empleadora se hizo sin acogerse a una cláusula de delimitación temporal similar a aquélla. Por otro lado, la cláusula en cuestión fijaba el momento final del contrato en el cese de la entonces empleadora no así de la que pasó a ocupar posteriormente tal posición, la cual no impuso término final al contrato ni lo vinculó al mantenimiento del cliente.”

Aragón de 30 de enero de 2001 (Rec. núm. 1012/2000):²¹ “La temporalidad de los contratos de trabajo celebrados por la asociación no incurre en fraude de ley. No es el ayuntamiento quien contrata temporalmente para la ejecución de labores permanentes propias, sino una asociación que lo hace dentro de los términos y posibilidades económicas que le ofrece un convenio con el ayuntamiento para gestionar una actividad durante un período de tiempo, el permitido por cada convenio. La atribución legal del desarrollo de servicios sociolaborales al ayuntamiento tiene origen en el artículo 25 de la Ley de bases de régimen local, Ley 7/1985, que le otorga competencias para ‘promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal’, entre otras, en materia de ‘Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social’, por lo que no está legalmente limitado u obligado a gestionar por gestión directa esa competencia, sino que puede también promover esa actividad mediante entidades dispuestas a ponerla en práctica. En consecuencia, es el convenio y su financiación los que posibilitan los términos de la contratación laboral que puede realizar la entidad gestora del servicio, y, al tener ambos claros límites económicos y temporales, no existe fraude legal alguno, sino ajuste a las posibilidades reales, en la suscripción por la asociación de contratos por tiempo para la ejecución de obra o servicio determinado, según prevé el artículo 15 del ET, y también el artículo 2 del Real decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Tampoco se infiere otra cosa de la Orden del Departamento de Educación y Ciencia de 30 de septiembre de 1999, que regula subvenciones para el desarrollo de programas de garantía social, con el objetivo de ayudar a su financiación, y, en su punto séptimo se refiere a formadores contratados directamente por la entidad beneficiaria (no beneficiadora, como se dice en el recurso), desde el punto de vista de la temporalidad, superior a trece meses en la modalidad de Formación Empleo, que no es la actividad exclusiva del convenio de estos autos (fs. 268 y 269) y que, en cualquier caso, no condiciona o influye directamente en la contratación, sino en su financiación, esto es, una eventual contravención a sus normas

21. En relación con unos convenios entre una asociación empleadora y el Ayuntamiento de Zaragoza, que habían tenido por objeto la gestión de un centro sociolaboral para facilitar la inserción social de jóvenes en situación de dificultad, gestionando el servicio la asociación, mediante la subvención que se otorgaba a cargo del presupuesto municipal. La duración de los convenios había sido diversa, entre seis meses y dos años.

no provocaría una nulidad contractual sino la pérdida de la subvención. Por último, el hecho de que, vigente un convenio con la asociación, el siguiente se firme con el ayuntamiento después de iniciada la actividad, es una irregularidad administrativa que no incide en los contratos laborales celebrados por la asociación, ya que los efectos de ese convenio suscrito con retraso se retrotraen a la fecha de su entrada en vigor, ofreciendo así la cobertura administrativa precisa a dichos contratos.”

1.4. Contrato de obra y servicio y contrato de interinidad

Las relaciones entre ambos contratos, cuando se concertan en el ámbito de las administraciones públicas, se refieren a la intercambiabilidad entre el régimen de uno y otro, cuando la Administración empleadora yerra en el *nomen iuris* que le otorga al contrato, si materialmente se trata de un contrato de interinidad aunque se haya concertado como de obra y servicio, o viceversa. A este respecto, ha habido doctrina judicial que ha puesto de manifiesto, con criterio flexible, que este error no tiene carácter sustancial y que no debe implicar la consideración de la relación laboral como indefinida. En este sentido, y como reconocimiento de una doctrina jurisprudencial muy consolidada –inequívoca a partir de una STS de 17 de mayo de 1995–, cabe reproducir el siguiente pasaje de la STSJ del País Vasco de 29 de enero de 2002 (Rec. núm. 11/2002): “El hecho de que se utilice el cauce del contrato para obra o servicio determinado previsto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los trabajadores, y artículo 2 del Real decreto 2104/1984 –como sucede en el presente caso– sólo implica una irregularidad formal, que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante sin que ello pueda transformar un contrato temporal para primera cobertura provisional de vacante en un contrato por tiempo indefinido. En igual sentido la reciente sentencia de casación para unificación de doctrina de fecha 4 de abril de 2001 (RJ 2001, 4128).”²² Y ello aunque se hubieran cometido irregularidades formales en la concertación del contrato de obra y servicio.²³

22. La misma doctrina, v. g., en STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2001 (Rec. núm. 1040/2001), STSJ de Extremadura de 5 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 483/2001), STSJ de Madrid de 18 de enero (Rec. núm. 4275/2000), de 27 de abril (Rec. 291/2001) y de 8 de noviembre 2001 (Rec. núm. 4166/2001) y STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de mayo de 2002 (Rec. núm. 598/2001).

23. En este sentido, STSJ de Andalucía, Granada, de 2 de julio de 2001 (Rec. núm. 1880/2000): “[...] en el caso que nos ocupa, y aun cuando al inicio de la contratación no se hubiera acreditado el cumplimiento del requisito de forma, lo que sí es indudable, que quedaba plasmada la voluntad de las partes de celebrar un

No obstante lo dicho, el régimen de uno no es trasladable al otro cuando de los términos del contrato no puede deducirse inequívocamente que la voluntad de las partes contratantes ha sido concertar, con todos los requisitos legales, el otro. Valga como ejemplo la STSJ de Madrid de 21 de julio de 2002 (Rec. 2140/2002), en la que no se estimó que pudiera haberse concertado válidamente el de interinidad por vacante y no el de obra, como formalmente se hizo, en un caso en el que éste, legalmente, no era posible: “[...] el hoy actor fue contratado mediante sendos contratos en la modalidad de obra o servicio determinado [...]. En ambos el objeto del contrato fue el mismo, la prestación de servicios de vigilancia nocturna en las instalaciones de la Universidad, y los dos fueron concertados por un tiempo cierto a cuya expiración fueron extinguidos. En los acuerdos, suscritos entre el comité de empresa y la gerencia de la demandada, se pretenden establecer procedimientos de selección para las contrataciones de las suplencias necesarias, con un tiempo máximo de duración para tales contratos de tres años [...]. La sentencia de instancia razona la desestimación de la demanda al considerar que sobre tales hechos –así como los que resultan de la certificación de la Universidad que obra al folio 1 de su ramo de prueba–, la verdadera naturaleza del vínculo contractual surgido entre partes fue la de interinidad, por vacante, y para este tipo de contratos el mero transcurso del plazo para su cobertura no produce el efecto de transformar la relación en indefinida, sino el efecto contrario de facultar al empleador para dar por terminada la relación contractual con el trabajador interino, con cita de las STS de 22 de octubre de 1997, Rec. 3765/1996, y de 7 de marzo de 2000, Rec. 2146/1999. Sin embargo la sala no comparte esta tesis, al estimar que no es de aplicación al supuesto de autos la doctrina citada, [...] ya que nos encontramos, no ante un contrato de interinidad –por sustitución o vacante– sino ante un contrato para obra

contrato temporal, como lo prueba el mismo oficio que acreditaba el nombramiento del actor, que obra al folio 79 de las actuaciones y que le sirvió de credencial para su toma de posesión, donde se hacía referencia a un contrato de obra o servicio determinado del Real decreto 2104/1984 para ocupar la plaza del señor V. M. vacante por renuncia de este último, lo que comporta que aceptado por el actor, el carácter temporal de la contratación, no pueda alegar ahora, válidamente, su carácter indefinido, pero es más, aun cuando el contrato temporal fuera calificado como de interinidad por vacante, la falta de forma escrita, prevista en el artículo 6 del Real decreto 2104/1984 tampoco lo convertiría en indefinido, dado que él, al no prever tal efecto el precepto citado, habrá que acudir a las normas generales, en este caso el artículo 8.2 del Estatuto de los trabajadores, para celebrar un contrato temporal, dicha falta de forma escrita, como ya se ha dicho con anterioridad, no convierte en indefinida tal relación servicial [...]”

o servicio determinado, tal como así se pactó expresamente por ambas partes, para el que además se fijó irregularmente una duración o un término final; y aunque es cierto que esa realidad formal debe ceder ante la naturaleza real del vínculo contractual, no lo es menos que aun en este segundo supuesto el régimen jurídico de aplicación no puede ser otro que el adecuado a esa realidad jurídica constatada [...], y a cuyo tenor el contrato de interinidad se puede celebrar para sustituir a un trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo, o, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo ‘durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva’. En el supuesto de autos nada se dijo en el contrato suscrito sobre cualquiera de ambas circunstancias –sustitución o vacante–, ni tampoco se ha acreditado que aquella contratación tuviera por causa la cobertura de vacante ‘durante el proceso de selección’, que no consta se haya ni siquiera convocado o puesto en marcha [...].”

En resumen, en relación con el contrato de obra o servicio determinado concertado en el ámbito de las administraciones públicas, las valoraciones son similares a las que cabe hacer, en general, sobre los contratos temporales: la doctrina judicial tiende a ser especialmente flexible y tratar con particular condescendencia a estos concretos empleadores. Ahora bien, tal vez ello no sea predicable con la misma intensidad con que puede describirse de otras modalidades contractuales, y muy en particular de la de interinidad. Incluso puede detectarse, entre la casuística más reciente, una tibia tendencia hacia una rigorización en la causa. Basten los ejemplos descritos del contrato de obra o servicio formalizado bajo la cobertura de una dotación económica procedente de otra administración pública, o un perceptible proceso de clarificación de las diferencias entre contrato de obra y trabajo fijo-discontinuo. Incluso en un ámbito en el que ha calado tan hondo la corriente flexibilizadora, como es el del contrato temporal ligado a la vigencia de una contrata, pueden reconocerse ciertas orientaciones más sensibles a la toma en consideración de elementos accesorios, como las eventuales cláusulas subrogatorias contenidas en los convenios colectivos de aplicación.

2. Contrato de inserción

El tono de exposición en referencia a esta modalidad contractual tiene que ser necesariamente más exegético, ante la ausencia de una doctrina

judicial que sirva de orientación, a causa de la novedad de este contrato temporal, aparecido en el Real decreto ley 5/2001, de 2 de marzo, aunque significativamente modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio.²⁴

Debe destacarse, en primer lugar, que su propio nombre –contrato de inserción– hace referencia a un problema que se ha abierto paso en los últimos años como uno de los más acuciantes en el ámbito de la Comunidad Europea, como es el del empleo y la inserción laboral de los desempleados. No en vano la propia letra d) del artículo 15.1 expresa, en su último inciso, que “la incorporación de desempleados a esta modalidad contractual estará de acuerdo con las prioridades del Estado para cumplir las directrices de la estrategia europea por el empleo”.

Tal preocupación constituye, así pues, el rasgo definitorio de esta modalidad contractual, que a duras penas resiste la consideración de contrato temporal estructural. En realidad, su causa reside en la inserción laboral de colectivos de desempleados con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo. Realmente, la realización de una obra o servicio de interés general se subordina, como reconoce expresamente el precepto, a la “adquisición de experiencia laboral y mejora de la ocupabilidad del desempleado”. O, como también se afirma, la obra no es sino un medio dirigido al fin principal. Está claro que en el núcleo duro del contrato no se encuentra la atención a una necesidad temporal de la empresa.

Debe destacarse que el contrato de inserción, aunque específicamente reciba ese nombre, no es la única ni acaso fundamental modalidad del Estatuto de los trabajadores que persigue un fin de introducción de desempleados en el mercado laboral. Sin duda, en mayor medida sirve a este fin el contrato para la formación, máxime si se tiene en cuenta la muy apreciable ampliación de los colectivos destinatarios del mismo producida con ocasión de la reforma laboral de 2001. Puede, eso sí, diferenciarse el procedimiento que se emplea en uno y otro contrato: en el de inserción, es la mera experiencia laboral la que ha de lograr este fin, en tanto que en el del artículo 11.2 del ET es la formación teórico-práctica para el desarrollo de un puesto de trabajo dotado de un cierto grado de cualificación la que ha de mejorar las perspectivas del trabajador.²⁵

24. Finalmente, el contrato de inserción entró en vigor el 1 enero de 2002, de acuerdo con la disposición final segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio.

25. Véase estas ideas, más desarrolladas, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^º F. y CALVO GALLEGOS, F. J., *op. cit.*, págs. 20-21.

El contrato de inserción no surge en el año 2001 como una experiencia inédita en el panorama español. Antes bien, pueden detectarse algunos antecedentes inmediatos. Entre ellos, como ha sido resaltado en diversas ocasiones, los trabajos de colaboración social de los desempleados perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo, regulados en el artículo 6 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo.²⁶ Pero, sobre todo, los contratos concertados en el ámbito de convenios de colaboración entre el INEM y las corporaciones locales o entidades dependientes o vinculadas a una administración local.²⁷ En este sentido, la reforma de 2001 debe valorarse más como instrumento racionalizador o legalizador que como innovación sustantivamente muy novedosa.

Por lo que respecta a los sujetos del contrato de inserción, a diferencia de las demás relaciones a término previstas en el artículo 15.1 del ET, se restringen, tanto por parte de la empleadora como del trabajador. La empleadora debe ser necesariamente una administración pública o una entidad sin ánimo de lucro. Por lo tanto, y al margen de estas últimas, parecen excluirse como empresarios las personas jurídicas constituidas al amparo del Derecho privado, por más que la titularidad del capital sea mayoritariamente pública. Y, en cuanto a las entidades sin ánimo de lucro, normalmente adoptarán la forma jurídica de asociación o fundación.²⁸

En cuanto a los trabajadores, el artículo 15.1.d) exige que se trate de desempleados demandantes de empleo inscritos como tales en la correspondiente oficina de empleo. Lo cual excluye tácitamente la necesidad de que se trate de perceptores de prestación o subsidio de desempleo.²⁹ A lo que el precepto añade dos precisiones más: en primer lugar, la antes referida de tomar en consideración las prioridades del Estado para cumplir las

26. Véase esta referencia, v. g., en GOERLICH PESET, J. M.³, "El Real decreto ley 5/2001, de reforma del mercado de trabajo: Análisis y balance de urgencia", JL, núm. 6, 2001, pág. 23.

27. Regulados en normas reglamentarias como las órdenes ministeriales de 19 de diciembre de 1997, de 26 de octubre de 1998 o de 19 de diciembre de 2000, además de las resoluciones administrativas del INEM. De hecho, de acuerdo con el Estatuto de los trabajadores, los trabajadores serán contratados en atención a los programas de mejora de la ocupabilidad de los demandantes de empleo, que son los regulados en la Orden ministerial de 19 de diciembre de 1997 y en la Orden ministerial de 26 de octubre de 1998 (disposición adicional dieciséis del ET, redactada por la Ley 12/2001, de 9 de julio).

28. Con toda seguridad, también las empresas de promoción e inserción laboral previstas en la disposición adicional novena de la Ley 12/2001, de 9 de julio, siempre que no ostenten ánimo de lucro.

29. Lo cual puede tener como efecto secundario, tal y como ha planteado algún autor, el problema de que el parado que rechace la contratación no se ve sometido a sanción alguna, si no es beneficiario de ningún tipo de cobertura económica. En este sentido, MORALES ORTEGA, J. M., *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*, CARL (Sevilla, 2003), pág. 271.

directrices de la estrategia europea por el empleo –lo cual, dicho sea de paso, con toda probabilidad conducirá a priorizar a los colectivos incluidos en el programa anual de fomento del empleo.³⁰ La segunda, consistente en una concreta limitación temporal, de acuerdo con la cual “los trabajadores que sean parte en estos contratos no podrán repetir su participación hasta transcurridos tres años desde finalizar el anterior contrato de esta naturaleza, siempre y cuando el trabajador haya sido contratado bajo esta modalidad por un período superior a nueve meses en los últimos tres años”.³¹

Por lo que respecta al objeto del contrato, la ley dice, de modo escueto, el de “realizar una obra o el servicio de interés general o social”, y en el ámbito de los programas públicos que se determinen reglamentariamente. Con respeto a la obra o el servicio de interés general, ya he puesto de manifiesto que no se identifica necesariamente con el objeto del contrato de obra, de tal forma que no parece exigible que dicha obra o servicio sea temporal, aunque de duración incierta, ni tampoco que goce de sustantividad y autonomía propia. En términos más amplios, debe afirmarse que el régimen del contrato del artículo 15.1.a) del ET no se incorpora necesariamente al de la letra d). Cada modalidad goza de autonomía plena en orden a sus elementos configuradores.

Desde luego, esta afirmación incorpora elementos importantes de flexibilidad en este contrato, en relación con el cual la Administración pública o la entidad sin ánimo de lucro poco tiene que precisar sobre su objeto. Bien es cierto que se exige que la obra o el servicio sean de interés general o social, pero tal requisito, concebido en términos evidentemente abstractos, poco o nada añade en la definición de los límites de esta relación laboral, sobre todo a la vista de la muy flexible jurisprudencia de los tribunales sobre el concepto de interés general. Puede añadirse que la obra o el servicio deben ser idóneos para que el trabajador adquiera unos conocimientos que le sitúen en mejor posición en el mercado de trabajo, e incluso que esta exigencia debe condicionar la duración mínima del contrato. Pero tampoco estas aseveraciones precisan demasiado el objeto del contrato.

30. Para el año 2003, artículo 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

31. Una valoración crítica de estos períodos en MORALES ORTEGA, J. M., *op. cit.*, pág. 272.

En cuanto a su forma, el artículo 8 del ET ha sido expresamente modificado por la Ley 12/2001, de 9 de julio, para citar expresamente el contrato de inserción entre los que requieren de forma escrita *ad probationem*.

Sí regula expresamente el artículo 15 del ET la cuestión salarial, para remitir la retribución al pacto individual entre las partes, sin que pueda acordarse una cuantía inferior a la prevista en convenio colectivo para estos contratos en el convenio colectivo aplicable. Parece, pues, abrirse la puerta para que los convenios establezcan retribuciones específicas –y, por hipótesis, más reducidas–, para este tipo de trabajadores. Aunque, a falta de salario específico para ellos, habrá que estar al previsto para el grupo en el que puedan incardinarse o para categorías equivalentes.

En todo caso, sí se preocupa la ley, como cuestión central, de la subvención a este tipo de contratos: los servicios públicos de empleo competentes financiarán a través de las partidas de gasto que correspondan, los costes salariales y de Seguridad Social de estas contrataciones subvencionando, a efectos salariales, la cuantía equivalente a la base mínima del grupo de cotización al que corresponda la categoría profesional desempeñada por el trabajador y, a efectos de Seguridad Social, las cuotas derivadas de dichos salarios, todo ello con independencia de la retribución que finalmente perciba el trabajador.³²

Finalmente, debe destacarse que el artículo 49.1.c) exceptúa el contrato de inserción de la regla general de que a la extinción de los temporales el trabajador tiene derecho a recibir del empresario una indemnización equivalente a la parte proporcional que corresponda de una indemnización de ocho días de salario por año de servicio.

32. Sobre esta cuestión, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "El fomento de la contratación laboral en la Ley 12/2001", AL, núm. 44, 2001, pág. 802.

La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las corporaciones locales

José Enrique Mora Mateo
Magistrado

1. Supuestos de existencia de relación laboral.
2. Supuesto de relación administrativa de servicios.
3. Conclusión.
- 3.1. Ley. 3.2. Jurisprudencia. 3.3. Doctrina.
4. Bibliografía.

Durante los años 2001 y 2002, se han presentado en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por la vía procesal del recurso de suplicación, casos peculiares sobre contratos de prestación de servicios personales a ayuntamientos, que han puesto de relieve la difícil tarea de deslindar, de distinguir, el contrato administrativo de servicios y el contrato laboral.

La Sala de lo Social ha tenido ocasión de decidir, en unos casos, la existencia de contrato de trabajo, y en otro, la existencia de contrato administrativo de servicios.

1. Supuestos de existencia de relación laboral

Muchos ayuntamientos de Aragón, antes de la organización comarcal del territorio, mediante convenios con el Gobierno de Aragón, fuera como tal ayuntamiento, o unido a otros, a través de una mancomunidad (no se comprobó en ningún caso la formal existencia de las que la Ley de Administración local de Aragón de 1999 denomina “agrupaciones para sostenimiento de personal común”), o con el compromiso de extender la prestación de servicios que él contrataba a otros ayuntamientos próxi-

mos, durante los años noventa contrataron personas individuales, no sociales, para llevar a cabo en el municipio o municipios la labor de monitor o coordinador de deportes.

1. En una primera etapa, desde la Sentencia núm. 29 de 24 de enero de 2000, nos encontramos con contratos documentados como civiles de arrendamiento de servicios. Los hechos sometidos a enjuiciamiento fueron, sucintamente, los siguientes:

Contrato firmado previa adjudicación por concurso de la gestión del Servicio Comarcal de Deporte, prorrogado cada año. Calificado como de arrendamiento de servicios, se hace figurar, como objeto del mismo, el asesoramiento a los órganos municipales en los temas que lo soliciten, propios de su función profesional, y el desarrollo de las funciones de animación y promoción deportiva, descritas en el convenio firmado por la Diputación General de Aragón y la Mancomunidad. Como precio del contrato se fijan 660.660 ptas. anuales y 127.050 ptas. para gastos de funcionamiento, pagaderos mensualmente. El nivel de decisión del Servicio Comarcal de Deportes correspondería a una comisión de seguimiento.

Las labores eran desempeñadas por el contratado de forma personalísima, y los materiales, proporcionados por el ente contratante. No hay sujeción a horario o jornada, salvo que lo decidiera expresamente en el caso la comisión de seguimiento. La dedicación personal es completa y exclusiva y los trabajos se efectuarán conforme al proyecto o plan anual de actividad, con amplia libertad y autonomía pero bajo la supervisión y directrices del contratante, de la comisión de seguimiento, o de los órganos técnicos de la DGA.

En el juzgado se estimó que la relación no era laboral, declinando la competencia del orden de jurisdicción social a favor del contencioso administrativo. La sala consideró existente una relación laboral, pese a que la forma o apariencia de relación de servicios fuera civil o administrativa, asumiendo la competencia para el enjuiciamiento de la decisión extintiva del contrato, que finalmente se calificó como despido improcedente.

Los razonamientos utilizados al respecto fueron los siguientes:

El contrato se sitúa, ciertamente, en esa frontera imprecisa entre la propia y verdadera relación jurídica de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios.

La sentencia del juzgado estima la incompetencia de la jurisdicción social por no existir en la relación litigiosa la nota de dependencia substancial a toda relación laboral.

Sin embargo, el artículo 1 del Estatuto de los trabajadores de 24 de marzo de 1995 incluye en su ámbito de aplicación la prestación de servicios “dentro del ámbito de organización y dirección” de otro.

Esta es la vigente definición legal de dependencia, como nota de la relación laboral.

La facultad de organizar la actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicarse a la misma, conforme a los propios criterios, sin quedar sometido, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare, ha sido criterio a tener en cuenta en alguna ocasión por el Tribunal Supremo (Sentencia de 2 de julio de 1996) para excluir la relación laboral.

Pero también ha señalado (Sentencia de 22 de abril de 1996) que la “dependencia no exige ya la presencia física del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado ni siquiera, tampoco, la exclusividad en la prestación del trabajo contratado [...]. El arrendamiento de servicios, de naturaleza civil, comporta, en sí mismo, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario. Y en que no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre, a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas para su desarrollo constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo”.

Los servicios prestados en el caso lo fueron dentro del ámbito de organización y dirección del ente administrativo contratante. La libertad organizativa de horario o las tareas concretas eran en último término controladas por la comisión de seguimiento establecida por la Mancomunidad, que podía en su caso orientarla y corregirla para que la función del coordinador de Deportes se desarrollara en la forma y con los contenidos que la contratante quería en cada momento. Aunque no existiera un puesto de trabajo con funciones predeterminadas con exactitud, los trabajos en general fueron fijados en el concurso y en el contrato, y su desarrollo en particular era seguido, vigilado y, en su caso, determinado por órdenes o instrucciones concretas de dicha comisión de control. Existía, en suma, un poder directivo sobre el desarrollo de los servicios no redu-

cido a la mera exigencia de resultados finales sino a la realización diaria de las tareas de una forma concreta, a satisfacción de la Mancomunidad. Se contrajo por el contratado una deuda de trabajo, no de resultados, a cambio de una retribución mensual fija.

Por tanto, la relación se sitúa entre las laborales contempladas en el artículo 1.1 del Estatuto, y bajo la presunción del artículo 8.1 de la misma norma legal.

La exclusión del ámbito laboral del personal al servicio de las corporaciones locales, la permite el artículo 1.3.a) del ET cuando “al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas”. La contratación realizada en el caso enjuiciado, se ampara en lo dispuesto en los artículos 141 y 142 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955. Es claro el carácter no legal de la norma citada, a la que expresamente se refiere el contrato celebrado y el pliego de condiciones del concurso, insuficiente, por tanto, para excluir la relación del ámbito laboral. Por su parte, el Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en su artículo 108 contempla la posibilidad de gestión indirecta de un servicio público local a través de empresas y mediante el convenio oportuno, figura ésta la más próxima al supuesto litigioso, pero que tiene como objeto no una prestación personal de servicios, como es el caso del coordinador deportivo, sino la gestión o prestación de un servicio público local de forma indirecta, esto es, no directamente por la corporación.

En la Ley 4/1993, de 16 de marzo, del deporte de Aragón, en sus artículos 4 a 7 se establecen como competencias autonómicas, entre otras, las de promoción, coordinación, y directrices generales de planificación de las actividades deportivas, y en el artículo 8 se dispone la competencia municipal, también entre otras, en la gestión de instalaciones y equipamientos, y la colaboración en la ejecución de los programas, conforme a los criterios señalados por la Diputación General.

En suma, la contratación litigiosa, formalmente amparada en normas administrativas, no respeta lo establecido en el citado artículo 1.3.a) del Estatuto de los trabajadores acerca de la posibilidad de excluir de las normas laborales algunos servicios personales prestados a las corporaciones locales, resultando, por tanto, excluyente de ley aplicable y contraria a norma imperativa (artículo 6 del Código civil), lo que lleva a reconocer la relación litigiosa como laboral.

2. En una segunda etapa, año 2002, en los recursos de las corporaciones comienza a entrar en juego la Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995, hoy texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, en relación con contratos suscritos después de 1995, aduciendo que estaríamos ante un contrato administrativo de asistencia o de servicios, con dicho amparo legal.

a) Dijo la sala, en la Sentencia 798, de 4 de julio de 2002: “No nos encontramos ante un supuesto de gestión indirecta de un servicio público, y además, si la empleadora quiere eludir el tuitivo Derecho del Trabajo, debe acreditar que se concertó un contrato al amparo de normas administrativas que estatuyó una relación administrativa”, inciso, éste último, que alude precisamente al contenido mismo de la prestación realizada.

Ninguna mención se hacía en ellos a labores de consultoría o asistencia técnica (artículo 197 de la LC), sino que se habla de arrendamiento de servicios de la persona contratada. En todo caso, el objeto del contrato no es la gestión de un servicio público (artículo 158 de la LC).

La defensa de la Administración local alegó que era facultativo para la Administración elegir la modalidad de contrato administrativo de servicios o la de contrato de trabajo.

Este es un punto importante de la cuestión. Tras la Ley de reforma de la función pública de 1984, esa afirmación ha de ser muy matizada. Aunque luego volveremos sobre el tema, hay que avanzar que la sala ha entendido en todo caso que no existe esa opción a voluntad, independiente del contenido y clase del contrato. Esa elección, que la jurisprudencia venía llamando de mera técnica organizativa, no puede entenderse como discrecionalidad de optar en cada caso, podría decirse, a conveniencia, por una relación administrativa o por una relación laboral de servicios.

Conforme al artículo 1.3.a) del ET se excluye del ámbito del Estatuto de los trabajadores la relación de servicios del personal de las administraciones cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas. Del mismo modo, debe decirse que entre el contrato de servicios administrativo y el contrato laboral hay diferencias de naturaleza, y será la autorización legal y la realidad de la prestación de servicios, su contenido, la que decidirá el carácter del contrato, administrativo o laboral. En otras palabras, según la clase de prestación que la Administración quiera recibir, deberá hacer contrato administrativo o laboral, dentro de los cauces legales.

b) En este mismo sentido, en Sentencia de la sala de 11 de febrero de 2002, se dice que el contrato suscrito el 1 de febrero de 2000, cuatro meses

después de la extinción del anterior –arrendamiento de servicios, como los anteriores–, se denomina de gestión de servicios y se ampara en la Ley 13/1995, de contratos de las administraciones públicas. El contenido de la prestación de la persona contratada es idéntico al que rigió hasta 1999, en síntesis, la organización y ejecución de actividades deportivas en los diversos municipios de la comarca, incluso como monitor o profesor salvo que sea ayudado por otras personas en estas funciones directas. También son idénticas la forma mensual de retribución y el control del desarrollo de la actividad, mediante un seguimiento mensual de la misma.

La cuestión reside en decidir si este contrato de servicios está contemplado entre los contratos administrativos previstos en la Ley 13/1995.

El artículo 5 de esta ley define como contratos administrativos: “Aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.”

A su vez, el siguiente artículo 197.3 de esta ley definió los contratos de servicios en la forma siguiente: “Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea: a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros títulos de este libro. b) Complementario para el funcionamiento de la Administración. c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.” A ellos añade el texto refundido de la misma ley, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio: “e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.”

La sala reitera lo que vino diciendo: “Los aspectos formales [...] no alteran lo que aquí prima: relación de subordinación y dependencia, retribuida, dentro del ámbito rector de la corporación (aun con autonomía, por razón de las mismas funciones, de jornada y organización), en la que se

hacía efectiva una deuda de trabajo, no un resultado, realizado por sí, como obligación personal nacida de la propia relación.”

En efecto, en el contrato administrativo de servicios prevalece una obligación de resultado, la gestión de un servicio público, y no la prestación, en forma dependiente y retribuida mensualmente, de servicios personales para la realización de una actividad, en este caso la deportiva, asumida entre sus competencias ordinarias por la Administración contratante y la autonómica con la que se suscribió el contrato para la cofinanciación.

c) De nuevo, muy recientemente, la sala mantiene esta doctrina. En la Sentencia 318 de 20 de marzo de 2003 se contempla la adjudicación a dos personas físicas de sendos contratos de asistencia técnica y consultoría para servicios deportivos, según directrices, horarios y programación que apruebe el Ayuntamiento, y retribuidos contra facturas mensuales.

Con cita de la STS de 18 de febrero de 1999 y de la doctrina reiterada de la sala, se insiste en que los contratos de consultoría y asistencia técnica se dirigen a la contratación de profesionales independientes, sin que a su amparo pueda introducirse la corruptela de las contrataciones de trabajadores, de modo que el carácter de la relación vendrá determinado por la concurrencia o no de las notas de dependencia y ajenidad. El artículo 197.1 de la Ley de contratos de 1995, hoy artículo 198.1 del texto refundido, se refiere a empresas adjudicatarias, que dispongan de elementos personales y materiales suficientes. No son pues, esos contratos de consultoría y asistencia, instrumentos útiles para la “huida del Derecho del Trabajo”, cuando se den las notas de la relación laboral. Tampoco cabe el amparo en el artículo 108 del Texto refundido de disposiciones vigentes en régimen local de 18 de abril de 1986; ni en el artículo 206 y siguientes de la Ley de 9 de abril de 1999, de Administración local de Aragón, pues no estamos ante la gestión de un servicio público, sino ante una prestación personal de servicios.

Se acaba en esta sentencia examinando y afirmando las notas de dependencia y ajenidad, evidenciadas por el desarrollo de la actividad en concretas instalaciones deportivas, el pago mensual, la presencia personal del contratado durante la jornada y en el lugar de prestación de servicios, y la fijación de horario; así como la ausencia, en los adjudicatarios, de una mínima organización de medios personales y materiales, característicos de una estructura empresarial.

2. Supuesto de relación administrativa de servicios

A finales de 2002, en la Sentencia 1286, de 2 de diciembre de 2002, la sala contempla, sin embargo, un caso en el que aprecia las notas propias de una relación administrativa de servicios.

Los hechos probados consistieron en lo siguiente:

Se contratan servicios por cuenta de la Diputación General para la preparación y realización de los Festivales de Aragón del verano de 2001, con J. como empresa individual y otros. Son contratos de asistencia técnica con motivo de las actuaciones artísticas programadas en el marco de convenios de colaboración de la DGA con ayuntamientos. Consistía la prestación en la asistencia técnica para la organización y realización de los Festivales.

Se justifica la contratación administrativa por “la imposibilidad de disponer en el Servicio, de personal suficiente para abordar con garantía el programa Festivales en Aragón [...]. Es necesario contar con los servicios de una persona que colabore en el aspecto técnico, frecuentemente en horario fuera de la jornada habitual de trabajo, fundamentalmente en lo referente a las relaciones con los representantes de los artistas y con los ayuntamientos de las localidades participantes, en especial las relativas a iluminación y sonido, y colaborar en la solución de los problemas que pudieran plantearse en el cierre de la programación y puesta a punto de la misma, en su faceta artística y organizativa [...] no disponiendo el Departamento de medios materiales ni personales para poder realizar las citadas funciones, y no siendo oportuno proceder a la ampliación de plantilla”.

Los servicios se prestaron utilizando en ocasiones locales, teléfonos y fax de la DGA, y acudiendo en días sueltos al lugar de las actuaciones, con el objetivo de verificar los espacios que se iban a utilizar, recibir de los grupos de teatro las exigencias técnicas necesarias para su actuación, estar presente en el período de montaje de la actuación para resolver los problemas que pudieran surgir, decidir el alquiler de los equipos necesarios (focos, espacios, equipamiento de escenario, etcétera).

El expediente se tramitó como contrato menor, de conformidad con los artículos 56 y 201 del Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas y por un tanto alzado. A la conclusión de los Festivales, los contratados presentaron facturas por el importe total por los trabajos desarrollados.

La sala decide con este soporte fáctico que el contrato es efectivamente administrativo, no laboral, con la siguiente argumentación:

En principio, la preferencia de la contratación administrativa frente a la laboral vendrá determinada, más que por la naturaleza del servicio prestado, por la existencia de una normativa con rango de ley, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.3.a) del Estatuto de los trabajadores, que la autorice, y el sometimiento a ese bloque normativo por parte de los contratantes (STS de 13 de febrero y de 23 de octubre de 1986, de 2 de abril de 1987, de 6 de julio de 1988, de 17 de marzo de 1989, de 12 de marzo de 1990, de 28 de febrero, de 26 de octubre de 1992, de 29 de septiembre de 1998 o de 18 de febrero de 1999). Esta cobertura legal permite romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicios establecida en el artículo 8.1 del ET, salvo que –excepción de la excepción– la contratación administrativa se haya efectuado al amparo formal de una ley, pero con flagrante desviación del cauce previsto.

En el caso concreto cuentan con la cobertura legal que presta el artículo 197.3 de la Ley de contratos de las administraciones públicas de 16 de junio de 2000, sin que se advierta, por razón de esos antecedentes, la utilización desviada que, conforme al anterior criterio jurisprudencial, justificaría la reinserción de tales relaciones en el artículo 8.1 del Estatuto de los trabajadores.

Así las cosas, y carente de demostración la postulada inclusión de los interesados en el círculo rector y organicista de la DGA, puesto que la utilización –esporádica– de sus locales, teléfono y fax, debe contrastarse con la inexistencia de instrucciones precisas sobre la forma de prestar asistencia técnica para el desarrollo de los espectáculos y de cualquier forma de horario o disciplina de trabajo, la conclusión más segura es la naturaleza no laboral de los vínculos enjuiciados.

La decisión de existencia de contrato administrativo se extrae pues conjuntamente de dos notas: cobertura legal y prestación de servicios no dependiente.

3. Conclusión

3.1. Ley

La cuestión se enmarca, actualmente, en la regulación del personal de la Administración local de Aragón, contenida en la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

Su artículo 235 clasifica el personal a su servicio: “a) Funcionarios de carrera. b) Personal interino. c) Personal laboral. d) Personal eventual. Los funcionarios son regulados, en todo lo no previsto por la legislación básica de régimen local, por la legislación básica de funcionarios de las administraciones públicas o por la presente Ley de Administración local; la legislación de función pública de la comunidad autónoma será aplicable a los funcionarios de carrera de las entidades locales.”

El personal laboral será seleccionado por la propia corporación, con el máximo respeto al principio de igualdad de oportunidades y de acuerdo con la oferta pública de empleo. Su contratación se ajustará a las modalidades previstas en la legislación laboral. El régimen de tales relaciones, en su integridad, será el establecido en las normas de Derecho laboral. El personal eventual, sigue el artículo 250, su número, características y retribución será determinado por el Pleno de cada entidad, al comenzar el mandato, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados, y los puestos de trabajo reservados a este tipo de personal deberán figurar en la plantilla de personal de la entidad. Sólo ejercerán funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponderán exclusivamente al presidente de la correspondiente entidad local.

Así pues, con carácter general, los puestos de trabajo permanentes de la Administración serán desempeñados por funcionarios públicos, y, sólo por excepción, por personal laboral, de acuerdo con la previsión al respecto contenida en la relación de puestos de trabajo, creada en la Ley de reforma de la función pública de 1984 y dispuesta para las corporaciones locales por el artículo 90.2 de la Ley de bases de régimen local de 1985, la cual dispondrá qué puestos corresponden a funcionarios, y cuáles al personal laboral, con carácter reglamentario, normativo, sin que quepa su modificación *ad casum*. En defecto de la RPT habrá que estar, en los mismos términos, al catálogo o a la plantilla de puestos de trabajo de cada corporación.

En tercer lugar quedan, pues, los específicos contratos administrativos de servicios, o de consultoría y asistencia, que se caracterizan, se insiste, por la ausencia de ajenidad y dependencia, y se desarrollan por profesionales independientes.

Y en cuanto a la prestación o contratación de servicios, la Ley de Administración local de Aragón (artículos 206 y ss.) establece, además de la gestión directa por la propia entidad local, a través de sus órganos ordi-

narios o mediante órgano especial de administración, por organismo autónomo local o por sociedad mercantil cuyo capital social pertenezca íntegramente o mayoritariamente a la entidad, una gestión indirecta por concesión, por gestión interesada, por arrendamiento, concierto o sociedad mercantil o cooperativa, en la que la participación de la entidad local sea minoritaria.

En la gestión directa, por la misma organización indiferenciada de la entidad local, ésta ejerce todos los poderes de decisión a través de sus órganos ordinarios, asumiendo el riesgo derivado de la gestión. Los medios personales y materiales se adscriben e integran en el presupuesto de la entidad local. Se podrá realizar por medio de una organización especial, sin personalidad jurídica. El acuerdo por el que se establezca regulará los aspectos orgánicos y de funcionamiento. Contará con una sección propia en el presupuesto y con una contabilidad diferenciada.

La gestión indirecta se dirige a los servicios que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación a través de empresarios particulares. La entidad local mantendrá sobre los servicios cuya gestión se contrate la titularidad y las potestades de dirección y control que se deriven de la propia ordenación legal del servicio, para garantizar su buen funcionamiento. No podrá ser otorgada por tiempo indefinido, sin que en ningún caso el plazo total exceda, incluidas las prórrogas, de setenta y cinco años. En los casos de arrendamiento, concesión y empresa mixta, revertirán al patrimonio local, a la finalización del plazo y en adecuadas condiciones de uso, los bienes, instalaciones y material afectos al servicio.

En la gestión interesada, el servicio se prestará a través de una empresa gestora, participando la entidad local y el empresario en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. La empresa gestora actuará ante terceros con su propia denominación y bajo su responsabilidad.

Las entidades locales podrán gestionar los servicios de su competencia mediante el arrendamiento de instalaciones de su pertenencia, para ser utilizadas por el arrendatario y prestar con ellas el servicio contratado.

En los casos de gestión indirecta mediante sociedad mercantil con responsabilidad limitada o cooperativa, la aportación de la entidad local será minoritaria.

Esta normativa autonómica se integra con el actual Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real

decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, en el que hay que resaltar, porque atañe directamente a nuestro tema, que la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, modificó la de contratos de 1995, su artículo 197, y sustituyó la mención de “trabajos específicos y concretos” por la de “contratos de consultoría y asistencia”, pretendiendo aclarar esta posible vía de contratación administrativa de servicios personales, no laboral.

El texto refundido vigente excluye, en primer lugar, de su ámbito la relación de servicios de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral, así como las relaciones jurídicas derivadas de la prestación por parte de la Administración de un servicio público que los administrados tienen la facultad de utilizar mediante el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general a los usuarios.

Y define como contratos administrativos, en síntesis, aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios, y los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, así como los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

Posteriormente, concreta las definiciones: Artículo 196.2. Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

1.^a Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

2.^a Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

3.^a Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

4.^a Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las administraciones públicas.

3. Son contratos de servicios aquellos en los que la realización de su objeto sea:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia o en alguno de los regulados en otros títulos de este libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma.

e) La realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos.

f) De gestión de los sistemas de información que comprenda el mantenimiento, la conservación, reparación y actualización de los equipos físicos y lógicos de tratamiento de la información, así como la actualización de los programas informáticos y el desarrollo de nuevos programas.

Y añaden los artículos 197.1 y 198:

“En estos contratos, además de las condiciones generales exigidas por esta ley, las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente y disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.

“[...] no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años con las condiciones y límites establecidos en las respectivas normas presupuestarias de las administraciones públicas, si bien podrá preverse en el mismo contrato su modificación y su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél, sin que la duración total del contrato, incluidas las prórrogas, pueda exceder de cuatro años, ni éstas puedan ser concertadas aislada o conjuntamente por un plazo superior al fijado originariamente.”

Se refuerza así el carácter ocasional, por obra o contenido de la prestación, no-ajenidad y no-dependencia en estos contratos administrativos de prestación de servicios personales de consultoría o asistencia y de servicios.

3.2. Jurisprudencia

Sin embargo, como dice el magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo Moliner Tamborero, puede seguir existiendo la corruptela de contratar trabajadores, por la vía de contratos de consultoría o asistencia, o como contratos de gestión de servicios, vías que, por el contrario, están previstas para la contratación de servicios con profesionales independientes. En tal caso, para la jurisdicción social, seguirá siendo válido el criterio de distinguir el carácter administrativo o laboral de la relación por la concurrencia o no de las notas de “dependencia y ajenidad”, que caracterizan el contrato de trabajo.

Sobre la dependencia ya hemos hablado: inclusión de los interesados en el círculo rector y organícista de la corporación.

La ajenidad consiste en la nota de una prestación de servicios en que el objeto contratado no es un producto delimitado de la actividad –un trabajo específico, en la terminología derogada del artículo 197–, sino la prestación de trabajo como tal, es decir, la actividad misma con independencia de su resultado.

De ahí que el personal con el que se pueden celebrar contratos administrativos, no laborales, de servicios, en la práctica se puede identificar en el concepto de “profesionales independientes”.

Aunque se haya dado, pues, forma administrativa a una prestación personal de servicios, si ésta reúne las características o notas de dependencia y ajenidad, existe realmente un contrato de trabajo. Así se dice con rotundidad en la STS, 4.^a, de 20 de octubre de 1998, Rec. 3321/1997 (ponente: Gil Suárez, Luis), en términos plenamente vigentes, y más aún tras la reforma de la LCA por la Ley 13/1999, que vino a sustituir, en lo que aquí interesa, la anterior referencia a “trabajos específicos y concretos no habituales” por la de “contratos de consultoría y asistencia técnica”:

“En contratos concertados por la Administración con determinadas personas físicas a fin de que éstas llevaran a cabo ciertos servicios en favor de aquélla, contratos en los que se consignaba que eran de carácter administrativo, a partir de la puesta en observancia de la Ley 30/1984, de 2 de

agosto, de medidas para la reforma de la función pública, las posibilidades de llevar a cabo válidamente tal clase de contratación se redujeron en gran medida.”

Las normas que la regulan son fundamentalmente la disposición adicional cuarta y la disposición derogatoria, punto 1-A, de esta Ley 30/1984, desarrolladas por el Real decreto 1465/1985, de 17 de junio, así como la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas [artículos 5.2.a) y 197 y siguientes], de cuyos mandatos se desprenden las siguientes notas caracterizadoras de estos especiales contratos administrativos: a) Sólo pueden celebrarse “excepcionalmente”. b) Únicamente pueden tener por objeto “la realización de trabajos específicos y concretos no habituales”. c) Esto supone, a su vez, que en ellos se contempla fundamentalmente el resultado que se ha de lograr o producir como consecuencia de la actividad desplegada por el contratado, no siendo tomada en consideración, como dato trascendente, tal actividad por sí misma. d) Y así la STS de 2 de febrero de 1998 ha dicho de este contrato que “su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un ‘trabajo específico’, es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente de su resultado final”. e) Y todo ello también determina que la actuación realizada por el contratado presente un cierto grado de autonomía.

Estas notas y caracteres separan claramente estos contratos administrativos de las relaciones laborales de prestación de servicios, de ahí que cuando una administración pública se vale de los mismos para disfrazar u ocultar lo que en realidad es un verdadero contrato de trabajo, no suele ser difícil descubrir la maniobra, quedando patente y a la vista esa realidad de naturaleza laboral. Si a ello se añade que a una y otra situación se accede a través del oportuno cauce contractual, que implica la existencia de voluntades concordes sobre el correspondiente objeto propio del contrato, y que, además, la verdadera naturaleza de un contrato viene dada por su contenido, objeto y esencia, no por las denominaciones o expresiones utilizadas por las partes que en él intervienen; es claro que, cuando a través de lo actuado ha quedado en evidencia que la apariencia contractual administrativa con que se envolvió al vínculo constituido, carece de fundamento legal y de consistencia pues no se corresponde con la real esencia y estructura de éste, es obligado concluir que ese vínculo es de naturaleza laboral y que los tribunales del orden social de la jurisdicción son competentes para conocer y resolver la cuestión planteada a tal respecto.

Y reitera esta doctrina básica la más reciente STS de 19 de julio de 2002, Rec. 2869/2001 (ponente: Martínez Garrido, Luis Ramón):

“Los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de las obligaciones que incumben a las partes. Y esta naturaleza no puede ser alterada, ni por acuerdos de la voluntad individual, ni de la colectiva. De modo que los convenios colectivos podrán excluir de su aplicación una serie de categorías de trabajadores, siempre que ello no sea determinante de discriminación, pero no pueden ordenar que no tenga naturaleza laboral una relación jurídica que, por sus características, sea subsumible en las previsiones del artículo 1 del Estatuto de los trabajadores.

“Son tres las notas que caracterizan la relación laboral: la ajeneidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

“Concurre la nota de ajeneidad de los resultados.

“La dependencia, entendida con el carácter amplio de pertenencia al círculo rector del empresario, también concurría en el supuesto enjuiciado, al constar que se le transmitían las órdenes de los reportajes a realizar. Es indiferente el que no se transmitieran instrucciones sobre el modo de realizarlos, pues tal libertad del trabajador es la propia y natural del reportero gráfico que trabaja usualmente a distancia de su empleador, en el lugar en que se producen los hechos de los que debe dar testimonio gráfico.

“La retribución de los servicios se efectuaba por retribución a la pieza, abonándose una cantidad por cada fotografía. Esta forma [...] es encuadrable en el amplio concepto que se da del salario en el artículo 26 del ET que comprende cualquier forma de percepción económica que retribuya el trabajo.”

3.3. Doctrina

En palabras de la profesora R. Roqueta Buj, catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad de Baleares, “cuando la sucesión de estas técnicas de empleo temporal se produzca de forma irregular podrá apreciarse la existencia de fraude de ley. Así sucederá, por ejemplo, en los siguientes supuestos: concatenación de contratos para obra o servicio determinado y contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos, en los que el objeto no es una obra o producto individualizado del trabajo, sino una prestación de servicios continuada sin una vincu-

lación directa a un resultado [STS de 23 de octubre de 1986 (Aranzadi /5885)]; sucesión de contratos eventuales por circunstancias de la producción y de contratos para la realización de trabajos específicos y concretos con sujeción a horario fijo, régimen de vacaciones anuales y dependencia del director del centro [STS de 2 de febrero de 1994 (Aranzadi/782)]; realización de idéntica actividad, tanto desde el inicio de la misma actividad, sin contrato escrito, como más tarde, a través de distintas formas contractuales, bien administrativas –contrato para la realización de trabajos específicos y concretos y contratos de asistencia técnica o laborales, contratos de sustitución por vacaciones– [STS de 24 de abril de 1997 (Aranzadi/3498)]; períodos de prestación de servicios sin contrato escrito y contrato administrativo para la realización de trabajos específicos y concretos cuando las funciones que se vienen realizando son permanentes y habituales en el centro de trabajo [STS de 2 de febrero de 1998 (Aranzadi/1248)]; contrato laboral precedido de otro administrativo para la realización de un trabajo específico y concreto, cuando los servicios desempeñados eran propios de una relación laboral [STS de 19 de junio de 1998 (Aranzadi/6257)]; contrato administrativo para la realización de trabajos específicos y concretos que, sin embargo, tenía por objeto una prestación de servicios propia de la actividad normal y permanente de la Administración, seguido de períodos de prestación de servicios sin contrato escrito y de otros contratos laborales temporales, uno eventual y otro de fomento del empleo [STS de 21 de enero de 1999 (Aranzadi/819)]; contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y prestación de servicios durante períodos sin contrato [STS de 29 de marzo de 1999 (Aranzadi/3766)].

“En todos estos supuestos la relación contractual debe calificarse como laboral e indefinida, aunque en alguna fase de la contratación se le haya dado forma administrativa, pues ello no desvirtúa la naturaleza laboral de la relación, sólo refleja la utilización de un sistema totalmente irregular y *contra legem* de contratación [STS de 23 de octubre de 1986 (Aranzadi/5885), de 2 de febrero de 1994 (Aranzadi/782), de 24 de abril de 1997 (Aranzadi /3498), de 2 de febrero de 1998 (Aranzadi/1248) y de 21 de enero de 1999 (Aranzadi/819)]. Como señala la STS de 20 de enero de 1999 (Aranzadi/812), en estos casos opera la fuerza atractiva del ordenamiento laboral. En efecto, no cabe argüir que el negocio disimulado sea una relación funcionarial de interinidad, ya que toda relación funcionarial, aunque sea interina, tiene carácter formal en función de la necesidad de un

nombramiento que en estos casos no tiene lugar, ni la declaración de firmeza en los contratos administrativos irregularmente concertados por las administraciones públicas. En efecto, el recurso a estas contrataciones administrativas revela una actuación contraria a la finalidad perseguida por la ley defraudada (Estatuto de los trabajadores), que no resulta amparada por la norma de cobertura, al no poder acogerse al régimen establecido por ella.”

4. Bibliografía

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo, magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo: “La contratación de personal laboral por las administraciones públicas. Puntos críticos”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, III.

ROQUETA BUJ, Remedios, catedrática de Derecho del trabajo de la Universidad de Baleares: “La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2000, III.

LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel, Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho: “La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las administraciones públicas”. *Revista de Derecho Social*, 199.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, María Paz: “Los contratos administrativos para trabajos específicos: Naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 1997.

TESO GAMELLA, Pilar: “Los contratos administrativos de obras, suministros y gestión de servicios”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995.

Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratos de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad” (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las administraciones públicas)*

Javier Gárate Castro
 Catedrático de Derecho del Trabajo
 y de la Seguridad Social
 de la Universidad de Santiago de Compostela

* Abreviaturas utilizadas: AL (*Actualidad Laboral*, de La Ley-Actualidad); Ar. (*Repertorio de Jurisprudencia*, de Aranzadi); Ar. TCT (*Repertorio de Sentencias del Tribunal Central de Trabajo*, de Aranzadi); AS (*Aranzadi Social*); CC (Código civil); CE (Constitución española de 27 de diciembre de 1978); ET (Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo); ILJ (revista *Información Laboral. Jurisprudencia*, de Lex Nova); LBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local); LCAP (Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio); LGSS (Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio); LIS (Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social; Texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 5/2000, de 18 de febrero); LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); ORRS (Orden ministerial de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social); RRS (Reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real decreto 1637/1995, de 6 de octubre); STCT (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo); STJCE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas); STS (Sentencia del Tribunal Supremo; de su Sala de lo Social); STSJ (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia que en cada caso se indica); TCT (Tribunal Central de Trabajo); TGSS (Tesorería General de la Seguridad Social); TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas); TS (Tribunal Supremo, Sala de lo Social); TSJ (Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social).

Se hace constar que el estudio que sigue forma parte de los resultados del proyecto de investigación “El Derecho del Trabajo ante las nuevas formas de organización de la producción de bienes y servicios”, subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (referencia BJU2003-02519).

1. Introducción.
2. Concepto de contrata de obras y servicios y diferencias entre ésta y la cesión ilícita de trabajadores. Una referencia a la posibilidad y a las consecuencias de incurrir las administraciones públicas en cesiones ilícitas.
3. Diversificación de la protección de los trabajadores según que la contrata o subcontrata pertenezca o no a la “propia actividad” de la empresa comitente.
 - 3.1. Concepto de contrata de la “propia actividad”. 3.2. Protección asociada a cualesquiera contratas y, por lo tanto, a las ajenas a la propia actividad de la empresa comitente. 3.3. Protección en las contratas correspondientes a la propia actividad.
 - 3.3.1. Estudio de la contenida en el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores. 3.3.1.1. Aplicación tanto a las contratas como a las subcontratas. 3.3.1.2. La responsabilidad solidaria en orden al cumplimiento de obligaciones salariales y de seguridad social. 3.3.1.3. Obligaciones informativas de los empresarios comitente y contratista. 3.3.2. Otras garantías. 3.3.3. Sobre la sucesión en contratas y la posibilidad de su encaje en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores. 3.3.3.1. En general. 3.3.3.2. La posición de los tribunales laborales.

1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona, hoy, el artículo 38 de la CE, el empresario dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras y servicios. Se trata, eso sí, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. En cualquier caso, tal libertad o actuación empresarial lícita, materializada en la posibilidad de organizar la actividad productiva recurriendo a otras empresas (auxiliares) y al personal al servicio de ellas, contrasta frente a la ilicitud y represión, incluso penal, del recurso a mano de obra externa a la empresa cuando ello implica cesión de trabajadores (mera contrata de mano de obra), salvo que se produzca a través de un contrato de puesta a disposición concertado con una empresa de trabajo temporal legalmente constituida (artículo 43 del ET).

De la posibilidad de que se trata pueden hacer uso las administraciones públicas, las cuales quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario “principal” o comitente, que no está vinculada necesariamente a la celebración de un contrato privado de ejecución de obra o de arrendamiento de servicios ni a la existencia de una empresa en

sentido económico o mercantil.¹ Con frecuencia, la relación que da lugar a la apreciación de la existencia de una contrata o subcontrata en términos laborales y, por lo tanto, a la aplicación de las aludidas responsabilidades, tendentes a proteger a quienes trabajan bajo dependencia ajena en dicha contrata o subcontrata, tiene su origen en alguna de las figuras contractuales que regula la LCAP [contratos de obras (artículo 120 y ss.) de gestión de servicios públicos (artículo 154 y ss.), de consultoría y asistencia y de servicios (artículo 196 y ss.)]; sin embargo, a efectos del Derecho del Trabajo, lo decisivo es que aparezca que la Administración traspassa a otra empresa o entidad la realización de funciones o actividades, cualquiera que sea la forma jurídica que adopte tal traspasso, de modo que aquélla puede quedar sometida a las responsabilidades a las que se viene haciendo referencia aunque su relación con esa otra empresa o entidad no quede sujeta a alguna de las aludidas figuras contractuales de la LCAP. En otros términos, desde el punto de vista de la aplicación de las normas laborales y de seguridad social que se ocupan de las contratas y subcontratas, la consideración de la Administración pública como empresario “principal” o comitente no depende necesariamente de que la contrata constituya el objeto de alguno de los contratos administrativos que regula la LCAP. Así, conducirá también a la aplicación de las previsiones del Derecho del Trabajo sobre contratas y subcontratas la situación en que una administración pública a la que compete un servicio público aparezca gestionando éste mediante la creación *ad hoc* de una entidad de Derecho público o la encomienda de su prestación a una sociedad de Derecho privado cuyo capital social pertenezca en su totalidad a dicha Administración.² Se refiere a la posibilidad de esa gestión “directa” de los servicios públicos el artículo 154.2 de la LCAP; pero también, en relación con la Administración local, el artículo 85.3 de la LBRL, que incluye entre las formas de gestión directa de los “servicios públicos locales” las que comporten la atribución de la gestión a un “organismo autónomo”.

1. Así, en relación con un contrato de concesión de servicios públicos concertado por un ayuntamiento y la aplicación del artículo 42 del ET, sentencias TS de 3 de marzo de 1997 (Ar. 2194: “La concesión administrativa es subsumible dentro de la expresión contratas o subcontratos si se atiende a la finalidad del precepto”) y de 15 de julio y de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 (Ar. 5990, 9464, 9844 y 9867); también STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000 (AS 4167) y STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 1998 (AS 1282).

2. Un supuesto de esta última naturaleza (sociedad anónima municipal con capital social desembolsado exclusivamente por un ayuntamiento y a la que éste le encomienda la limpieza y el cuidado de los jardines municipales), determinante de la aplicación del artículo 42 del ET, en sentencias TSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de febrero y de 9 de marzo de 1998 (AS 1242 y 1805).

mo local” o a una “sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local”.

2. Concepto de contrata de obras y servicios y diferencias entre ésta y la cesión ilícita de trabajadores. Una referencia a la posibilidad y a las consecuencias de incurrir las administraciones públicas en cesiones ilícitas

Partiendo de la general admisión de la descentralización productiva producida a través de contrata, el Derecho del Trabajo entiende que se está en presencia de esta figura, a efectos de la aplicación de las reglas que proporciona sobre su empleo, cuando se asiste a una realización de obras y servicios para otro a través de una organización productiva propia, merecedora de la calificación de *empresa* por contar con los medios personales y materiales precisos para el desarrollo de una actividad al margen de la del comitente.³ La inexistencia de dicha organización productiva, el no ponerla realmente en juego y a disposición de la empresa que encarga el servicio u obra⁴ o su confusión con la de dicha empresa, el hecho de que ésta dirija o controle el trabajo de quienes formalmente aparecen ligados al contratista por vínculo laboral, cursándoles *directamente* instrucciones u órdenes acerca de cómo deben ejecutarlo y, en suma, sustituyendo en todo o en parte al contratista en el “ejercicio efectivo” del poder de dirección que le corresponde en relación con ellos, resultan incompatibles con la figura de la contrata⁵ y conducen a considerar que el

3. Confirma este concepto “laboral” de contrata la jurisprudencia, para la cual existirá auténtica contrata “cuando la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, pudiéndosela imputar efectivas responsabilidades contractuales, aportando a la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso, a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección, conservando con respecto a los mismos los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleados” (así, entre otras, STS de 17 de enero de 1991; Ar. 58).

4. STS de 25 de octubre de 1999 (Ar. 8152) y sentencias TSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 16 de octubre de 1998 (AS 4828) y de 25 de enero de 2001 (AS 917), del País Vasco de 6 de febrero y de 18 de septiembre de 2001 (AS 1270 y 4003) y de la Comunidad Valenciana de 13 de septiembre, de 26 octubre, de 9 y de 23 de noviembre de 2000 (AS 4049, 526/2001, 1381/2001, 1011/2001, respectivamente) y de 22 de febrero, de 7 de marzo y de 3 y de 26 de julio de 2001 (AS 3006, 3344, 491/2002 y 468/2002, respectivamente), entre otras muchas. Salvo la del Tribunal Supremo, las demás se refieren a cesiones en las que aparecen involucradas administraciones públicas.

5. STS de 7 de marzo de 1988 (Ar. 1863) y STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 1998 (AS 1639). Igual criterio, en relación con las administraciones públicas, además de en las sentencias de tribunales superiores de justicia citadas en la nota anterior, en sentencias TSJ del País Vasco de 13 de marzo y de 13 de julio de 2001 (AS 4382 y 4430).

supuesto, a pesar de presentarse formalmente como tal, es constitutivo de una cesión de trabajadores reprimida por el ordenamiento jurídico.⁶

Lo anterior no significa que la empresa principal o comitente haya de renunciar a cualquier forma de supervisión del trabajo realizado en el curso de la obra o servicio contratado. Esa supervisión es, en términos generales, posible y, además, en el caso de las administraciones públicas, hasta cuenta con diversas previsiones en la LCAP;⁷ sin embargo, la ausencia de relación laboral con quienes realizan el trabajo determina que las deficiencias observadas deban ponerse en conocimiento de la empresa contratista para que sea ella la que adopte las oportunas medidas correctoras.⁸ Cabe que el precitado trabajo se lleve a cabo con arreglo a las indicaciones de tipo técnico cursadas por el comitente, sobre todo las relacionadas con las medidas de seguridad e higiene; ahora bien, si se quiere conjurar el peligro de que el caso pueda considerarse constitutivo de una cesión de trabajadores prohibida, hay que procurar hacer efectivas tales indicaciones a través del propio contratista, de manera que sólo quepa apreciar que sus trabajadores actúan indirectamente sometidos al empresario principal.

Ni el artículo 43 del ET ni ninguna otra disposición legal circunscriben la figura de la cesión ilegal al ámbito de las relaciones mantenidas entre sujetos privados; por lo tanto, concurriendo el tipo de circunstancias que he indicado que se oponen a la apreciación de una verdadera contrata, no impide considerar que existe una cesión ilícita de trabajadores el hecho de que la empresa cesionaria sea una administración pública y que entre ella y la cedente medie una contratación administrativa.⁹ Al respecto, cabe advertir que la determinación de si hay una cesión ilegal de trabajadores es cuestión independiente de la regularidad o no de aquella contratación

6. Así, de forma contundente, STS de 16 de junio de 2003 (actividad de *telemarketing*) y de 12 de diciembre de 1997 (Ar. 9315) y, ya en relación con las administraciones públicas, sentencias TSJ de la Comunidad Valenciana, del País Vasco y de Canarias citadas en la nota 4, así como sentencias del País Vasco de 13 de julio de 2001, citada en la nota 5, y de 14 de noviembre de 2000 (AS 2964). Como recuerdan las del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, “la existencia de una aparente contrata de obra o servicio no vacuna contra la existencia de cesión ilícita”.

7. Por ejemplo, la que figura en el artículo 196.2, relativa al contrato de consultoría y asistencia.

8. Sobre la compatibilidad entre la expresada supervisión y la apreciación de una contrata, STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de febrero de 2000 (AS 1140).

9. Así, sentencias TSJ de la Comunidad Valenciana citadas en la nota 4: “no puede ser obstáculo a la posibilidad de apreciar la cesión el dato de que exista una aparente contratación administrativa efectuada por un ente público.” También, STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000, igualmente citada.

administrativa, por lo que no requiere un previo pronunciamiento sobre tal extremo.

Desde luego, de llegarse a la conclusión de que existe una cesión ilegal o prohibida por el artículo 43 del ET, habrá de estarse a los efectos que establece este precepto, por lo que cedente y cesionario (la Administración pública) “responderán *solidariamente* de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la seguridad social” (apartado 2). Como se ve, los términos empleados no excluyen ninguna obligación que se tenga con relación a los trabajadores afectados por la cesión, por lo que la expresada responsabilidad alcanzará, aparte de, por ejemplo, a los salarios y percepciones extrasalariales, a las consecuencias derivadas de la declaración judicial de la improcedencia o nulidad del despido que hubiese decidido la empresa cedente.¹⁰ Pero, además, dispone también el propio artículo 43 del ET, en su apartado 3, que los trabajadores cedidos “tendrán derecho a adquirir la condición de *fijos*, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”. De acuerdo con ciertas decisiones judiciales, cuando esta última empresa resulte ser una administración pública y el trabajador opte por incorporarse a ella, la indicada regla debe interpretarse con igual criterio que el seguido por la jurisprudencia en relación con los efectos de las irregularidades en la contratación de duración determinada por parte de las administraciones públicas,¹¹ por lo que la opción comentada permitirá adquirir al afectado, no la condición de fijo de plantilla, por impedirlo los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público (artículos 23.2 y 103.3 de la CE), sino la de trabajador por tiempo indefinido, en la que se mantendrá hasta la provisión regular del puesto.¹² Semejante posición, que parte de la adecuación interpretativa de las normas laborales a las exigencias de las constitucionales y administrativas, ha recibido confirmación en casación para la unificación de doctrina,¹³ decayendo con ella la opuesta mantenida por algunas sentencias que afrontan la solución del problema desde la exclusiva

10. Lo confirman, en relación con el despido improcedente, las sentencias TSJ de la Comunidad Valenciana citadas en la nota 4.

11. Sobre el expresado criterio véase, entre otras, sentencias TS de 7 de octubre y de 30 de diciembre de 1996 (Ar. 7492 y 9139), de 14 de marzo y de 24 de abril de 1997 (Ar. 2471 y 3498) y de 20 y de 21 de enero de 1998 (Ar. 1000 y 1138).

12. En este sentido, STSJ del País Vasco de 6 de febrero y de 18 de septiembre de 2001, citadas.

13. Sentencias TS de 19 de junio, de 17 de septiembre, de 19 de noviembre y de 11 de diciembre de 2002 (las dos primeras en AS 10677 y 10649; las dos últimas en ILJ 2481 y 2611).

perspectiva de lo dispuesto por las normas laborales y concluyen, reparando en que el artículo 43.3 del ET es claro cuando se refiere a la posibilidad de que el trabajador cedido pueda adquirir la condición de “fijo” en la empresa cesionaria y “no ofrece ninguna duda interpretativa, conforme a los parámetros del artículo 3.1 del Código civil”, que “no es posible que por órganos judiciales ordinarios se modifique su tenor normativo literal” y se sustituya aquella posibilidad, prevista legalmente, por la más restrictiva de la adquisición de la condición de trabajador sujeto a una relación laboral indefinida, resultante de la aplicación de la solución jurisprudencial antes señalada.¹⁴ Evidentemente, la posición que se impone a raíz de la doctrina unificada ha de tenerse en cuenta, cuando medie despido del trabajador cedido, a la hora de determinar el alcance que corresponde al cumplimiento de la obligación de readmitir del que pueda resultar responsable solidaria la Administración pública cesionaria.¹⁵

Volviendo sobre el concepto “laboral” de contrata, su apreciación no requiere ánimo de lucro en el comitente ni en el contratista. Precisamente, la ausencia de ese ánimo de lucro en el comitente estará presente, con frecuencia, en los casos en que éste resulta ser una administración pública, como sucede, típicamente, en los de contratas cuyo objeto es la concesión de la gestión de un servicio público.¹⁶ Tampoco requiere que el comitente ocupe trabajadores, siendo suficiente con que tenga capacidad para contratarlos y realizar con ellos la obra o el servicio que precise.¹⁷

14. STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de mayo de 2001 (AS 2646); términos similares en la sentencia de 4 de diciembre de igual Tribunal y año (AS 1367/2002: “La claridad literal del precepto mencionado no ofrece resquicio a su aplicación también en el área de las cesiones ilegales en que haya sido parte una administración, de tal modo que podrá optar el trabajador que haya sido objeto de tal cesión, por su incorporación como trabajador fijo de la misma, como excepción a la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo respecto a la calificación como ‘trabajadores indefinidos’ de quienes hayan sido objeto de una incorporación laboral irregular con la misma”). Ambas sentencias resultaron casadas y anuladas por las del Tribunal Supremo de 17 de septiembre y de 19 de noviembre de 2002, respectivamente.

15. Indican expresamente que la readmisión por ésta tendrá lugar adquiriendo el trabajador la condición de “contratado laboral indefinido”, las sentencias de instancia confirmadas íntegramente por las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de noviembre de 2000 y de 22 de febrero y de 3 y de 26 de julio de 2001, citadas en la nota 4.

16. Un caso de esta naturaleza (gestión de ayuda domiciliaria) y de aplicación del artículo 42 del ET, en el que concurre dicha falta de ánimo de lucro en las dos partes, en STS de 15 de julio de 1996, citada; sólo en el comitente (gestión de una instalación deportiva), en la STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000, también citada. En los dos supuestos el comitente resulta ser un ayuntamiento.

17. Así, en relación con las contratas de la “propia actividad”, sentencias del TSJ de Navarra de 12 y de 14 de abril de 2000 (AS 1859 y 1015; empresa dedicada a la promoción inmobiliaria).

3. Diversificación de la protección de los trabajadores según que la contrata o subcontrata pertenezca o no a la “propia actividad” de la empresa comitente

Cualquier “externalización” de actividades (obras o servicios) a través de una contrata comporta para la empresa comitente la sujeción a las previsiones que al respecto contiene el Derecho del Trabajo; sin embargo, éstas y la protección que confieren a los trabajadores de la contratista afectan a la realización del encargo difieren según que la contrata o subcontrata corresponda o no a la *propia actividad* del comitente, de ahí la importancia que reviste la concreción de cuándo se está ante uno u otro caso y la necesidad previa de precisar el alcance del concepto jurídico indeterminado que subyace en el problema.

3.1. Concepto de contrata de la “propia actividad”

Aunque se trata de una cuestión polémica, en la que la valoración de iguales o similares elementos tiene conducido a decisiones judiciales opuestas sobre supuestos de hecho sustancialmente idénticos,¹⁸ se admite que la calificación de las obras o los servicios objeto de una contrata (o subcontrata) como correspondientes a la *propia actividad* de la empresa comitente precisa que tales obras o servicios formen parte de las operaciones inmediatas del ciclo productivo de ésta o, si se prefiere, que figuren entre las inherentes (no meramente convenientes) a él,¹⁹ de modo que dicha comitente las hubiera debido asumir necesariamente con sus trabajadores de no haber tenido lugar la descentralización por medio de la contrata, por condicionar *directamente* el logro de sus objetivos productivos. Pero, además, entiendo que la calificación de una contrata como perteneciente a la propia actividad requiere que la realización o gestión

18. Así, en relación con la contrata celebrada entre Renfe para la recogida y entrega a domicilio por la empresa contratista de paquetes o mercancías transportadas por la primera, sentencias del TSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2000 (*Revista Xurídica Galega 2000*, núm. 29, págs. 154-155) y de Cataluña de 24 de octubre de 1997 (AS 3732), apreciando, respectivamente, que la contrata es y no es de la propia actividad. En relación con la contrata del servicio de comedor y cafetería de un colegio mayor universitario que proporciona alojamiento a los estudiantes, sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de mayo y de 12 de noviembre de 1997 (AS 1612 y 4024); la primera estimando que aquélla es de la propia actividad y la segunda rechazando tal calificación.

19. Así, entre otras, sentencias TS de 18 de enero de 1995 (Ar. 514) y de 29 de octubre de 1998 (Ar. 9049).

de las tareas o servicios que constituyen su objeto no figure prohibida o excluida para quien aparece como comitente. Es preciso que éste disponga de libertad para optar entre asumir esa realización con sus propios recursos o descentralizarla mediante su encomienda a un contratista o concesionario. La prohibición legal de la asunción directa de una actividad impide, en rigor, que ésta pueda considerarse propia de las operaciones del ciclo productivo del comitente. Una prohibición como la indicada aparece en el ámbito de la Administración pública, en relación con la gestión del servicio público de estiba y desestiba de buques, que no admite otra realización que la "indirecta", a través de "personas naturales o jurídicas mediante contrato", a las que se identifica como "empresas estibadoras".²⁰ Si se admite nuestra interpretación, la estiba y desestiba de buques no puede incluirse entre las pertenecientes a la propia actividad de la autoridad portuaria que tenga encomendada la gestión del puerto de que se trate.²¹

Ciertamente, el juego de las garantías específicas de las contrata de la propia actividad no requiere, en principio, la identidad del sector laboral o industrial al que pertenezcan las empresas comitente y la contratista,²² pues, aun perteneciendo a sectores diferentes, la variedad de cometidos asumidos por la primera puede determinar que algunos coincidan esencialmente con los particulares de la segunda (es el caso, por ejemplo, de una empresa dedicada a la construcción que contrata la obra de fontanería con otra dedicada a esta actividad y perteneciente, por lo tanto, al sector del metal; o la obra de electricidad o de carpintería. También del promotor inmobiliario que contrata la construcción de edificios de viviendas).²³ Lo que se requiere, en definitiva, es que la empresa auxiliar asuma la realización de tareas comprendidas entre las que son sustanciales o esenciales de la actividad de la empresa comitente por incorporarse a los bienes o servicios que constituyen su objeto; que tales tareas sean inherentes a esa actividad, no puramente accesorias o complementarias. De este modo, no cabe apreciar la existencia de obras o servicios correspon-

20. Artículos 4 y 5 del Real decreto ley 2/1986, de 23 de mayo, sobre el servicio público de estiba y desestiba.

21. Véase el artículo 23 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de puertos del Estado y de la marina mercante.

22. Así, por ejemplo, STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 1997 (AS 3732).

23. Véase sentencias del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2000, y de Navarra de 12 y de 14 de abril de igual año (AS 1008, 1859 y 1014, respectivamente).

dientes a la propia actividad del comitente en el caso de una empresa de grandes almacenes que concierta con otra la prestación de servicios de vigilancia y seguridad.²⁴ Ni tampoco cuando una empresa de construcción de material ferroviario contrata con otra de restauración el servicio de comedor para su personal;²⁵ cuando una empresa agrícola contrata con otra dedicada a instalaciones eléctricas la reparación de una avería en su sistema eléctrico;²⁶ o cuando una empresa del sector del metal contrata con otra la limpieza de los almacenes de que dispone en un polígono industrial.²⁷

En el caso de las administraciones públicas, es claro que la contrata será de su propia actividad cuando tenga por objeto la gestión de servicios públicos que son competencia de aquéllas, que deciden “externalizar” la cobertura de tales servicios a través de alguna de las fórmulas de gestión “directa”²⁸ o “indirecta” (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) previstas en la LCAP. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando un ayuntamiento cubre, por medio de concesión, las actividades consistentes en la retirada de vehículos de las vías urbanas,²⁹ la prestación de ayuda a domicilio³⁰ o la explotación de las instalaciones de un polideportivo del que dispone,³¹ todas incluidas legalmente en el ámbito de las competencias municipales;³² y también cuando aquél concierta la limpieza y cuidado de jardines municipales, servicio asimismo de su competencia,³³ con una sociedad anónima cuyo capital social

24. STSJ de Extremadura de 9 de diciembre de 1997 (AS 4288).

25. STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 1997 (AS 1754).

26. STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2000 (AS 1212).

27. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2000 (AS 3989).

28. Véase *supra*, apartado 1.

29. STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2001 (AS 2132).

30. Sentencias TS de 3 y de 18 de marzo de 1997 y de 15 de julio y de 14, 23 y 31 de diciembre de 1996 (la segunda en Ar. 2572; las demás ya citadas); también la STSJ del País Vasco de 15 de julio de 1997 (AS 2147) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 1998, citada.

31. STSJ de Murcia de 18 de diciembre de 2000, citada: se está ante “una actividad que dicha corporación local hubiera debido prestar con medios propios de no haber otorgado su concesión a una tercera persona”.

32. Por el artículo 25.2.b), k) y m) de la LBRL, respectivamente [“El municipio ejercerá, en todo caso, competencias [...] en las siguientes materias: b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas” [...] k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social [...] m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas [...]”]. El artículo 26 de la misma ley relaciona los “servicios sociales” y los de “instalaciones deportivas de uso público” entre los servicios que “deberán prestar, en todo caso”, los municipios con población superior a 20.000 habitantes.

33. Artículo 25.2.d) de la LBRL [“El municipio ejercerá, en todo caso, competencias [...] en las siguientes materias: [...] d) [...] parques y jardines”]. De acuerdo con el artículo 26.1.b) del mismo texto legal, el “parque público” es servicio que “deberán prestar, en todo caso”, los municipios de población superior a 5.000 habitantes.

le pertenece íntegramente.³⁴ Igual conclusión –presencia de una contrata de la propia actividad de la Administración– se impone respecto a los contratos administrativos de obras públicas,³⁵ incluidos los que conlleven la concesión al adjudicatario del “derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio” (contrato de concesión; artículo 130 de la LCAP); y también respecto a los supuestos en que la ejecución de las indicadas obras la asuma la propia Administración en colaboración con empresarios particulares, a través de la celebración del oportuno contrato, excluido expresamente de los que dan lugar al contrato de obra, aunque tendrá también carácter administrativo (artículo 152.3 de la LCAP). En cambio, de sustentarse la contrata sobre un contrato de consultoría y asistencia o de servicios (artículo 196 y ss. de la LCAP), aparecerán ya supuestos donde aquélla no reúna las condiciones precisas para encajar en el concepto de propia actividad, por no resultar inherente a lo que constituye el ciclo productivo de la Administración, como ocurre cuando un ayuntamiento concierta con una empresa la limpieza de los centros escolares que dependen de él,³⁶ el mantenimiento o la reparación de bienes, equipos e instalaciones, la confección de programas informáticos, el transporte de mobiliario y documentación, un servicio de cafetería para su personal, el servicio de reprografía o la realización de una encuesta.

Por lo que respecta al artículo 42 del ET, aunque la exigencia de que la contrata sea de la propia actividad de la empresa comitente, figura establecida a propósito de la responsabilidad implícita en el apartado 1 de aquél, resulta también aplicable, sin duda, a lo dispuesto en los restantes apartados, como revela su interpretación teleológica y sistemática.

3.2. Protección asociada a cualesquiera contratas y, por lo tanto, a las ajenas a la propia actividad de la empresa comitente

Sin perjuicio de la posibilidad de su reforzamiento por medio de la negociación colectiva, la protección que resulta de las normas estatales para las

34. Sentencias TSJ de Andalucía, Málaga, de 9 de febrero y de 9 de marzo de 1998, citadas.

35. Así, el celebrado entre un organismo autónomo local (gerencia municipal de urbanismo de un ayuntamiento) y una empresa privada para realizar las obras de urbanización de una parcela en un polígono industrial [STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de noviembre de 1998 (AS 4461)].

36. Sentencias TSJ de Cataluña de 1 de febrero y de abril 1997 (AS 712 y 1994, respectivamente). Cf. el artículo 196.3.c) de la LCAP.

contratas que merecen la consideración de ajenas a la propia actividad de la empresa comitente está constituida por aquellas medidas que dichas normas no asocian a ningún tipo de contratas y, por ello, son de aplicación a todas, con independencia de si corresponden o no a la propia actividad. Se trata de una protección que, dejando a un lado la general previsión sobre la competencia de los representantes unitarios en orden a la recepción de información de los “supuestos de subcontratación”,³⁷ se ciñe a las áreas de *seguridad social* y *seguridad y salud* y, además, es menos intensa que la ligada a la de las contratas de la propia actividad, que cuentan, a mayores, con otras medidas específicas que aparecen en los artículos 42 del ET, 24.3 de la LPRL y 42.3 de la LIS, de las que luego me ocuparé.

En el área de la *seguridad y salud* de los trabajadores, integran la protección en cuestión las medidas generales de “coordinación de actividades empresariales” que describen los apartados 1, 2 y 4 del artículo 24 de la LPRL,³⁸ pendiente del desarrollo reglamentario que anuncia su apartado 6,

37. Artículo 64.1.1 del ET.

38. Contempla el apartado 1 de este artículo una serie de medidas de prevención de riesgos laborales aplicables cuando en un “mismo centro de trabajo” aparezcan desarrollando su actividad trabajadores de dos o más empresas. Es irrelevante, a los efectos indicados, que entre esas empresas exista una contrata o subcontrata y que ésta sea o no de la propia actividad; en otros términos, la aplicación de las aludidas medidas tendrá lugar cualesquiera que sean los vínculos jurídicos existentes entre las empresas en presencia o, incluso, aunque entre ellas no exista vínculo jurídico alguno, como sucedería, por ejemplo, en el caso de las empresas instaladas en un centro comercial. La concurrencia de alguno de los referidos vínculos puede suponer que las empresas en presencia hayan de asumir otras obligaciones a mayores, pero no condiciona el nacimiento de las medidas preventivas ahora consideradas.

Ante la situación descrita al comienzo, dispone el artículo 24.1 de la LPRL que las empresas a las que pertenecen los trabajadores habrán de “cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, lo que comporta, necesariamente, según precisa el propio precepto, que deban proceder al establecimiento de los “medios de *coordinación* necesarios” en materia de protección y prevención de los riesgos laborales propios del centro o lugar de trabajo en el que coinciden sus respectivos trabajadores, incluyendo en tales riesgos, por descontado, los generados por la actividad que en dicho centro o lugar desarrolle cada una de las aludidas empresas. Probablemente, la referida coordinación requerirá la realización de una evaluación de riesgos específica del centro. En fin, cada una de las empresas habrá de *informar* a sus trabajadores de los medios de coordinación que se fijen y por la vía que señala el artículo 18.1 de la LPRL, esto es, a través de los representantes legales de aquéllos o directamente, si tales representantes no existen.

Para la concreta determinación de las medidas de protección y prevención de riesgos laborales sujetas a coordinación (información, formación, medidas de emergencia, etc.) y la materialización de ésta aparecen esenciales las indicaciones que realicen los servicios de prevención (los de cada una de las empresas en presencia o el servicio mancomunado que las mismas hubieran podido constituir). Con todo, tal materialización está abierta, como expresamente indica el artículo 39.3 de la LPRL, a la participación de los trabajadores, a través de los comités de seguridad y salud y los delegados de prevención. De acuerdo con el precepto últimamente citado, a efectos de dar cumplimiento a la colaboración impuesta a las empresas “se podrá acordar la realización de *reuniones conjuntas* de los comités de seguridad y salud o, en su defecto,

añadido por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales. En el área de la *seguridad social*, aparte de la eventual responsabilidad en orden al pago de los recargos de las prestaciones económicas de seguridad social derivadas de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales en cuyo acaecimiento haya intervenido un incumplimiento de las obligadas medidas de seguridad y salud,³⁹ la protección contemplada está constituida por las previsiones que aparecen en los artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS, que disponen, con carácter general, la responsabilidad de la empresa principal en relación con el cumplimiento de la obligación de cotizar a cargo de la empresa contratista y el pago de las prestaciones de seguridad social del que se declare responsable a aquélla por defectos de afiliación, alta y cotización. La limitación de ambas responsabilidades a los casos de “insolvencia” del contratista implica, lógicamente, que se está ante responsabilidades *subsidiarias* pareciendo, además, que han de alcanzar sólo a las cuotas generadas y a las prestaciones causadas durante el tiempo consumido por la realización del encargo en

de los delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos comités”, así como “otras medidas de actuación coordinada”, se sobreentiende que de los órganos de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. El convenio colectivo constituye un instrumento adecuado para concretar cuáles pueden ser esas otras medidas y establecer su carácter obligatorio y el de las referidas reuniones conjuntas.

Por lo que se refiere al apartado 2 del artículo 21 de la LPRL, define una nueva obligación, aplicable cuando exista una empresa *titular del centro* en el que los trabajadores prestan su actividad, pudiendo ocurrir, además, que algunos de éstos pertenezcan a ella, como sucederá, normalmente, en una contrata, sea o no de su propia actividad, aunque la concurrencia o ausencia de esa circunstancia no influye en la aludida obligación. De acuerdo con el precepto ahora comentado, el empresario titular del centro habrá de informar a los demás empresarios que ocupen trabajadores en dicho centro acerca de: 1) los riesgos existentes en él; 2) las correspondientes medidas de protección y prevención, y 3) las medidas de emergencia que deben seguirse, todo ello a efectos de que los aludidos empresarios trasladen oportunamente la información recibida a sus respectivos trabajadores. A partir de ahí, tales empresarios y, en su caso, también el titular del centro, si ocupa en él a trabajadores suyos, habrán de cooperar y establecer medios de coordinación en materia de prevención de riesgos laborales en la forma que dispone el artículo 24.1 de la LPRL.

En fin, configura el apartado 4 del artículo 24 de la LPRL otra obligación para cuando la contrata o subcontrata se realice *fuera* de los centros de la empresa principal y los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista hayan de operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo proporcionados por dicha empresa principal. Ésta habrá de observar entonces lo dispuesto en el párrafo último del artículo 41.1 de la LPRL, de donde cabe entender que deberá proporcionar al empresario contratista y subcontratista, directamente o por requerimiento de uno u otro, la *información* necesaria para que la utilización y manipulación de los indicados elementos por sus trabajadores se produzca sin riesgo para la seguridad y salud. Semejante información será la que el empresario comitente haya recibido de los fabricantes, importadores y suministradores de tales elementos.

39. Tal responsabilidad, aplicable también en el caso de las contratas de la propia actividad [véase *infra*, apartado 3.3.1.2.], recaerá sobre el empresario infractor de las aludidas medidas, que puede ser el propio contratista, el comitente o ambos, en cuyo caso la responsabilidad sería solidaria.

que consista la contrata; por otro lado, sólo se extiende a las prestaciones del sistema *público* de seguridad social, no a las prestaciones del sistema privado o mejoras que pudieran haberse pactado en convenio colectivo.⁴⁰ Adicionalmente, la responsabilidad no juega, según se ocupa de precisar el párrafo segundo del artículo 127.1 de la LGSS, cuando el encargo se circunscriba a las “reparaciones que pueda contratar un amo de casa respecto a su vivienda”, regla sobre la que haré algunas precisiones posteriormente [apartado 3.3.1.2.], aunque considero oportuno adelantar ya que, a mi juicio, los términos empleados por el precepto deben interpretarse literalmente y no en el figurado de cualesquiera obras que, aun contratadas por una empresa y no por un “amo de casa” en sentido estricto, tengan una entidad equivalente o similar a la de las reparaciones que éste, siempre persona física, pueda encargar en relación con su morada.⁴¹ Tratándose de cuotas de la Seguridad Social, la obligación de su pago por el comitente surgirá una vez que se den las condiciones señaladas en el artículo 12 del RRS.

Aun estando desconectada la contrata de la propia actividad del comitente o dueño de la obra, puede suceder que el contratista haya subcontratado una parte del encargo que constituya para él y para el subcontratista una contrata de la propia actividad y que los trabajadores afectados por el incumplimiento en materia de seguridad social sean de este último. En tal caso, si contratista y subcontratista resultasen ser, por aplicación del artículo 42 del ET, responsables solidarios del cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, la responsabilidad subsidiaria del empresario principal o dueño de la obra únicamente resultará exigible en caso de insolvencia de aquellos dos.⁴²

40. Así, en relación con una indemnización por invalidez permanente cuyo pago no había cubierto el contratista mediante la suscripción de una póliza de seguro, como ordenaba el convenio colectivo, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2000 (AS 3989). En relación con una indemnización por fallecimiento causado por accidente de trabajo, prevista igualmente en el convenio aplicable a la empresa contratista, la STSJ de Baleares de 14 de abril de 1997 (AS 1492). La expuesta interpretación del artículo 127.1 de la LGSS cuenta con confirmación en casación para la unificación de doctrina, entre otras, en las sentencias TS de 16 de septiembre de 1999 (Ar. 7226) y 22 diciembre 2000 (Ar. 1873).

41. Adopta tal interpretación amplia, que, insisto, me parece contraria a la finalidad del precepto comentado, la STSJ Cataluña de 18 junio 1998 (AS 3159), que exonera de la responsabilidad subsidiaria examinada a la empresa dedicada al transformado de plásticos que había concertado, por razones ajenas a su actividad empresarial, la reforma de los aseos existentes en sus instalaciones, en cuya ejecución sufrió un accidente de trabajo un trabajador de la empresa contratista no dado de alta en la Seguridad Social.

42. Así, claramente, STSJ País Vasco de 30 de mayo de 2000 (AS 1747): “Cierto es que el artículo 127.1 de la LGSS se refiere, literalmente, al empresario responsable de haber incumplido los deberes de dar de alta o cotizar, pero se ajusta mal a la naturaleza de la responsabilidad que dicho precepto dispone, subsi-

Ciertamente, no hay ninguna disposición específica que responsabilice al comitente del cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones o deudas contraídas por el contratista con sus trabajadores. Sin embargo, no puede pasarse por alto que una responsabilidad como la indicada puede intentarse hacer efectiva por la vía de lo dispuesto en el artículo 1597 del CC (“los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzada por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación”).

3.3. Protección en las contrataciones correspondientes a la propia actividad

3.3.1. Estudio de la contenida en el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores

Las garantías previstas por el Estatuto de los trabajadores en beneficio de los trabajadores del contratista o subcontratista de la especie que se viene considerando, justificadas por el provecho que de su actividad obtiene el comitente, consisten, principalmente –no exclusivamente–, en imponer a éste, o a los diversos empresarios comitentes, una *responsabilidad solidaria* en relación con las obligaciones de “naturaleza salarial” y de “seguridad social” contraídas por el contratista o subcontratista durante el período de vigencia de la contrata (artículo 42.2 del ET).⁴³ En consecuencia, el trabajador o, si se trata de obligaciones de seguridad social, la Tesorería General de la Seguridad Social, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios exigiéndole el cumplimiento íntegro de la prestación objeto de la obligación pendiente de satisfacer, el cual, de obtenerse, extinguiría ésta (artículo 1145, párrafo primero, del CC), sin perjuicio de la reclamación que quien haya pagado pueda emprender por tal motivo contra el codeudor o codeudores (artículo 1145, párrafo segundo, del CC). Semejante responsabilidad se ha visto reforzada por la reforma del artículo 42 del ET llevada a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que

diaria, que pueda exigirse cuando puede abonarse la deuda por quien comparte la responsabilidad del principalmente obligado a pagarla”.

43. Sorprendentemente, aprecia responsabilidad subsidiaria y no solidaria respecto a deudas salariales, en supuesto que califica claramente de contrata de la propia actividad concertada por un ayuntamiento y la empresa adjudicataria del servicio de retirada de vehículos, la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2001, citada. Sin duda, se trata de un error.

suprimió el límite cuantitativo que figuraba en el apartado 2, párrafo primero, inciso final, de dicho artículo. Pero, además, dicha reforma ha procedido a ampliar las garantías de los trabajadores al imponer a su empresario, sea el contratista o el comitente, ciertas *obligaciones informativas* en relación con ellos o con sus representantes legales [véase *infra*, apartado 3.3.1.3.].

3.3.1.1. Aplicación tanto a las contratas como a las subcontratas

En su redacción anterior a la dada por la Ley 12/2001, el artículo 42 del ET suscitaba la duda de si el precepto se refería sólo a las contratas, sólo a las subcontratas o a unas y a otras. En efecto, aunque el artículo llevaba por rúbrica “responsabilidad empresarial en el caso de *subcontrata* de obras y servicios”, su apartado 1 hacía referencia a “los empresarios que *contraten o subcontraten*”; por otro lado, su apartado 2 definía una responsabilidad entre el empresario “principal” y los “*subcontratistas*”, la cual, por los términos empleados y por suponer una carga conducente a la interpretación restrictiva del citado apartado, cabía pensar que no se extendía a las relaciones entre aquél y el contratista propiamente dicho y entre éste y su subcontratista. Con la nueva redacción del artículo queda claro, a mi juicio, que el régimen protector que establece es aplicable, además de a los casos de contratas, a los de subcontratas, respecto a los cuales el contratista se presenta como empresario principal o comitente. Tratándose de las responsabilidades que incorpora el precepto, se tienen ahora mayores razones para mantener, como hicieron antes algunos autores, entre los que me incluyo,⁴⁴ y algunas decisiones judiciales, que aquéllas afectan, simultáneamente, al empresario principal en relación con el contratista y con el subcontratista con quien el segundo haya, a su vez, contratado, así como a dichos contratista y subcontratista entre sí, incluso en el supuesto del “deber de comprobación” del artículo 42.1. En otras palabras, habiendo uno o varios contratistas iniciales acompañados de uno o más subcontratistas, cada uno de ellos responde junto con los demás que le sigan en la cadena, y el empresario principal responde con todos; ello porque éste y aquéllos se aprove-

44. Véase mi trabajo “Reflexiones sobre las responsabilidades laborales y de seguridad social del comitente en la contratación de obras y servicios”, en el tomo I de *Problemas de la ciencia jurídica. Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz*, Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 1991), págs. 283-284.

chan del trabajo prestado por quienes forman parte de la plantilla de las sucesivas empresas auxiliares, aparte de por exigirlo la finalidad perseguida por el legislador. Cada uno de los comitentes (principal, contratista o subcontratista, estos dos últimos por haber contratado a su vez una porción del encargo) garantiza entonces a todos los que le sigan en la cadena, pero no a la inversa.

En el caso de las administraciones públicas, no parece que las condiciones a las que la LCAP supedita la subcontratación (artículos 115 y 170) tengan la finalidad de introducir una excepción al alcance subjetivo que se acaba de indicar que corresponde a las aludidas garantías jurídico-laborales del artículo 42 del ET.

3.3.1.2. La responsabilidad solidaria en orden al cumplimiento de obligaciones salariales y de seguridad social

La responsabilidad relativa a las obligaciones de naturaleza salarial es *inevitable*. En cambio, no lo es la que versa sobre las de seguridad social; pero, para ello, es preciso que el comitente proceda a *comprobar*, según le apremia el artículo 42.1 del ET, que el contratista (o subcontratista) está al corriente en el pago de sus cuotas de seguridad social. Hay que pensar que una elemental regla de prudencia conducirá a realizar la comprobación previamente a la formalización de la contrata o, todo lo más, antes de su inicio, habiéndose de proyectar, con probabilidad (en éste y en otros puntos el artículo 42 del ET adolece de oscuridad y deficiente técnica jurídica), sobre las cuotas devengadas hasta el momento en que se produce aquélla, debiendo cerciorarse el comitente, por los medios oportunos,⁴⁵ de la inexistencia de descubiertos. Ahora bien, entre esos medios no puede faltar, por imponer su uso el propio precepto que se examina, la petición a la TGSS, por *escrito*, de una “certificación negativa” de tales descubiertos. La TGSS ha de librar la certificación en el plazo de treinta días “improrrogables”, los cuales, a falta de mayor especificación, entiendo que han de computarse, por aplicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del procedimiento administrativo común, a partir del día siguiente al de la solicitud del comitente e incluyendo sólo los días hábiles. Agotado

45. Por ejemplo, recabando del contratista la exhibición de la documentación acreditativa del ingreso de las cuotas, la cual ha de conservar todo empresario durante cuatro años, so pena de sanción (artículo 90.1 de la ORRS, en conexión con el artículo 21.1 de la LIS).

el plazo sin emitirse la certificación, su solicitante queda “exonerado de responsabilidad”, pareciendo que debe suceder otro tanto si la certificación librada acredita la inexistencia de deudas de seguridad social pendientes de satisfacer.

El problema estriba en la determinación de cuál puede ser esa responsabilidad de la que libera el legislador y en la que incurre el empresario comitente que no realiza la comprobación a que legalmente se le insta, o que concierta o mantiene la contrata a pesar de contar con un documento oficial acreditativo de la situación de descubierto en que se encuentra el contratista o subcontratista. Creo que la solución pasa por considerar que la mencionada responsabilidad, a la que hace referencia el artículo 42.1 del ET, ha de buscarse sin salir del ámbito de este artículo. A partir de ahí, si se repara en el posible significado del inciso inicial de su apartado 2, que manifiesta que el empresario comitente (“principal”) responderá solidariamente, “salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la seguridad social”, cabe deducir que la responsabilidad de la que permite exonerarse el apartado 1 no es otra que la solidaria contemplada en el apartado 2 para las obligaciones de seguridad social, como, por lo demás, confirma el artículo 10.3.b) del RRS.⁴⁶ En suma, lo que pretende expresar el legislador es: 1) que la responsabilidad solidaria de la que puede quedar liberado el empresario comitente es únicamente la relativa a las obligaciones de seguridad social (ese sería el sentido de la expresión “respecto a la seguridad social”, utilizada en el apartado 2 del artículo comentado); 2) que esa responsabilidad solidaria no surge si en los conocidos treinta días no se libra la certificación oficial sobre el estado de la relación del contratista con la seguridad social (ese sería el sentido de la expresión legal “salvo el transcurso del plazo antes señalado”), y 3) que tal responsabilidad tendrá lugar cuando no se solicite la certificación o si la solicitada y emitida dentro del plazo acusa la existencia de descubiertos. Por descontado, no surgirá tampoco la responsabilidad contemplada cuando la certificación expedida en tiempo acredite la inexistencia de dichos descubiertos.⁴⁷

46. “Si se extendiere certificación negativa o transcurriere el indicado plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedará exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado 2 del artículo 42 de la Ley del Estatuto de los trabajadores”. No me parece acertada, pues, la solución o interpretación distinta que propugnan ciertas decisiones judiciales, como las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4730), de 16 de septiembre de 1999 y de 22 de diciembre de 2000, estas dos últimas ya citadas.

47. Coincide con esa interpretación que propugno para el artículo 42 del ET, entre otras, la STSJ Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2002 (AS 1529), “fundamento de derecho” sexto.

Lo anterior muestra un claro complemento entre los apartados 1 y 2 del artículo 42 del ET. El primero pretende impedir o dificultar el acceso al mercado de las contrata a las empresas con deudas de seguridad social derivadas del impago de cuotas; el segundo establece la sanción para el caso de que el comitente concluya la contrata omitiendo la comprobación de que el contratista cumple con su obligación de cotización a la seguridad social o conociendo que no está al día en ella. El legislador pretende que el comitente examine si ésta es o no la situación del contratista y, de descubrir lo primero, que ello le disuada de celebrar la contrata. La actividad de comprobación y el no concertar la contrata si tal actividad revela la existencia de deudas pendientes del contratista constituyen deberes legales cuyo incumplimiento merece la consideración de *infracción administrativa*; pero la única sanción posible para semejante infracción es la imposición de la responsabilidad solidaria que contempla el Estatuto de los trabajadores, como lo confirma el artículo 42.1 de la LIS, al establecer que las infracciones a lo dispuesto en el artículo 42 del ET determinarán “la responsabilidad de los empresarios afectados en los términos allí establecidos”. En los apartados 1 y 2 de este precepto se descubre el propósito del legislador de que la general responsabilidad subsidiaria del comitente por las obligaciones de seguridad social (artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS),⁴⁸ en lugar de jugar de forma automática o inmediata cuando la contrata es de la propia actividad, quede supeditada al cumplimiento del deber de comprobación al que se viene haciendo referencia, así como, lógicamente, a la concertación de la contrata sólo con el contratista que no tenga cuotas de seguridad social pendientes de satisfacer. Semejante actuación es el “peaje” a pagar para circular por la autopista de la responsabilidad subsidiaria en lugar de hacerlo por la carretera –peor– de la solidaria.

La exoneración de esa responsabilidad solidaria en orden a las obligaciones de seguridad social no debería faltar cuando el comitente resulte ser una administración pública, dada la general prohibición de contratar con ella o con alguno de sus contratistas que pesa sobre quien no se encuentre “al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones [...] de seguridad social” [artículos 20.f) y 115.4 de la LCAP], así como la necesidad de que los contratistas (o subcontratistas) acrediten, “mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente”, que no es la

48. Véase *supra*, apartado 3.2.

suya la situación que se acaba de señalar (artículos 8 y 9 del Real decreto 390/1996, de 1 de marzo). A los efectos indicados, constituyen obligaciones de seguridad social en las que debe estarse al corriente, además de las cuotas, “otras deudas de seguridad social” [artículo 8.1.d) del Real decreto 390/1996].

Por lo que se refiere a la *extensión* de la responsabilidad solidaria contemplada en el presente apartado, su fijación requiere detenerse en los siguientes extremos:

1) *Trabajadores en relación con los que surge*. Aunque el artículo 42.2 del ET hace referencia a las responsabilidades por las obligaciones contraídas por los “contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”, éstos son, a los efectos aquí considerados, únicamente los que se hubiesen destinado a la realización del encargo, no otros que aquéllos hayan podido tener ocupados en obras y servicios ajenos a tal encargo.

2) *Tiempo en el que han debido contraerse las obligaciones afectadas*. El comitente responde del tipo de deudas que luego se verá siempre que los hechos que las determinan se hayan generado “durante el período de vigencia de la contrata”, quedando excluidas, por lo tanto, las correspondientes al tiempo anterior o posterior a ella.⁴⁹ Normalmente, la contrata o subcontrata finalizará por la conclusión de la obra o servicio que constituya su objeto, o por el transcurso del plazo de duración estipulado; no obstante, pueden sobrevenir causas de diversa naturaleza determinantes de una terminación anticipada, como el mutuo acuerdo, el incumplimiento por el contratista o subcontratista de las condiciones de ejecución pactadas, el despido de sus trabajadores que imposibilite la continuación del encargo, etc. Si quien rompe anticipadamente es el propio contratista, el comitente queda liberado de responsabilidad por las deudas originadas a partir de la fecha *efectiva* de la ruptura, no de la fecha anterior en la que simplemente se exterioriza la voluntad de llevarla a cabo. Por el contrario, si el que rompe *ante tempus* es este último, la limitación de su responsabilidad a las obligaciones que haya adquirido el contratista hasta la rescisión requiere, según cierta jurisprudencia, la acreditación de la existencia y suficiencia de una causa justificativa de tal rescisión; faltando la expresada acreditación, la responsabilidad solidaria alcanzaría a las deudas originadas has-

49. STS de 13 de octubre de 1988 (Ar. 7806).

ta la que hubiera sido la fecha normal de terminación del encargo, con lo que se cierra una de las posibilidades de burlar fácilmente la finalidad perseguida por el artículo 42.2 del ET.

3) *Plazo durante el cual resulta exigible.* Si el derecho reclamado no hubiera ya prescrito legalmente, la mencionada responsabilidad de la empresa comitente es exigible, aparte de a lo largo de la vigencia de la contrata, “durante el año siguiente a la terminación” del encargo, extinguiéndose, pues, con el transcurso de tal plazo.⁵⁰ No exigida dentro del período señalado, quedaría únicamente en pie la responsabilidad subsidiaria en orden al pago de las cuotas y de las prestaciones de seguridad social, prevista en los artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS, que podría pedirse todavía en la medida en que el mayor plazo para el ejercicio de la pertinente acción no hubiese prescrito (o caducado) también.⁵¹

4) *Obligaciones incluidas.* Son, como aclara el propio legislador, las de “naturaleza salarial” y las “referidas a la seguridad social”. Dentro de las primeras quedan comprendidas cualesquiera percepciones que integren el concepto de salario del artículo 26.1 del ET, se encuentren establecidas por disposición legal, contrato de trabajo o convenio colectivo; sin que desaparezca la responsabilidad por el hecho de que éste sea de fecha posterior a la terminación de la contrata cuando aparece previsto que el abono de los salarios por él fijados se retrotraiga a un momento anterior a tal terminación. Queda excluido todo tipo de percepciones extrasalariales que no sean de seguridad social, como es el caso de las indemnizaciones por despido, traslado, extinción del contrato por término o “fin de obra”⁵² o por falta (total o parcial) del preaviso de la extinción por término, las dietas, los pluses de distancia y de transporte, etc. Pero no lo está el recargo por mora en el pago del salario ni tampoco, según ciertas decisiones judiciales, la compensación dineraria correspondiente al período de vacaciones devengadas y no disfrutadas al acaecer la extinción del contrato,⁵³ aunque cabe encontrar alguna sentencia

50. STS de 27 de junio de 1988 (Ar. 5471).

51. Dicho plazo es, en relación con las cuotas de seguridad social, el de los cuatro años siguientes a la fecha en que debieron ser ingresadas (artículo 21 de la LGSS). En relación con las prestaciones véanse los artículos 43, 44, 164 y 178 de la LGSS, en conexión con el artículo 96.5 de la Ley de seguridad social de 1966.

52. Véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de marzo de 2000 (AS 1605).

53. Sentencias TSJ de Madrid de 20 de marzo de 1997 (AS 696) y de 14 de enero de 1998 (AS 67).

que sigue el criterio contrario,⁵⁴ actualmente todavía más rechazable, dada la consideración de aquel período como situación asimilada al alta y su sujeción a cotización.⁵⁵ De nuevo en relación con el despido, la limitación de la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial impide también la extensión de ésta a la readmisión a que resulte condenado el contratista; por otro lado, aunque los tribunales laborales consideraron tradicionalmente que sí quedaban incluidos los denominados salarios de tramitación derivados de los despidos nulos o improcedentes efectuados por aquél, el criterio actualmente seguido por el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, rechaza tal inclusión al negar –a mi juicio de forma voluntarista– el carácter salarial de las percepciones en cuestión (tampoco se afirma que constituyan una mera indemnización).⁵⁶ Probablemente, los cambios introducidos en la regulación del despido y de los salarios de tramitación por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre,⁵⁷ deberían conducir a que los tribunales laborales se replanteen la cuestión.

En cuanto a las *obligaciones de seguridad social*, hay que incluir en ellas las cuotas no ingresadas por el contratista y, en su caso, los *recargos, intereses y costas* del procedimiento de apremio que procedan (artículo 10.6 del RRS); también las *prestaciones* de cuyo pago se declare responsable a aquél por defectos de afiliación, alta o cotización.⁵⁸ Menos pacífica resulta la inclusión de las *mejoras voluntarias* de seguridad social. Ciertamente, cabe encontrar resoluciones judiciales que optan de forma decidida por la indicada inclusión;⁵⁹ sin embargo, existen también pronunciamientos en senti-

54. Así, STSJ de 7 de diciembre de 1999 (AS 444).

55. Cf. los artículos 210.4, 125.1 y 109.1, párrafo segundo, de la LGSS, los dos primeros en la redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; el último en la redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

56. El criterio anterior, por ejemplo, en la STS de 7 de julio de 1994 (Ar. 6351). Adoptan el nuevo, entre otras, las sentencias TS de 14 de julio de 1998 (Ar. 8544) y de 23 de enero de 2001 (Ar. 2062).

57. Sobre las indicadas modificaciones, véase J. GÁRATE CASTRO: *La derogación, casi total, de una importante reforma del régimen jurídico del despido que nunca debió producirse. En particular, sobre el general restablecimiento, con algunos cambios, del precedente régimen jurídico de los salarios de tramitación*, Tribunal Social, 2003, número 151, pág. 11 y ss.

58. Véase la STSJ del País Vasco de 30 de mayo de 2000, citada.

59. Así, la STS de 20 de febrero de 1986 (Ar. 740), en relación con “los pactos en que se establece una indemnización para el caso de fallecimiento en accidente o en el que el trabajador accidentado sufra lesiones que le incapaciten”. Igual criterio en la STS de 2 de febrero de 1987 (Ar. 753) y la STSJ de Murcia de 10 de abril de 2000 (AS 1613: entre las “obligaciones referidas a la Seguridad Social” a que alude el artículo

do contrario,⁶⁰ el cual ha acabado por imponerse en casación para la unificación de doctrina.⁶¹ Respecto a los *recargos de las prestaciones económicas* de seguridad social derivadas de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales que hayan sobrevenido por incumplimiento de las obligadas medidas de seguridad e higiene (artículo 123 de la LGSS), la STS de 18 de abril de 1992,⁶² dictada en casación para la unificación de doctrina, puso también fin a las posiciones divergentes mantenidas hasta entonces por los propios tribunales laborales y admite que el comitente será responsable del pago de aquéllos cuando le resulte imputable el referido incumplimiento y que tal responsabilidad la compartirá solidariamente con el contratista, si se apreciase también en éste la omisión del deber de velar por la observancia de las medidas antes aludidas.⁶³ Sin embargo, el fundamento de semejante responsabilidad del empresario comitente no residiría en el artículo 42 del ET ni en que la contrata sea de la propia actividad, sino en la obligación de seguridad que aquél asume en relación con todos los que prestan servicios “en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control” y, en concreto, en el hecho de que las lesiones sufridas por el trabajador de la contratista hayan sido consecuencia de una actuación (activa o pasiva) de dicho comitente o, si se prefiere, de haber infringido éste el deber de seguridad que le incumbe tanto en relación con sus trabajadores como con los de las empresas contratistas, con independencia de que las contratas pertenezcan o no a su propia actividad.⁶⁴ Es más, puede suceder que el único infractor sea, precisamente, el empresario comitente, en cuyo caso él sería el único responsable del pago del recargo analizado. No teniendo éste su fundamento en el artículo 42 del ET, se comprende que su exigibilidad es independiente de que medie o no-cumplimiento del deber de comprobación de que el contratista no tiene deudas por cuotas de seguridad social.

42.2 del ET “se encuentran las mejoras directas contenidas en convenio colectivo [...] al tratarse de prestaciones complementarias autónomas que forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social”.

60. STS de 15 de diciembre de 1986 (Ar. 7385).

61. Con contundencia, sentencias TS de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4730), de 16 de septiembre de 1999 y de 22 de diciembre de 2000, estas dos últimas ya citadas: “El artículo 42 [del ET] no impone al contratista principal la obligación de responder del incumplimiento de las obligaciones que contrajo el subcontratista en materia de mejoras voluntarias de prestaciones.”

62. Ar. 4849.

63. Véase, siguiendo el criterio expuesto, las sentencias TSJ del País Vasco de 24 de junio y de 22 de julio de 1997 (AS 1890 y 2153). También STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 1999 (AS 398/2000).

64. Así, las sentencias TS de 18 de abril de 1992, citada, y de 5 de mayo de 1999 (Ar. 4705); también, STSJ de Cataluña de 1 de junio de 2000 (AS 2951).

Aparte de los recargos a los que se acaba de hacer referencia, quedan también fuera de la responsabilidad solidaria derivada del artículo 42.2 del ET las sanciones pecuniarias (multas) impuestas al contratista o subcontratista por infracciones de sus deberes laborales (entre ellas, las relativas al pago del salario) y de seguridad social. Ciertamente, existen ciertas infracciones de las que serán responsables solidarias las empresas comitente y contratista; pero no en virtud de las previsiones del artículo 42 del ET, sino por disponerlo expresamente otros preceptos legales, como sucede con las responsabilidades por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales a las que se refiere el artículo 42.3 de la LIS y la infracción tipificada en el artículo 23.1 del mismo texto legal.⁶⁵

5) *Exclusiones*. La responsabilidad que se comenta no es aplicable: a) “cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda”, y b) “cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial”. En uno y otro caso el comitente no actúa como empresario; la obra o el servicio objeto del encargo no guarda conexión con una actividad empresarial, lo cual hace que estas exclusiones legales sean meramente aclaratorias o declarativas y, en rigor, hasta innecesarias, pues nunca se estará ante el supuesto que configura la responsabilidad, definido, como se sabe, por el hecho de que aquella obra o servicio guarde correspondencia con la propia actividad de una empresa que actúe como comitente. Además, en el segundo caso habrá que entender que el legislador se refiere al empresario y dueño de la obra desconectada de su actividad empresarial y que no consista en la construcción o reparación de su vivienda, pues, si se diera esto último, se estaría en el primer caso, por coincidencia de las cualidades de empresario y cabeza de familia. Encaja en el referido segundo caso la contrata para la construcción de viviendas por parte de una cooperativa que se limita a la promoción de

65. “Dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad.” De acuerdo con el artículo 23.2 de la LIS, “los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad, responderán solidariamente de las infracciones” a lo anterior “cometidas por el empresario contratista o subcontratista durante todo el período de vigencia de la contrata”.

dicha construcción para sus socios,⁶⁶ no para terceros, supuesto en el que actuaría ya como titular de una actividad empresarial.

La exclusión del cabeza de familia completa, concordando con ella, la dispuesta, también a favor de aquél, a propósito de la responsabilidad subsidiaria en orden al pago de las cuotas y prestaciones de seguridad social (artículo 127.1 de la LGSS). Con todo, esta última exención tiene, al menos en su formulación legal, un alcance más reducido, toda vez que requiere que la obra contratada afecte, exclusivamente, a las “*reparaciones*” a realizar en la propia vivienda, lo que excluye su construcción. Así las cosas, daría lugar a la responsabilidad subsidiaria ahora considerada la construcción en régimen de cooperativa.

3.3.1.3. Obligaciones informativas de los empresarios comitente y contratista

Tanto el contratista como el subcontratista habrán de comunicar por escrito a sus trabajadores la identidad de la empresa con la que se haya concertado la obra o el servicio en el que prestan su trabajo (artículo 42.3 del ET); de otro lado, ambos y el empresario comitente y principal habrán de informar a los representantes legales de sus respectivos trabajadores sobre determinados extremos que aparecen identificados en el artículo 42.4 y 5 del ET. En concreto, los contratistas o subcontratistas deberán informar a tales representantes, *antes del inicio de la contrata*, acerca de la identidad del empresario principal o comitente (nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal), el objeto, la duración y el lugar de ejecución de la contrata, el número de trabajadores afectos a ella que prestarán sus servicios en el centro de trabajo de la empresa comitente y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, aspecto este último que reitera lo dispuesto en el artículo 24.1 de la LPRL. En el caso del empresario principal, la obligación de informar se extiende a iguales puntos, salvo el primero, que se sustituye, lógicamente, por el relativo a la identificación del contratista o subcontratista. Nada se indica acerca de si el cumplimiento de esa obligación informativa del comitente también ha de tener lugar antes del inicio de la contrata, pero parece obvio que así

66. Así, con mención de la STS de 2 de abril de 1998, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2000, citada.

debe ser. En fin, téngase en cuenta que sobre el comitente pesa también la obligación de informar a los representantes legales de sus trabajadores, al menos trimestralmente, sobre los supuestos de subcontratación (artículo 64.1.1 del ET).

3.3.2. Otras garantías

La protección de los trabajadores que intervienen en contrata de la propia actividad del comitente cuenta con otras manifestaciones distintas de las que aparecen en el artículo 42 del ET. Así, en primer lugar, la antes apuntada exoneración de la responsabilidad solidaria por obligaciones de *seguridad social*, supuesto que proceda, no impedirá el juego de las responsabilidades *subsidiarias* previstas en los artículos 104.1 y 127.1 de la LGSS, cuyo ámbito de aplicación no se restringe, como ya se ha indicado, a las contrata ajenas a la propia actividad del comitente.

En segundo lugar, por lo que respecta a la protección frente a los *riesgos laborales*, se ha señalado que los apartados 4 y 5 del artículo 42 del ET reiteran el deber de informar sobre los medios de coordinación de la protección y prevención, contemplados en el artículo 24.1 de la LPRL. Debo añadir ahora que aquella protección queda definida, además de por ese deber, por el previo de establecer dichos medios, impuesto también, para cualesquiera contrata, por el citado artículo 24.1 de la LPRL,⁶⁷ así como por la aplicación de las restantes medidas que establecen los apartados 2, 3 y 4 de igual artículo, de las cuales sólo la del apartado 3 es específica de las contrata de la propia actividad.⁶⁸

La efectividad de la protección examinada quiere conseguirse: 1) mediante la tipificación como infracciones administrativas de los incumplimientos de las medidas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la LPRL. Y 2) responsabilizando *solidariamente* al comitente del incumplimiento, durante el período de vigencia de la contrata, de las medidas de seguridad e higiene exigibles en relación con los trabajadores del contratista o subcontratista ocupados en sus centros de trabajo, siempre que la infracción se haya producido en alguno de ellos (artículo 42.3 de la LIS); semejante responsabilidad tiene su origen en la inobservancia del deber de vigilancia que impone al comitente el artículo

67. Véase *supra*, nota 38.

68. Sobre los apartados 2 y 4, véase *supra*, nota 38.

24.3 de la LPRL.⁶⁹ Por lo demás, téngase en cuenta que el comitente que incumpla sus deberes de prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores de la empresa contratista también tendrá que hacer frente a la *responsabilidad civil* derivada del accidente de trabajo sufrido por aquéllos en la obra o servicio contratado;⁷⁰ semejante responsabilidad del comitente es exigible con independencia de que dicha obra o servicio pertenezca o no a su propia actividad, pudiendo darse el caso de que grave exclusivamente sobre aquél, si resultase ser el único infractor de las medidas de seguridad y salud laboral.⁷¹

Por último, reténgase que todas las garantías señaladas hasta el momento se completan con las que pueda establecer el convenio colectivo aplicable. Entre ellas figura, por ejemplo, el aseguramiento de la continuidad en el empleo de los trabajadores de la empresa contratista mediante la imposición de su asunción por quien sustituya a ésta en la contrata, sea un nuevo contratista o el propio comitente, si se hace cargo directamente de la obra o el servicio objeto del encargo. La admisión de una garantía como la indicada requiere, obviamente, que la nueva empresa contratista o la comitente se encuentren también incluidas en el ámbito de aplicación

69. "Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales." El indicado deber de vigilancia es, por fuerza, *amplio*, por serlo también el deber de protección de riesgos laborales que constituye su objeto y que pesa sobre cada una de las empresas contratistas o subcontratistas en relación con sus respectivos trabajadores (artículo 14.2 de la LPRL); con todo, no puede entenderse que alcance a cualesquiera aspectos de ese deber de protección o de las normas de prevención de riesgos laborales. En este sentido, la vigilancia en cuestión se limitará, lógicamente, al cumplimiento de las normas de seguridad y salud laboral que el contratista o subcontratista esté obligado observar en relación con los trabajadores destinados al centro de trabajo de la empresa comitente y mientras realicen su prestación de servicios en dicho centro y dure la contrata. Que ello es así se deduce del artículo 42.3 de la LIS.

El fundamento de la obligación de vigilancia que se contempla y de la responsabilidad solidaria asociada a su incumplimiento me parece obvio: la empresa principal descentraliza una parte de su actividad que necesariamente hubiera debido asumir con trabajadores propios de no haber tenido lugar la contrata y se aprovecha del trabajo prestado por trabajadores pertenecientes a la empresa contratista. Así las cosas, lo que pretende el legislador es que las obligaciones e intensidad de la protección a observar por la empresa contratista en relación con los trabajadores destinados a la contrata no resulten inferiores a las que hubiese tenido que observar la empresa principal si hubiese ejecutado la obra o servicio contratado con sus propios trabajadores.

70. Véanse las sentencias TSJ del País Vasco de 8 de febrero de 2000 y de Cataluña de 31 de julio del mismo año (AS 3147 y 3453, respectivamente); también, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de octubre de 1999 (AS 616).

71. Véase la STSJ de Murcia de 15 de mayo de 2000 (AS 1731).

del convenio colectivo que introduce aquélla, pues, en caso contrario, no resultaría exigible y hasta podría resultar nula la correspondiente cláusula convencional, por ir en perjuicio de terceros, si impusiese la continuidad en el empleo con carácter general, sin limitarla a los supuestos en que concurra el requisito apuntado. Tal continuidad en el empleo puede también llegar a producirse por figurar entre las condiciones del contrato por el que se adjudica la obra o el servicio o por darse los presupuestos determinantes de la sucesión de empresa que contempla el artículo 44 del ET. La materia merece, por su importancia, un tratamiento aparte.

3.3.3. Sobre la sucesión en contrata y la posibilidad de su encaje en el artículo 44 del Estatuto de los trabajadores

3.3.3.1. En general

La subrogación de un nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre dos empresarios una transmisión “de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” (artículo 44.1 del ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido “afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria” (artículo 44.2 del ET). Si el objeto de la transmisión no encaja en esa descripción legal, la subrogación devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa estatal. La regla afecta, desde luego, a los supuestos en que lo transmitido resulta ser el encargo propio de una contrata de obras o servicios o la asunción directa del contenido de dicho encargo por el empresario comitente.

Teniendo en cuenta el indicado presupuesto objetivo para la aplicación con éxito del artículo 44 del ET, la respuesta a la cuestión de si la nueva empresa adjudicataria de una contrata debe subrogarse en los contratos de trabajo que hubiese celebrado la anterior empresa contratista con los trabajadores destinados por ella a la ejecución del encargo va a depender, inexcusablemente, de si se descubre o no que esta última empresa entrega a la primera un conjunto organizado de bienes materiales o inmateria-

les (de elementos patrimoniales) dotados, *per se*, de aptitud productiva relevante y a los cuales se encontraba vinculada la actividad prestada por los trabajadores. Sin esa entrega de elementos materiales o inmateriales, no inconexos, sino organizados y de fácil identificación (bienes muebles e inmuebles; clientes; traspaso de los locales en donde se realiza total o parcialmente la actividad; derechos de explotación de una marca comercial o de una patente, etc.), no cabría considerar cumplido el requisito de que lo transmitido permita llevar a cabo una “actividad económica, esencial o accesoria”, exigido por el artículo 44 del ET para la imposición de la subrogación empresarial y de las garantías laborales que ésta conlleva.

De apreciarse que la nueva empresa adjudicataria de la contrata ha recibido esos bienes que constituyen el substrato de la actividad o del servicio, el supuesto sería determinante de la aplicación del artículo 44 del ET, no por la existencia de una sucesión en la contrata, circunstancia que, por sí sola, nunca comporta esa aplicación, sino por el hecho de haberse producido la transmisión y recepción de una infraestructura constitutiva de una entidad económica suficientemente relevante como para contar con capacidad productiva propia. *Mutatis mutandis*, la solución vale también para el caso de la asunción por el empresario principal de la actividad o del servicio objeto de la contrata, una vez extinguida ésta: habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 44 del ET siempre que dicho empresario principal hubiera cedido a la empresa contratista o reciba de ella la indicada infraestructura material relevante y precisa para la realización de los cometidos en que consistió el encargo, los cuales va a asumir aquél directamente, en lo sucesivo.

Si nada material o físico se recibe de la anterior empresa que cesa en la contrata o si los bienes transmitidos por ella a la nueva contratista son irrelevantes o claramente insuficientes para la ejecución del encargo, de modo que dicha nueva contratista debe adquirir otros esenciales a tal efecto o aportar los de igual naturaleza con que contase, aplicándolos, una vez organizados con los medios propios de que dispone, a la realización de la actividad o del servicio objeto del encargo, el supuesto resulta ajeno por completo al artículo 44 del ET. Podría hablarse, si acaso, de una sustitución en la actividad o en el servicio objeto de la contrata, pero no de una sucesión en una entidad productiva o económica que permita, sin necesidad de que el nuevo contratista añada nada, la continuidad inmediata de la explotación de aquella entidad y, por lo tanto, la inclusión del caso en el ámbito del citado precepto del Estatuto de los trabajadores.

El entender indiscriminadamente que la sucesión en contratos o la asunción directa por el empresario principal de la actividad hasta entonces subcontratada desencadenan, sin más, la aplicación del artículo 44 del ET, incluso cuando ninguna infraestructura material y organizativa transmita la anterior contratista, conduciría al efecto perverso, no deseado por ese artículo ni por el 42 del mismo texto legal, de una limitación extraordinaria de la utilización de tal fórmula lícita de descentralización productiva, por el desincentivo que se crearía, de un lado, para que las potenciales nuevas empresas contratistas pudieran competir por hacerse con la contrata; y, de otro, para que las empresas principales pudieran cambiar de contratista o asumir directamente el servicio o la actividad objeto del encargo buscando la mayor eficiencia en uno u otra, pues, evidentemente, el interés de aquéllas en el cambio de contratista o en la asunción directa del objeto del encargo se reduciría notablemente si la actividad o el servicio continuase con los mismos trabajadores destinados a ella por el contratista precedente, sobre todo si la forma en que éstos prestaban su actividad fue determinante para la extinción de la contrata. La limitación comentada no casa bien con el principio constitucional que presta cobertura a la subcontratación de obras y servicios: el de la libertad de empresa (artículo 38 de la CE), la cual están obligados a garantizar y proteger los “poderes públicos”, lo que significa que el legislador ordinario no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, minarla o hacerla inviable en cualesquiera de sus posibles manifestaciones (todo precepto, incluido, por descontado, el artículo 44 del ET, debe interpretarse en el sentido que favorezca su constitucionalidad).

Pone de relieve las consecuencias negativas que tendría la referida aplicación indiscriminada del artículo 44 del ET sobre el empleo de la subcontratación y, en concreto, de los contratos administrativos de gestión de servicios, en el sentido apuntado de dificultar aquélla la libre competencia entre las empresas contratistas, la STS de 26 de enero de 1988:⁷² de incluirse en el referido precepto cualquier supuesto de sucesión en concesiones (o en contratos, que, a los efectos contemplados, es lo mismo), “se llegaría a la total inoperancia de las sucesivas licitaciones, dado que el nuevo concesionario, al tener que prever la subrogación indeterminada

72. Ar. 56; cambio de la contratista adjudicataria del servicio de limpieza y conservación del alcantarillado del Ayuntamiento de Madrid.

de las relaciones laborales”, se encontraría con un “claro obstáculo” para “participar en la licitación, al verse imposibilitado, en la generalidad de los casos”, para “efectuar una previsión mínimamente fiable acerca de los costes laborales anejos al contrato, lo que produciría una abierta ventaja para el anterior concesionario, vulnerando el artículo 14 de nuestra Constitución”.

En fin, si hubiese sido propósito del legislador el sometimiento a la subrogación de toda sucesión en contratas, lo habría previsto de alguna manera en el artículo 42 del ET, al regular la protección de los trabajadores en los fenómenos de subcontratación, para solventar, siquiera sea mínimamente, algunos de los problemas de semejante subrogación, como sería el de determinar el alcance de ésta cuando todos o una parte de los trabajadores no hubiesen permanecido adscritos de modo permanente a la contrata. Pero, aparte de ello, tampoco cabe pasar por alto que la aplicación a ultranza del artículo 44 del ET en los supuestos que se están considerando no es la mejor forma de tutelar los intereses de los trabajadores afectados, pues, circunstancias diversas (mayor solvencia de la empresa contratista anterior; mayores posibilidades de promoción económica y profesional en ella que en la nueva contratista; perspectivas de poder conseguir en la primera el pase de eventual a fijo; existencia en la misma de una eficaz representación de los trabajadores, inexistente o inoperante en la segunda, etc.) pueden conducir a que los aludidos intereses y, en suma, las preferencias de aquéllos consistan en permanecer en la empresa contratista precedente e incorporarse a otra contrata en funcionamiento o que pueda concertar ésta en un futuro, como sucedió en el caso contemplado por la STSJ de Madrid de 8 de julio de 1992,⁷³ la cual, por cierto, estimó la pretensión del trabajador, vigilante de seguridad, de continuar al servicio de la anterior contratista con la que había celebrado el contrato de trabajo.

3.3.3.2. La posición de los tribunales laborales

La sucesión en contratas o concesiones (también la asunción directa por el empresario principal del objeto de la contrata) y la solución que merece desde la perspectiva de la aplicabilidad del artículo 44 del ET es, con frecuencia, fuente de litigios sometidos al enjuiciamiento de los

73. AS 3672.

tribunales laborales. Durante bastante tiempo, éstos adoptaron decisiones contradictorias al respecto, de modo que, ante supuestos de hecho similares o iguales, se encontraban decisiones judiciales tanto a favor⁷⁴ como en contra⁷⁵ de considerar la sustitución de un contratista (por otro o por la empresa principal), tras la extinción de la contrata, como un caso de transmisión de empresa a efectos del indicado artículo 44 del ET. Respondían las sentencias a favor de ello a una frecuente y general identificación –criticable– de la mera actividad o servicio objeto del encargo con la “unidad productiva autónoma” a la que hace referencia dicho precepto (por todas, STS de 9 de julio de 1987, citada). Da cabal cuenta de esa falta de uniformidad o división de las soluciones jurisprudenciales, además del Tribunal Supremo,⁷⁶ el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 66/1987, de 21 de mayo, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una STCT de 15 de octubre de 1985, a la que la parte recurrente imputaba infracción del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la ley por considerar inaplicable el artículo 44 del ET a un caso de sucesión en contratas cuando con anterioridad el mismo Tribunal, en sentencia de 26 de febrero de 1980 y ante un supuesto sustancialmente idéntico, había mantenido lo contrario. Al tiempo que certifica la división que se apreciaba respecto a la cuestión en la jurisprudencia del TCT, argumenta el Tribunal Constitucional, para denegar el amparo solicitado, que el nuevo criterio adoptado por aquél en la sentencia recurrida se encontraba suficientemente motivado y era fruto de una evolución, asimismo fundada y razonable, que había conducido a que la posición del TCT pasase a ser la de que el artículo 44 del ET no resulta aplicable a la sucesión en contratas, “ya que no se trata de sucesión o cambio de titularidad de empresas, al ser cada una de las demandadas independientes entre sí, con personalidad propia, y no han sido absorbidas ni sustituidas unas por otras”.

Puede concluirse que, desde finales de la década de los ochenta, la jurisprudencia comienza a atender, cada vez con mayor frecuencia, al hecho de si la sucesión en la contrata se encuentra acompañada de la

74. Por ejemplo, entre otras muchas, las Sentencias TS de 16 de junio y de 27 de octubre de 1983 (Ar. 3017 y 5161, respectivamente) y de 9 de julio de 1987 (Ar. 5123).

75. STCT de 15 de octubre de 1980 (Ar. TCT 5577) y STS de 22 de enero de 1990 (Ar. 180).

76. Sentencias de 13 de marzo de 1990 (Ar. 2069) y de 5 de abril de 1993 (Ar. 2906): “No hay en la Sala [...] una línea uniforme en su jurisprudencia, sino criterios que, a veces, se contradicen.”

transmisión de la infraestructura material y organización básica que constituían el substrato de la actividad o del servicio objeto del encargo o si, por el contrario, el nuevo adjudicatario pasa a realizar una u otro valiéndose de sus propios medios, rechazando aquélla, ante la falta de la referida transmisión, que pueda apreciarse la concurrencia de los presupuestos determinantes de la aplicación del artículo 44 del ET. Tal es la orientación a que responden, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio y de 24 de noviembre de 1989,⁷⁷ de 22 de enero y de 13 de marzo de 1990, citadas, y de 10 de junio de 1991.⁷⁸

Con todo, esa posición dominante que comenzaba a apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no sirvió para evitar la adopción de resoluciones judiciales de signo contrario por parte de las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia.⁷⁹ Ni que decir tiene que otras sentencias de éstos sí se ajustaban al nuevo criterio que se abría paso y se consolidaba en la doctrina legal del Tribunal Supremo, y así, a título de mero ejemplo, se pronunciaron en contra de la subrogación empresarial regulada en el artículo 44 del ET las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 17 de marzo de 1992,⁸⁰ a propósito de una concesión de recogida domiciliaria de basuras (el concesionario “realizó esta empresa con todos los elementos personales y materiales de su pertenencia”), del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 9 de noviembre de 1992,⁸¹ en relación con el cambio de concesionario de una cafetería situada en una dependencia municipal (“ni ha mediado entrega completa y efectiva de la infraestructura o del total cómputo de los elementos patrimoniales necesarios para la prosecución de la activi-

77. Ar. 4813 y 8246, respectivamente.

78. Ar. 5141.

79. Así, las sentencias TSJ de la Comunidad Valenciana de 29 de noviembre de 1991 (AS 6359), de 7 de julio de 1992 (AS 3941) y de 20 de octubre de 1993 (AL, 1994, ref. 374) y la STSJ de Cantabria de 18 de septiembre de 1992 (AS 4545). De acuerdo con la STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de julio de 1992, cuyo razonamiento transcrito a continuación reproduce posteriormente la de igual Tribunal de 20 de octubre de 1993, también citada, “en el caso concreto de la concesión que se extingue, la subrogación del nuevo concesionario en las obligaciones del anterior no depende, como en el supuesto normal de aplicación del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores, de la transmisión de un patrimonio, utillaje o cualquier otro medio material u organización empresarial por cuanto la actividad objeto de la concesión tiene una autonomía empresarial suficiente para delimitar la transmisión de una unidad económica susceptible de explotación [...], ni depende tampoco de que tal obligación de subrogación figure en el pliego de condiciones del concurso, en la medida en que se trata de una obligación directamente establecida por la ley con efecto *ope legis*”.

80. AL, 1992, ref. 1065.

81. AS 5371.

dad”) o, en fin, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de igual año,⁸² la cual, en relación con el supuesto de sucesión en una contrata consistente en la prestación de un servicio de vigilancia de seguridad, rechaza la aplicación del artículo 44 del ET al reparar en la circunstancia de que no se había transmitido al nuevo contratista elemento material alguno para la realización de aquél. Por cierto, tal sentencia sigue justamente el criterio opuesto al mantenido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 18 de septiembre de 1992, ya citada, ante supuesto de hecho análogo.

A la vista de la situación descrita, no extraña que la contradicción apuntada haya terminado por someterse al enjuiciamiento del Tribunal Supremo, a través del recurso de casación para la unificación de doctrina. Hasta la fecha, todas las sentencias dictadas en esta vía por el Tribunal Supremo, desde la primera de 9 de julio de 1991,⁸³ resuelven el problema en el sentido que antes se indicó, aquí defendido, de que sólo cabe apreciar una subrogación empresarial por aplicación del artículo 44 del ET cuando el cambio de concesionario o de contratista (o la asunción con trabajadores propios de la actividad antes descentralizada) lleve aparejada la transmisión o puesta a disposición de la infraestructura u organización empresarial básica para la realización del servicio o actividad por el nuevo (o por la hasta entonces empresa principal). Cabe traer a colación, en este sentido, sin ánimo exhaustivo, las siguientes sentencias:

1) La ya citada de 9 de julio de 1991. Descarta la aplicación al caso del artículo 44 del ET en relación con la asunción directa por el Ministerio de Economía y Hacienda del servicio de recaudación antes gestionado indirectamente, a través de la oportuna concesión, por recaudadores de zona “privados”. Razona la Sala, confirmando la doctrina sentada por ella en las precedentes sentencias de 13 de marzo de 1990 y de 10 de junio de 1991, citadas, que debe distinguirse “entre concesiones administrativas que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, supuesto en el cual la transmisión de la concesión o su asunción por la Administración daría lugar a la subrogación del artículo 44 del Estatuto, de aquellas otras concesiones en que, por no concurrir esta puesta a disposición de los ele-

82. AS 3672.

83. Ar. 5879.

mentos patrimoniales básicos de la explotación, se carece de los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresas y por ello es inaplicable el precepto citado”. En estas últimas incluye la sentencia, precisamente, la enjuiciada asunción por la Administración del servicio de recaudación, pues los concesionarios habían gestionado éste “con medios y organización propios” que no había facilitado aquélla ni retornaron a ella al asumir tal gestión.

2) La de 21 de marzo de 1992,⁸⁴ relativa a la asunción directa por un ayuntamiento de un servicio municipal antes gestionado a través de una concesión y estimando que procede la aplicación del artículo 44 del ET al haber proporcionado aquél la “organización” e “instalaciones fundamentales” y, en definitiva, el “soporte empresarial básico” para la realización del servicio por la concesionaria.

3) La de 5 de abril de 1993, ya citada, que no hace más que seguir y confirmar como correcto el criterio adelantado por las sentencias de la misma Sala de 22 de enero y de 13 de marzo de 1990, también citadas, concluyendo, con apoyo en él, que la doctrina unificada y a seguir en la resolución de los supuestos de terminación de contratos de servicios públicos y su adjudicación a un nuevo contratista o concesionario (válida también para las contrataciones concertadas por sujetos de Derecho privado) es, cuando “no se transmite la unidad productiva que la determina y define [se está refiriendo, obviamente, a la contrata o actividad objeto de la concesión] y cuando ni la normativa sectorial ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico a la cuestión”, la de que “no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial” (fundamento de derecho cuarto).

4) La de 30 de diciembre de 1993,⁸⁵ que rechaza que sea determinante de la aplicación del artículo 44 del ET la ejecución de un servicio de limpieza, lavandería y plancha correspondiente a un hospital, por no poderse apreciar en dicha ejecución la presencia de una unidad productiva autónoma al no mediar transmisión de un mínimo patrimonial que sirva de soporte a la actividad asumida.

84. Ar. 1860.

85. Ar. 10078.

5) La de 25 de octubre de 1996.⁸⁶ Se contempla en ella un supuesto análogo al de la anteriormente reseñada, la cual se aporta por los trabajadores recurrentes como contraria a la sentencia de suplicación que se recurre en casación para la unificación de doctrina. Un colegio que venía asumiendo directamente la realización de los servicios de limpieza y cocina decide contratar esa realización con una empresa que pasa a llevarlos a cabo integrando en su plantilla a los trabajadores de aquél que los había prestado hasta entonces. Curiosamente, eran las empresas principal (el colegio) y contratista las que pretendían que el supuesto se declarase constitutivo de una sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del ET; por el contrario, los trabajadores aparecen oponiéndose a ello. Apunto que, en semejante situación, la declaración de la inexistencia de la subrogación empresarial deja sin cobertura legal la cesión de trabajadores producida, la cual, en la medida en que no procede de una empresa de trabajo temporal, podría quedar incluida en la prohibición que configura el artículo 43 del ET. Volviendo sobre la sentencia aquí comentada, su conclusión de no ser aplicable el artículo 44 del ET al caso de autos se fundamenta en la apreciación de que en él “se cede a una nueva empresa de servicios [los] que venía realizando la empresa cedente, pero estos servicios no constituyen ‘una unidad productiva autónoma’, al no gozar de un mínimo patrimonial transmitido, y que sea substrato de la actividad empresarial”. Pero, además, el Tribunal Supremo va más allá y precisa el concepto de ese “mínimo patrimonial substrato de la actividad empresarial”, sin cuya transmisión no hay posibilidad legal de aplicar el artículo 44 del ET. Tal precisión se hace en sentido negativo, esto es, por la vía de determinar qué elementos o bienes no forman parte de ese mínimo, manifestándose que no es constitutiva de la entrega de éste el poner a disposición de la empresa cesionaria del servicio “locales debidamente acondicionados, enseres de cocina, mobiliario, utensilios [de] menaje, básculas, etc.”, cuando esa puesta a disposición, lejos de suponer transmisión de los mencionados medios materiales, implica “el mero facilitar los elementos necesarios, que siguen en propiedad, posesión y administración de la empresa cedente, para ejecutar los servicios contratados”.

6) La de 6 de febrero de 1997.⁸⁷ La cuestión abordada consistía en dilucidar si la empresa principal, Renfe, que había decidido pasar a realizar

86. Ar. 7793.

87. AS 999.

directamente, al término de una contrata destinada a su cobertura, los servicios de limpieza de vías, fosos, locales y locomotoras de uno de sus centros, estaba obligada a subrogarse en los contratos de trabajo por tiempo indefinido celebrados por la empresa contratista con los trabajadores destinados por ella a la ejecución del encargo. Partiendo de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero (hoy sería la 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001), la sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de febrero de 1996,⁸⁸ había entendido, como señala el Tribunal Supremo, que “Renfe estaba obligada a asumir a los trabajadores fijos de la concesionaria dado que estamos ante un caso de los que la jurisprudencia comunitaria califica de reversión al constituir la actividad de limpieza, en sí misma, un centro de actividad (artículo 1.1 de la Directiva) o ‘una unidad productiva autónoma’ (artículo 44.1 del ET)”, y que tal conclusión no resultaba afectada por “el hecho de haber existido una sucesión de contratas”. Pues bien, la tesis anterior es rechazada de plano por la sentencia de unificación de doctrina, aplicando al caso la ya conocida establecida por la Sala, el artículo 44 del ET interpretado de acuerdo con el artículo 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, cuyo alcance se ofrece, y la jurisprudencia sentada por el TJCE:⁸⁹ “[...] en los casos de sucesión de contrata no hay transmisión de la misma sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose, por tanto, la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones que, de ser aceptado, vinculará al nuevo concesionario, o se derive de normas sectoriales, si no se transmiten ‘los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación’, pues, en caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo, por tanto, de aplicación el artículo 44 del ET; por la misma razón, tampoco puede existir la subrogación de trabajadores, aplicando este artículo en casos, como es el de autos, en que la empresa [...] asume [para la realización por ella] la actividad de limpieza objeto de la contrata finali-

88. AS 349.

89. Se cita al respecto la STJCE de 19 de septiembre de 1995 (AS 154).

zada [...], pues, igualmente, aquí no ha habido reversión de los elementos patrimoniales en el sentido antes dicho.”

7) La sentencia de 12 de marzo de 1997.⁹⁰ El caso enjuiciado en ella es sustancialmente idéntico al de la STS de 25 de octubre de 1996, ya comentada: trabajador de la empresa principal –un colegio privado– que reclama contra su incorporación (propia, cesión) a una empresa contratista, la cual pretende hacerse derivar de la aplicación del artículo 44 del ET y de la adjudicación a dicha contratista del servicio de cocina y comedor antes cubierto directamente por la aludida empresa principal, que contaba para ello con la actividad prestada por aquél, al que había contratado para tal menester. Para la sentencia ahora reseñada, no enerva la conclusión de inexistencia de subrogación empresarial el que conste, como probado, que la empresa principal corría con “los gastos de mantenimiento, conservación y renovación de las instalaciones” donde la empresa contratista “desarrollaba su actividad, es decir, de la cocina y el comedor, así como del menaje y los consumos de agua, gas y electricidad necesarios para el desarrollo” de ésta (fundamento de derecho primero). Asimismo, se rechaza que los servicios contratados puedan considerarse como una “unidad productiva autónoma” a efectos de la aplicación del artículo 44 del ET, pues “esta Sala ha venido declarando que la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de substrato a una actividad independiente y es claro que la realización de tales servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte e, incluso, la pura organización empresarial no es transmitida, sino, sencillamente, sustituida”. Por último, se recuerda, en relación con la imposibilidad de considerar que la contrata de un servicio suponga una sucesión de titularidad empresarial, “que no es del todo ocioso [...] observar que el artículo 44 [del ET] exige ‘cambio de titularidad’ y la [...] Directiva europea [77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977] ‘traspaso de empresa’, y es claro que el propio Estatuto de los trabajadores, en el artículo 42, cuando contempla la contrata de obra o servicios no exonera de responsabilidad al que sigue llamando ‘empresario principal’, lo que denota que no pierde la titularidad de la empresa en la que se realizan los servicios contratados”.

90. AS 2318.

8) La sentencia de 17 de junio de 1997.⁹¹ El caso enjuiciado es igual al contemplado por la sentencia de 6 de febrero de igual año, ya reseñada *supra* 6), variando únicamente los trabajadores demandantes en la instancia. La doctrina aplicada es, por consiguiente, también la misma.

9) La sentencia de 3 de octubre de 1998.⁹² Contempla esta sentencia un supuesto de asunción por un ayuntamiento del servicio de recaudación antes gestionado indirectamente, pretendiendo uno de los trabajadores de la empresa concesionaria continuar su relación laboral con dicho ayuntamiento, una vez concluido el contrato de concesión. Recordando y aplicando al caso la doctrina establecida por la Sala respecto a la solución que merece este tipo de situaciones, ya conocida (no hay subrogación empresarial sin transmisión de bienes o elementos patrimoniales que constituyan un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial), desestima el Tribunal Supremo que la sentencia recurrida por el trabajador contradiga el criterio que debe prevalecer como tal doctrina unificada, lo que lleva a concluir que aquélla no ha vulnerado, por inaplicación, el artículo 44 del ET. Por lo demás, se recuerda que la solución que se adopta es conforme con el criterio mantenido por la STJCE de 11 de marzo de 1997,⁹³ pues no es el de recaudación un servicio o “un sector en que la actividad descansa en la mano de obra” (esto es, que pueda llevarse a cabo contando sólo con ésta) y, por lo tanto, en el que “un conjunto de trabajadores pueda mantener su identidad en supuestos de transición”.

10) La sentencia de 13 de octubre de 1999,⁹⁴ sobre asunción directa por una administración pública del servicio de limpieza antes subcontratado. Confirma la Sala que dicha Administración, que había sido empresa principal, no es responsable de las consecuencias del despido improcedente de que fue objeto la trabajadora recurrente con ocasión de la extinción de la contrata, por no poderse apreciar que la indicada asunción de la gestión directa de la actividad hubiera supuesto una sucesión de empresa determinante de la aplicación del artículo 44 del ET. La precitada responsabilidad debe recaer exclusivamente sobre la empresa contratista que procedió al despido de la actora, que tenía la condición de fija (su antigüedad

91. AS 4758.

92. AS 7804.

93. AS 45; Asunto *Süzen c. Zehnacker*.

94. AS 7492.

en tal empresa se remontaba al 12 de febrero de 1980), sin que sea obstáculo para ello que ésta no hubiera recurrido en suplicación contra la absolución en instancia de aquélla, criterio que coincide con el seguido por la STS de 6 de febrero de 1997, citada *supra* 6).

11) Las sentencias de 19 de marzo de 2002⁹⁵ y de 14 de abril de 2003,⁹⁶ sobre un caso similar al de la de 3 de octubre de 1998 [citada *supra* 9]: asunción directa por el Ayuntamiento de Burgos de la prestación del servicio de recaudación, tras denunciarse el contrato concertado en su día con el hasta entonces adjudicatario del servicio: “[...] si en cierto sentido puede aceptarse un cambio de titularidad en la actividad, se carece sustancialmente del segundo elemento necesario en la sucesión de empresas [que los elementos patrimoniales cedidos constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada], pues la actividad actual se desarrolla en un local propiedad del Ayuntamiento que había sido cedido por éste [al adjudicatario del servicio de recaudación] [...], se lleva a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento y sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos, pero estos bienes, ni constituyen un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento, pues [...] el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior”, sino que son objeto de un contrato por un año por parte de otra empresa y el Ayuntamiento. “Es pues claro que no hay transmisión patrimonial de la anterior empresa al Ayuntamiento y, en consecuencia, se carece de un elemento esencial de la sucesión de empresas.”

95. AS 6465.

96. ILJ 516.

Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las administraciones públicas

Antonio Martín Valverde

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

1. Introducción.
2. Clasificación de las causas de extinción del contrato de trabajo, e indicación de las menos relevantes para el estudio de las “especialidades” del sector público.
3. Supuestos extintivos de infrecuente acaecimiento en el sector de las administraciones públicas: despido por fuerza mayor y por extinción de la personalidad contratante.
4. Matices del despido disciplinario en las administraciones públicas.
5. Particularidades de los “despidos económicos” en las administraciones públicas.
6. Particularidades en las administraciones públicas de la extinción del contrato de trabajo por causas consignadas válidamente en el contrato.
7. La extinción de los contratos temporales del personal de las administraciones públicas por expiración del tiempo convenido: remisión.
8. Una nota sobre la jubilación del trabajador del sector público como causa de extinción del contrato de trabajo.

1. Introducción

El Estatuto de los trabajadores (ET) no menciona expresamente los entes públicos como empleadores en la relación de trabajo. Pero no puede albergarse ninguna duda de que la definición “refleja” del empleador o empresario que contiene el artículo 1.2 de dicha ley¹ los comprende sin problema alguno. Lo mismo sucedía por cierto, *mutatis mutandis*, en la legislación precedente a la etapa actual del ordenamiento laboral inaugurada por la Constitución y por el propio Estatuto de los trabajadores.²

La contratación laboral y la prestación de trabajo asalariado de régimen laboral son así, desde hace mucho tiempo, realidades patentes y consolidadas en el Estado, en las entidades locales, en los organismos autónomos y, desde su creación, en las comunidades autónomas. De todas maneras el peso relativo del “sector público de las relaciones de trabajo”, y también la litigiosidad en este ámbito han crecido apreciablemente a lo largo de los dos últimos decenios. Correlativamente, se ha incrementado la búsqueda de soluciones (legales, convencionales, jurisprudenciales, doctrinales) a los problemas jurídicos que en él se plantean.

A estas alturas, una argumentación de apoyo a las afirmaciones que se acaban de hacer es seguramente superflua por innecesaria. Nos bastará con recordar los siguientes datos, que proceden de los distintos campos de la experiencia jurídica:

1.º) Las referencias a relaciones de trabajo de régimen laboral son bastante frecuentes en diversas disposiciones legales tanto de Derecho Administrativo, como de Derecho del Trabajo, como de Derecho de la Hacienda Pública.³

1. “Serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior”; es decir, los trabajadores asalariados descritos en el artículo 1.1 del ET: “Los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.”

2. El artículo 5, párrafo tercero, de la Ley de contrato de trabajo de 1944 dice lo siguiente: “El Estado, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos, o bien las entidades oficiales representativas de estas instituciones, quedan equiparados a los empresarios definidos en los párrafos anteriores respecto de las obras o servicios públicos que se ejecuten directamente o por administración.” El precepto es transcripción literal del mismo artículo 5, párrafo tercero, de la Ley de contrato de trabajo de 1931. Pero ya el Código de trabajo de 1926 contenía un precepto alusivo a la titularidad del contrato de trabajo por parte del “Estado, la provincia o el municipio”, respecto de las “obras que se ejecuten por administración”.

3. Por ejemplo, y sin ningún propósito de ser exhaustivos, para el ordenamiento administrativo, la Ley 30/1984, de reforma de la función pública (requisitos administrativos de la contratación laboral en las admi-

2.º) La regulación por medio de convenios colectivos de las condiciones de trabajo y empleo del personal de régimen laboral de las administraciones públicas se lleva a cabo a través de unidades de negociación colectiva específicas de distinto nivel (ayuntamientos, comunidades autónomas, Administración del Estado).

3.º) La jurisdicción social y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ocupan en multitud de ocasiones de cuestiones litigiosas surgidas en el ámbito del “sector público de las relaciones de trabajo”, con toda probabilidad en proporción mayor a la que correspondería a su parte alícuota en el conjunto de los trabajadores.

4.º) En la enseñanza y en la doctrina científica (buena prueba es, sin ir más lejos, la organización de este curso sobre empleo local) se viene prestando también una atención destacada a los problemas jurídico-laborales de los trabajadores del sector público.

El enfoque más habitual, y también a mi juicio el más acertado, de lo que pudiéramos llamar el “Derecho del Trabajo de las administraciones públicas” parte de la premisa de que el ordenamiento laboral se aplica íntegramente a las relaciones de trabajo de este sector, sin perjuicio de ciertas particularidades o especialidades, relativas a aspectos concretos de su régimen jurídico. Por lo que deja ver el programa del presente curso, éste es asimismo el enfoque que se ha adoptado en la distribución de las ponencias. Así sucede desde luego con la sesión a mi cargo, cuya rúbrica hace referencia expresa a las “especialidades” de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores de las distintas administraciones.

Para la consideración sistemática de estas especialidades, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento laboral, puede servirnos de guía la larga lista de causas de extinción del artículo 49 del Estatuto de los trabajadores. En muchos de los supuestos previstos en esta relación de causas extintivas no surge especialidad o particularidad alguna en el

nistraciones públicas), y el artículo 47.1 de la Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (personal laboral al servicio de los organismos autónomos); para el ordenamiento laboral, artículo 15.1.d) del ET (contrato de trabajo temporal específico del sector público) y artículo 52.e) del ET (extinción por causas objetivas específica en las administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro); para el Derecho de la Hacienda Pública, preceptos diversos de las leyes anuales de presupuestos del Estado sobre requisitos de fondo y de procedimiento en la contratación laboral, en la autorización de la “masa salarial”, y en la negociación colectiva en el sector público. En la Ley de presupuestos generales del Estado para 2003, los preceptos relevantes en la materia son los contenidos en los artículos 19.1, 19.3, 20.5, 22.1, 22.2, 34.1, 34.4 y 35.

sector público. En otras, en cambio, la condición pública del titular de la relación de trabajo en la posición de empleador introduce particularidades o matices que unas veces afloran en la propia ley y otras se dejan ver en la negociación colectiva o en la jurisprudencia.

2. Clasificación de las causas de extinción del contrato de trabajo, e indicación de las menos relevantes para el estudio de las “especialidades” del sector público

El artículo 49 del ET incluye varios supuestos de extinción del contrato de trabajo cuya causa o título se encuentra en la voluntad o al menos en la esfera de disposición del empleador o empresario. Tales son:

- 1.º) El “despido (disciplinario) del trabajador” [artículo 49.1.k)].
- 2.º) El despido o extinción por “causas objetivas” [artículo 49.1.l)].
- 3.º) El despido por “fuerza mayor” [artículo 49.1.h)].
- 4.º) La “extinción de la personalidad jurídica del contratante” en la posición de empleador [artículo 49.1.g)].

Dentro de este grupo de supuestos, habría que añadir a las anteriores, aunque esté ubicada aparentemente fuera del artículo 49 del ET, la siguiente causa extintiva:

5.º) La facultad de “desistimiento” durante el período de prueba del contrato de trabajo (artículo 14.2 del ET), facultad que la ley reconoce a ambas partes, pero que reporta particular utilidad al empleador.⁴

El trabajador, por su parte, puede extinguir el contrato de trabajo por las dos causas siguientes, consignadas también en el Estatuto de los trabajadores:

6.º) La “dimisión”, que no requiere expresión de motivo específico [artículo 49.1.d)].

7.º) La resolución causal, “fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario” [artículo 49.1.j)].

Además, como se acaba de decir, la facultad de desistimiento durante el período de prueba corresponde bilateralmente al empleador y al trabajador, si bien esta causa de extinción aprovecha mucho menos a este últi-

4. El desistimiento del contrato de trabajo durante el período de prueba debe ser reconducido a las “causas consignadas válidamente en el contrato” de la lista de causas de despido enumerada en el artículo 49 del ET. Ello es así porque el título del período de prueba en el artículo 14 del ET es siempre contractual (período de prueba como pacto de prueba).

mo, por la sencilla razón de que dispone en todo momento, salvo contadas excepciones, de un recurso extintivo vedado en principio al empresario, cual es el acto de voluntad de dar por terminada la relación contractual sin expresión de causa (dimisión *ad nutum*).

Un tercer grupo de las causas extintivas enumeradas en la lista del artículo 49 del ET comprende las que dependen en última instancia de la voluntad conjunta de ambos sujetos del contrato de trabajo. En un supuesto extintivo esta voluntad extintiva conjunta sobreviene en el curso de la relación de trabajo:

8.º) “Mutuo acuerdo de las partes” [artículo 49.1.a)].

En otros dos supuestos la voluntad conjunta que determina la extinción se remonta al momento del acuerdo constitutivo del contrato de trabajo:

9.º) “Causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario” [artículo 49.1.b)].

10.º) “Expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato” [artículo 49.1.c)].

En un cuarto grupo, en fin, pueden englobarse otras causas de extinción cuya característica común es que no expresan una voluntad encaminada directa y exclusivamente a la extinción del contrato, sino que derivan de una decisión o acontecimiento que provoca, exige o justifica su finalización. Podemos llamar a este grupo el de los “acontecimientos personales impeditivos de la continuidad o mantenimiento de la relación contractual de trabajo”. Son tres, siguiendo de nuevo el hilo del artículo 49 del ET:

11.º) “Muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador” [artículo 49.1.e)].

12.º) “Jubilación del trabajador” [artículo 49.1.f)].

13.º) “Muerte”, “jubilación”, o “incapacidad del empresario” [artículo 49.1.g)].

Algunos de los supuestos extintivos previstos en la ley con carácter general sólo tienen sentido respecto del empleador o empresario “persona física”, por lo que obviamente no son aplicables a las personas jurídicas que son administraciones públicas. Tal es el caso de la muerte, jubilación o incapacidad del empresario, causas que hemos reseñado en último lugar en nuestra lista.

Otros supuestos de extinción del contrato de trabajo de la larga enumeración anterior, aunque desarrollen el mismo importante papel institucional en el sector público que en las empresas privadas, carecen en aquél

de un perfil propio. Su modo de operar es virtualmente el mismo en las distintas organizaciones de trabajo, sin particularidades o matices apreciables en las administraciones públicas. Así sucede con la facultad bilateral de desistimiento durante el período de prueba, con la dimisión del trabajador, con la resolución por voluntad del trabajador fundamentada en incumplimiento del empresario, con el cese por muerte o invalidez del trabajador, y con el mutuo acuerdo extintivo.

Bastará consignar las siguientes observaciones a propósito de la aplicación de algunas de estas causas extintivas en el sector público:

1.º) Que la duración máxima del período de prueba, al igual que el preaviso mínimo de la dimisión del trabajador, estarán fijados normalmente en el convenio colectivo aplicable de la respectiva Administración pública.

2.º) Que la resolución por voluntad del trabajador es o debería ser un supuesto muy excepcional en las administraciones públicas, habida cuenta de la exigencia reforzada de sometimiento pleno de las mismas a la ley y al derecho que impone la Constitución (artículo 103.1).

3.º) Que una determinada variedad del mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo del contrato de trabajo –el mutuo disenso con transacción– está afectada en las administraciones públicas por las restricciones presupuestarias y por los requisitos de disposición de fondos existentes en las mismas para los negocios transaccionales.

3. Supuestos extintivos de infrecuente acaecimiento en el sector de las administraciones públicas: despido por fuerza mayor y por extinción de la personalidad contratante

La “extinción de la personalidad jurídica del contratante”, prevista en el propio artículo 49.1.g) del ET, es un supuesto muy infrecuente pero no imposible en el sector público de las relaciones laborales. Piénsese, por ejemplo, en la supresión de un municipio o de un organismo autónomo. Cuando este supuesto tiene lugar, lo habitual es que entren en juego las normas del artículo 44 del ET sobre la “sucesión de empresa”; así sucede en todos aquellos casos en que los servicios, las actividades o los centros de trabajo de la Administración pública extinguida cambian de titularidad por absorción o por traspaso a otra entidad pública.

Pero no hay que descartar que la extinción de la personalidad jurídica de un empleador que tenga la condición de “Administración pública” pueda generar la extinción de los contratos de trabajo de quienes traba-

jaban por su cuenta en régimen laboral. Tal supuesto concurrirá precisamente cuando dicha extinción de la personalidad contratante no haya ido acompañada de la subrogación o cambio de titularidad de los servicios o centros de trabajo afectados por la desaparición de la persona jurídica pública. Ahora bien, la extinción de la personalidad jurídica del ente público no opera en realidad de manera automática como causa de extinción del contrato de trabajo, sino que, al igual que sucede con la extinción de las personas jurídicas privadas, debe observar determinados “trámites”.

Los “trámites” que deben seguirse en tal supuesto son, de acuerdo con el tenor literal del artículo 49.1.g) del ET, “los del artículo 51 de esta ley”, es decir, los del despido colectivo. Es muy probable pero no enteramente seguro que, a la vista de la concepción jurisprudencial del despido objetivo del artículo 52.c) del ET como “despido colectivo de alcance limitado”, dicha remisión del artículo 49.1.g) del ET al artículo 51 del ET permita la aplicación en su caso del referido artículo 52.c) de la propia disposición legal sobre el despido objetivo “económico”; máxime teniendo en cuenta que la determinación de los umbrales que distribuyen la aplicación del despido colectivo “ordinario” y del despido colectivo “de alcance limitado” figura en el propio artículo 51 del ET al que el artículo 49.1.g) reenvía.

Otra causa de extinción del contrato de trabajo de acaecimiento poco frecuente en el sector público es el despido por fuerza mayor. Ciertamente, cabe imaginar sin especial esfuerzo que la “fuerza mayor” pueda suspender por un tiempo más o menos prolongado el contrato de trabajo en las administraciones públicas [artículo 45.1.i) del ET]. Pero parece, en principio, mucho más difícil la concurrencia de una fuerza mayor de tal envergadura que determine la extinción del contrato de trabajo. La idea que nos hacemos de las administraciones públicas las rodea de una aureola de perennidad, que a la larga las protege frente a cualquier eventualidad o fuerza, por mayor que sea. A esta idea ha contribuido probablemente, en el ámbito del Derecho del Trabajo, la definición de la fuerza mayor justificativa del despido como “fuerza mayor extraordinaria”,⁵ contenida en el artículo 77.6 de la Ley de contrato de trabajo de 1944, que se remonta al artículo 89.5 de la Ley de contrato de trabajo de 1931, y que ha estado vigente hasta 1994.

5. Esta definición legal histórica de la fuerza mayor justificativa del despido dice así: “Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las causas siguientes: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumulto o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento semejante de carácter extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previstos, no hayan podido evitar.”

Sin embargo, hay un supuesto muy singular de extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor que sí ha tenido aplicación, y aplicación reciente, en las administraciones públicas. Me estoy refiriendo al llamado *factum principis* o decisión de la autoridad pública que deja sin contenido y sin base de sustentación un contrato de trabajo. Ciertamente, el *factum principis* gubernativo o administrativo con virtualidad extintiva es difícilmente concebible respecto de personas jurídicas públicas. Pero no ocurre igual con las resoluciones del poder judicial. Un *factum principis* o un acto de efecto equivalente tiene lugar, por ejemplo, cuando una sentencia anula los resultados del concurso que había desembocado en la ocupación de un puesto de trabajo por parte de un trabajador determinado, asignándolo a otro distinto.

La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 10 de marzo de 1999 y de 5 de octubre del mismo año) ha analizado este supuesto de resolución jurisdiccional anulatoria de un concurso para la adjudicación de una plaza en una administración pública como despido por fuerza mayor, que, en cuanto tal, debe ser tramitado, según el número de trabajadores afectados, bien por el cauce del artículo 51 bien por el cauce del artículo 52.c) del ET. Estas sentencias resolvían precisamente un litigio surgido en una corporación local (el Ayuntamiento de Torremolinos).

4. Matices del despido disciplinario en las administraciones públicas

Las reglas de forma, de fondo y de procedimiento que rigen el despido disciplinario de los trabajadores se aplican íntegramente en las administraciones públicas. Ello no impide, desde luego, que, por una u otra vía, este instituto del despido disciplinario presente matices que, sin alterar la sustancia normativa de la institución, le atribuyen una coloración especial.

Como suele suceder en los convenios del sector privado, los convenios colectivos del sector público incluyen disposiciones sobre “régimen disciplinario”. Dentro de estas disposiciones convencionales algunas se dedican a concretar o especificar comportamientos o conductas de los trabajadores subsumibles en la lista de “incumplimientos contractuales” que se enuncian en el artículo 54.2. del ET.⁶ Tal concreción o especificación

6. En el convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado (1998) (BOE, 1 de diciembre de 1998), la indicación de una lista de faltas o incumplimientos muy graves, que justifican la sanción de despido, se incluye en el artículo 80.c). En el convenio colectivo del personal laboral de la

puede tener bastante importancia práctica, por dos razones diferentes que nos limitaremos a apuntar de manera somera.

Una se refiere al carácter genérico o indeterminado del enunciado legal de la mayoría de los incumplimientos enumerados en el citado artículo 54.2 del ET.⁷ La otra razón es la propia particularidad del sujeto empleador en las relaciones de trabajo en las administraciones públicas, cuyas exigencias constitucionales de servicio “a los intereses generales”, y de “sometimiento pleno a la ley y al Derecho” (artículo 103.1 de la CE) han de impregnar necesariamente el desempeño de la actividad de todos los servidores públicos.

La incidencia de la negociación colectiva del sector público en el régimen del despido disciplinario se deja notar a menudo en la fijación de reglas convencionales sobre el procedimiento de despido en las administraciones públicas; generalizando, por ejemplo, la exigencia de expediente contradictorio.⁸ También encontramos con cierta frecuencia en la regulación convencional del despido disciplinario en el sector público pactos que atribuyen la opción readmisión / indemnización en el despido improcedente al trabajador y no al empleador,⁹ así como pactos que fijan indemnizaciones adicionales a las establecidas en el artículo 56 del ET.

A un pacto indemnizatorio de esta clase se refiere una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, que acepta la validez de una indemnización adicional por despido de seis millones de

Comunidad de Madrid (2001) (BOCAM, 25 de octubre de 2001), tal relación de faltas muy graves se encuentra en el artículo 71.2.c).

7. Valga una vez más el recordatorio: “faltas repetidas o injustificadas de asistencia o puntualidad”, “indisciplina o desobediencia en el trabajo”, “disminución continuada y voluntaria en el rendimiento”, y sobre todo “transgresión de la buena fe contractual”.

8. La exigencia expresa de tramitación de expediente disciplinario consta en el artículo 82 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado (1998), y en el artículo 71 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (2001).

9. Recurriré de nuevo a los convenios colectivos que nos están sirviendo de ilustración. El artículo 10, párrafo tercero, del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (2001) dice lo siguiente: “La Comunidad de Madrid optará obligatoriamente por la readmisión en los supuestos de despido disciplinario de personal fijo, que sea declarado improcedente por sentencia firme de la jurisdicción competente.” El convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado (1998) no contiene, en cambio, cláusula equivalente, limitándose a establecer deberes administrativos de información sobre la opción de indemnización ejercitada: “En los supuestos de despidos disciplinarios declarados improcedentes por razones de fondo, si la Administración optase por la indemnización deberá informar de la decisión adoptada ante la subcomisión departamental en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia. Semestralmente deberá dar cuenta a la CIVEA de los supuestos de estos despidos” (artículo 60.2). CIVEA es la sigla de la comisión paritaria del convenio.

pesetas, cuidándose de señalar, sin embargo, que la cláusula que la establece debe ser interpretada de manera estricta. La validez de la cláusula de atribución de la facultad de opción entre la readmisión o la indemnización al trabajador y no al empresario ha sido reconocida en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997.

No hay, desde luego, variación alguna en las calificaciones judiciales del despido disciplinario (“procedente”, “improcedente” o “nulo”), cuando el despedido es un trabajador al servicio de una administración pública; ni tampoco cambian, en principio, las consecuencias jurídicas que se derivan de tales calificaciones. La jurisprudencia se ha encargado de recordarlo en sentencias relativamente recientes. En lo que concierne al despido nulo, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992 y de 26 de noviembre de 1993 han afirmado que no obsta a la declaración de nulidad del despido el hecho de que el trabajador preste servicio en la Administración pública, pese a sus especiales reglas de reclutamiento de personal. En cuanto a la calificación de improcedencia, una constante línea jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la Sentencia de 7 de octubre de 1996, viene sosteniendo que las reglas sobre despido improcedente se aplican en su integridad a los despidos acordados por las administraciones públicas.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, la existencia en determinados supuestos de una vía de escape, que singulariza y “flexibiliza” considerablemente el rigor del régimen jurídico común del despido del personal al servicio de las administraciones públicas. Nos referimos a los supuestos de terminación del contrato de trabajo por asignación de la plaza ocupada por otro trabajador que la ha ganado en concurso de méritos. Como veremos con algún detenimiento más adelante, la jurisprudencia, a partir de la sentencia de pleno o sala general de 27 de junio de 2002, no considera este supuesto extintivo como despido sino como cumplimiento de “condición resolutoria”.

5. Particularidades de los “despidos económicos” en las administraciones públicas

La aureola de perennidad que rodea a las administraciones públicas no llega hoy al extremo de considerar que las entidades públicas sean invulnerables, y que puedan garantizar a los trabajadores de régimen laboral una especie de “propiedad del puesto de trabajo” o inmunidad absoluta

frente a los despidos económicos. Esta idea no sería sostenible, por otra parte, en un régimen de los despidos económicos, como el vigente hoy en España (con más claridad desde la reforma laboral de 1997 pero, a mi juicio, también antes), en el que la extinción del contrato de trabajo se puede justificar en una gama muy amplia de motivos o razones de distinto origen atinentes a conveniencias o necesidades de las empresas y organizaciones de trabajo (“causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”).

En efecto, la nueva redacción del artículo 52.c) del ET a partir de la reforma laboral de 1997 ha introducido una descripción de las causas de los despidos económicos que puede comprender sin dificultad dentro de su ámbito de aplicación a las administraciones públicas, disolviendo dudas que antes cabía plantearse. Así se ha venido a reconocer en los propios convenios colectivos del sector público.¹⁰ La razón de fondo de esta posición se encuentra en el principio de “eficacia” que debe inspirar el funcionamiento de las administraciones, de acuerdo con el ya citado artículo 103.1 de la CE. Este principio de eficacia supone a efectos de composición y ajuste de las plantillas del personal laboral de las administraciones públicas, y de justificación consiguiente de los despidos económicos, un equivalente funcional del principio de “defensa de la productividad” de las empresas, que acoge el artículo 38 de la CE.

Decimos que el cambio de redacción introducido en 1997 refuerza la tesis de la aplicación de los despidos económicos en las administraciones públicas porque la justificación instrumental de este tipo de despidos no es ya la supervivencia o viabilidad de las organizaciones de trabajo, referencia que brindaba algún apoyo al planteamiento contrario por la vía argumental de la “perennidad” de las administraciones, sino “el buen funcionamiento de la empresa” y la “mejor organización de los recursos”. En

10. El artículo 60.1 del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración del Estado (1998) lo reconoce implícitamente al señalar que la extinción del contrato de trabajo puede derivar de cualquiera de las causas del artículo 49 del ET. Por su parte, el artículo 10 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (2001) viene a reconocerlo de manera expresa, si bien compromete a la CAM a no hacer uso de tales medidas extintivas. El tenor literal del precepto, sobre cuya validez o cuya interpretación no me constan pronunciamientos jurisdiccionales, es el siguiente: “Cuando en alguno de los centros incluidos en el ámbito de aplicación del presente convenio concurren los supuestos previstos en los artículos 51 y 52.c) [del ET la CAM] no hará uso de las medidas extintivas de contratos de trabajo allí contempladas, procediendo a la adscripción de los trabajadores afectados a otros centros o servicios de la Administración comunitaria, previa consulta a las organizaciones sindicales firmantes de este convenio.”

verdad, la consecución de estos objetivos de gestión de recursos es hoy en día una exigencia tanto para sostener la “posición competitiva en el mercado” de las empresas económicas como para alcanzar la “eficacia” de la actuación de las administraciones públicas. Ni las empresas económicas ni las administraciones públicas pueden prescindir por completo en las actuales condiciones de la organización del trabajo de la contribución que a tales objetivos pueda aportar la posibilidad de recurrir a los despidos económicos del personal laboral. Cuestión distinta es que una buena gestión de personal consiga prevenirlos mediante una prudente política de contratación, o evitarlos mediante la reasignación de los trabajadores sobrantes a otros puestos de trabajo.

No me parece dudoso, por todo lo anterior, que los dos supuestos de despidos económicos previstos en el ET –el despido colectivo del artículo 51 y el despido objetivo o despido colectivo de alcance limitado del artículo 52.c)– pueden ser utilizados lícitamente, si concurren las razones justificativas de los mismos y se observan los procedimientos previstos en la ley, para la extinción de relaciones contractuales de trabajo en las administraciones públicas. Es más, a partir de la reforma del ET introducida por la Ley 12/2001, se ha incorporado a las ya existentes una nueva causa de despido económico que está pensada preferentemente (aunque no exclusivamente) para los contratos de trabajo en las administraciones públicas; la enunciación de la misma se contiene en el nuevo artículo 52.e) del ET. Nos vamos a referir a ella a continuación.

La causa de despido económico del artículo 52.e) del ET es la “insuficiencia” financiera de una administración pública o de una entidad sin ánimo de lucro “para el mantenimiento” de “contratos de trabajo por tiempo indefinido”, en el desarrollo o “ejecución de planes y programas públicos determinados”. Los planes y programas públicos a que se refiere el precepto son, según sus propios términos, aquéllos que carecen de “dotación económica estable” y que son “financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”. En síntesis, la nueva causa extintiva del artículo 52.e) del ET se puede describir así: insuficiencia financiera o carencia de fondos en una administración pública o entidad sin ánimo de lucro para mantener contratos de trabajo por tiempo indefinido.

Se trata, como se ve, de un supuesto de hecho complejo, en el que hay que manejar conceptos jurídico-administrativos y jurídico-laborales (“Administración pública”, “entidad sin ánimo de lucro”, “contrato de tra-

bajo por tiempo indefinido”) junto con conceptos de Derecho financiero (“ejecución de planes o programas públicos”, carencia de “dotación económica estable”, “ingresos externos de carácter finalista”). Con los primeros el laboralista suele estar bien familiarizado, pero probablemente no pasa lo mismo con los segundos, que son los que se encargan de delimitar los “planes o programas públicos” afectados. Habrá que esforzarse, por tanto, en precisar y diferenciar estos conceptos, aunque no parecen de entrada demasiado misteriosos.

No hay jurisprudencia o doctrina unificada sobre la nueva causa de despido económico, y, en el momento en que preparo esta intervención, no han llegado todavía a mi conocimiento sentencias de salas de lo social de tribunales superiores de justicia que hayan desentrañado algunos de sus posibles problemas interpretativos. En cualquier caso, me parece claro que nos encontramos ante un supuesto particular de despido por causas económicas. Así se desprende de los términos utilizados para su descripción, que se podrían reducir sin especial dificultad a “las situaciones económicas negativas” del artículo 52.c) y 51.1, párrafo segundo, del ET. Y así se desprende también del precepto establecido en el propio artículo 52.e) del ET, párrafo segundo, que literalmente dice lo siguiente: “Cuando la extinción (por insuficiencia financiera) afecte a un número de trabajadores igual al establecido en el artículo 51.1 de esta ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.”

6. Particularidades en las administraciones públicas de la extinción del contrato de trabajo por causas consignadas válidamente en el contrato

La causa de extinción del artículo 49.1.b) del ET (“causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”) es un testimonio del tenso compromiso que se alcanza en el contrato de trabajo entre la autonomía de la voluntad y la regulación imperativa de las condiciones de empleo. Su origen se remonta al artículo 89.1 de la Ley de contrato de trabajo de 1931, donde se mencionan ya entre las causas de terminación del contrato de trabajo a “las consignadas válidamente en el contrato”. La salvedad del “abuso de derecho manifiesto por parte del empresario” se añade en el artículo 76.1 de la Ley de contrato de trabajo de 1944, de donde había de pasar, con un cambio meramente estilístico, al Estatuto de los trabajadores.

La interpretación sistemática del artículo 49.1.b) del ET ha llevado a la doctrina a excluir del supuesto extintivo descrito en el mismo a los pactos que incorporan al contenido contractual cláusulas de término extintivo o resolutorio del contrato de trabajo, en sus dos variedades de término *certus an*, *certus quando* y término *certus an*, *incertus quando*. Como ya hemos visto, estos pactos se regulan separadamente en el artículo 49.1.c) de la propia ley, por lo que la causa expresada en el artículo 49.1.b) del ET limita su alcance a las condiciones resolutorias o extintivas (*incertus an*). Las causas de extinción consignadas válidamente en el contrato son así, únicamente, hechos o acontecimientos futuros objetivamente inciertos de las que hacen depender la pervivencia del contrato de trabajo; si acaeen o tienen lugar, el contrato se extingue o resuelve *pro futuro*.

La condición resolutoria o extintiva del contrato de trabajo ha sido tradicionalmente, por razones que se comprenderán sin dificultad, una pieza de difícil encaje en el ordenamiento laboral. Desde luego, hay que descartar de entrada la validez de la "cláusula condicional potestativa que remite a la mera voluntad del empresario" (TS 25 de octubre de 1989). Pero la propia jurisprudencia ha aceptado en determinados supuestos la validez de condiciones causales o mixtas, como la no-obtención de un rendimiento mínimo en el trabajo (TS 28 de marzo de 1993), o la no consecución de una autorización o convalidación administrativa de la actividad empresarial (TS 20 de junio de 1983), o la pérdida de carné o título profesional habilitante (TS 3 de noviembre de 1989). El denominador común de estos supuestos es probablemente la previsión por anticipado, en el momento de la celebración del contrato de trabajo, de la posible concurrencia futura de hipótesis específicas de frustración del mismo (falta de rendimiento, ineptitud sobrevenida, *factum principis* determinante de fuerza mayor, etcétera).

Dos sentencias del Tribunal Supremo sobre extinción del contrato de trabajo en las administraciones públicas, una muy reciente y otra relativamente próxima, han venido a realzar la importancia práctica de esta causa extintiva en las relaciones de trabajo. Una es la Sentencia de 28 de febrero de 1996, que considera válida y no abusiva una condición resolutoria unida a un contrato de trabajo para la prestación de servicios en la lavandería de un centro hospitalario público gestionada directamente por el propio centro. La condición resolutoria hacía depender el mantenimiento del contrato del resultado de un estudio sobre la organización y la forma de gestión del servicio. El estudio terminó con la propuesta de encar-

go del servicio a una contrata, y la aceptación y realización de la propuesta por parte de la dirección del centro determinó la terminación del contrato de trabajo. La sentencia del Tribunal Supremo ha aceptado la validez de esta cláusula condicional.

El caso anterior es del sector público, pero su doctrina se puede extender sin dificultad al sector privado. No ocurre igual con el asunto resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de pleno o sala general, de 27 de mayo de 2002, a la que ya nos hemos referido al paso en esta exposición. La doctrina acogida en la misma contiene, como se verá a continuación, una particularidad o singularidad de la extinción del contrato de trabajo que sólo puede darse en las administraciones públicas.

La sentencia citada culmina el largo proceso de formación de la doctrina de los contratos de trabajo por tiempo indefinido en las administraciones públicas como contratos que no atribuyen por sí mismos a los trabajadores contratados la condición de fijos. Los eslabones de esta doctrina son los siguientes:

1.º La calificación de un contrato de trabajo como contrato por tiempo indefinido ha de hacerse con los instrumentos conceptuales generales que proporciona el ordenamiento laboral, mientras que la calificación de fijeza del trabajador depende bien de normas sectoriales (por ejemplo: fijos de obra en la construcción, fijos en la agricultura), bien del cumplimiento de requisitos de Derecho Administrativo [fijos de las administraciones públicas (STS de 12 de julio de 1994 y de 7 de octubre de 1996)].

2.º La fijeza del trabajador de régimen laboral en las administraciones públicas sólo se adquiere, teniendo en cuenta la exigencia constitucional de acceso por mérito y capacidad, tras la superación del concurso correspondiente (TS 21 de enero de 1998).

3.º Cuando un contratado por tiempo indefinido en una administración pública, sin celebración previa del concurso preceptivo, no gana la plaza en el concurso convocado *ex post* para la cobertura de la misma, se entiende que el contrato de trabajo inicial se celebró con la condición implícita de obtención de la plaza, por lo que cumplida esta condición, incorporada al contrato en virtud de la habilitación prevista en el artículo 49.1.b) del ET, la Administración tiene derecho a dar por terminada la relación contractual de trabajo sin indemnización (TS 27 de mayo de 2002).

La Sentencia de 27 de mayo de 2002 tiene un voto particular discrepante. El voto viene a decir que la condición a que se refiere el artículo 49.1.b) del ET ha de estar "consignada" en el contrato y no implícita, y que la teo-

ría de la llamada *conditio iuris* a la que recurre la sala es una metáfora que traslada al plano de la ley lo que corresponde en realidad al plano de la voluntad de las partes, por lo que no constituye una verdadera cláusula condicional. De ahí que, a juicio del voto discrepante, hubiera sido preferible que la causa de extinción del contrato de trabajo a utilizar por la Administración en tal supuesto fuera no la del artículo 49.1.b) del ET, sino la del artículo 49.1.e) del ET (extinción por causas objetivas). La consecuencia práctica de este planteamiento hubiera sido la calificación de este supuesto extintivo –no-obtención de la plaza concursada por el trabajador que la ha venido ocupando– como despido procedente por causas objetivas, con derecho del trabajador despedido a la indemnización prevista en el artículo 53.b) del ET.

La exposición de las particularidades de esta causa de extinción en el sector público nos ha llevado sin querer al nivel de la dogmática “pura y dura”, que es en definitiva el nivel de los cimientos sobre los que se sustenta el discurso del Derecho. Pero, sin perjuicio de su función crítica, la dogmática tiene una mayor virtualidad práctica a la hora de proponer o concebir soluciones jurisprudenciales que a la hora de valorarlas. Al fin y al cabo, como decía Kelsen, la jurisprudencia debe servir para poner fin alguna vez, o por lo menos para dar tregua, a discusiones jurídicas, que resultarían, si no, interminables. Y la jurisprudencia –quizá no haría falta decirlo, pero por si acaso lo diré– se encuentra en las sentencias y no en los votos particulares que las acompañan sin formar parte de ellas. Tomen ustedes buena nota, en fin, de lo que ha declarado la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 a propósito de la extinción del contrato de trabajo de los “indefinidos no fijos” en las administraciones públicas, si su interés en este punto concreto no va más allá del conocimiento de lo que hay que hacer en la práctica aplicativa.

7. La extinción de los contratos temporales del personal de las administraciones públicas por expiración del tiempo convenido: remisión

La expiración del tiempo convenido del contrato temporal es lógicamente, tanto en el sector privado como en el sector público, causa de extinción del contrato de trabajo; su encaje se encuentra con toda evidencia en el artículo 49.1.c) del ET (“expiración del tiempo convenido”). Dos de las ponencias de este ciclo se dedican monográficamente a los contratos de trabajo temporales que presentan matices o particularidades propios en

las administraciones públicas, que son el contrato de interinidad y el contrato de inserción, incorporado este último a la lista de contratos temporales por la Ley 12/2001 y cuyo ámbito específico es precisamente el de las administraciones públicas o entidades sin ánimo de lucro. A lo dicho en estas ponencias debo remitir el estudio de las causas de extinción de los contratos correspondientes.

En cuanto a los requisitos de forma y de fondo de este supuesto extintivo, y al régimen de prórroga o conversión de los contratos temporales en las administraciones públicas, son de aplicación las reglas de carácter general establecidas en el propio artículo 49.1.b) del ET. A saber:

1.º La expiración sin denuncia del término previsto en el contrato da lugar, si dicho término es inferior al plazo máximo establecido “legalmente”, a la prórroga automática del contrato hasta alcanzar dicho plazo máximo.

2.º En caso de denuncia por expiración del término, la parte que la formula está obligada a notificarla con un preaviso mínimo de quince días, siempre que la duración del contrato por tiempo determinado sea superior a un año.

3.º “Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.”

4.º “A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad, del contrato de inserción y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.”

8. Una nota sobre la jubilación del trabajador del sector público como causa de extinción del contrato de trabajo

La jubilación voluntaria del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo no plantea problemas particulares en el sector público. Tampoco existe en realidad un régimen particular de la jubilación forzosa de los trabajadores de régimen laboral en las administraciones públicas. Se ha suprimido, por tanto, para los mismos la autorización a los con-

venios colectivos para “pactar libremente edades de jubilación” que establecía la expresamente derogada disposición adicional décima del ET. La supresión se ha ordenado expresamente, como se recordará, en la disposición derogatoria de la Ley 12/2001.

Sucede, no obstante, que en las administraciones públicas los convenios colectivos establecen normalmente edades de jubilación forzosa,¹¹ por lo que la supresión de la autorización de los pactos colectivos de jubilación forzosa ha debido tener en ellas, sin duda, un impacto mayor que en el sector privado. Tal impacto es especialmente problemático desde el punto de vista del derecho transitorio, respecto de las cláusulas de jubilación forzosa de los convenios colectivos ya aprobados. Es claro, a mi juicio, que los convenios colectivos futuros no pueden contener estas cláusulas.

Una buena pista para la interpretación del alcance transitorio de esta nueva disposición se encuentra en la exposición de motivos de la Ley 12/2001, que declara que la norma derogada de autorización de la jubilación forzosa en convenio colectivo está “inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales”.

Tres son, en mi opinión, las opciones interpretativas de derecho transitorio que pueden barajarse a propósito de esta causa de extinción del contrato de trabajo:

1.º) Entender que las cláusulas de jubilación forzosa ya existentes deben ser respetadas mientras no se modifique el régimen de la jubilación en los convenios colectivos que las contienen.

2.º) Entender que las cláusulas de jubilación forzosa ya existentes deben ser respetadas hasta la siguiente ronda de negociación, por denuncia del convenio colectivo que la contenía.

3.º) Entender que desde el momento de la aprobación de la Ley 12/2001 ya no cabe proceder a la jubilación forzosa de los trabajadores.

11. Artículo 50.1 del convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid (2001): “Dentro de la política de promoción de empleo, la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador la edad de 65 años.” Artículo 61 del convenio colectivo único del personal laboral de la Administración del Estado: “Con carácter general la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador los 65 años de edad.” Nótese que la fecha de la resolución de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Trabajo de la CAM que ordena la tramitación y publicación del convenio de la CAM es 10 de octubre de 2001, posterior a la de la entrada en vigor de la Ley 12/2001.

La negociación colectiva en las administraciones públicas

Juan García Blasco
Catedrático de Derecho del Trabajo
de la Universidad de Zaragoza.
Presidente de la Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos

1. La doble relación jurídica del empleo público y el ejercicio de la negociación colectiva.
2. La negociación colectiva del personal laboral: legitimación, contenido y procedimiento.
 - 2.1. Las unidades de negociación.
 - 2.2. Sujetos negociadores.
 - 2.3. Contenido negocial.
 - 2.4. Procedimiento negocial.
 - 2.5. Vigencia temporal.
 - 2.6. Impugnación judicial.
3. Experiencias de negociación colectiva laboral en la Administración pública.
4. La negociación colectiva de los funcionarios públicos y sus peculiaridades.
 - 4.1. Unidades de negociación.
 - 4.2. Sujetos negociadores.
 - 4.3. Contenido negocial.
 - 4.4. Procedimiento de negociación.
5. Experiencias de negociación colectiva de los funcionarios públicos.
6. Las posibilidades de negociación colectiva unitaria.
7. La insuficiencia legal y la necesidad de un nuevo régimen jurídico de la negociación colectiva en el empleo público.

1. La doble relación jurídica del empleo público y el ejercicio de la negociación colectiva

Como en otras muchas materias, el análisis de la negociación colectiva en el empleo público, la existencia de una relación jurídica diferenciada para los funcionarios y el personal laboral, vuelve a estar presente también. Al existir así dos tipos de personal, aparece igualmente una doble modalidad de negociación colectiva con origen y régimen jurídico diferenciado que se proyecta, como se verá, en un amplio abanico de cuestiones relaciona-

das con el ejercicio de la autonomía colectiva en las administraciones públicas.

En efecto, por lo que se refiere a los funcionarios públicos, el derecho a la negociación colectiva no viene, desde el punto de vista constitucional, reconocido en el artículo 37.1 de la CE, como así lo ha reconocido expresamente la jurisprudencia constitucional. Ha entendido así el Tribunal Constitucional que del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no se puede derivar como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes (STC 57/1982). Confirma, de esta manera, el Tribunal Constitucional, en un primer momento, que la Constitución española no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva. Más recientemente, sin embargo, ha señalado que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical (STC 80/2000, 224/2000, 85/2001), aunque sigue siendo una de las cuestiones pendientes desde esta perspectiva. El régimen de ejercicio descansa en la Ley 9/1987, que es la norma reguladora de la negociación colectiva de condiciones de trabajo y empleo para los funcionarios públicos.

Por el contrario, el derecho a la negociación colectiva del personal laboral viene reconocido expresamente en el artículo 37.1 de la CE, cumpliendo el Estatuto de los trabajadores (ET) el papel de garantía legal de su ejercicio, a la vez que norma reguladora del mismo, siendo, por tanto, el régimen jurídico aplicable a esa relación jurídica.

2. La negociación colectiva del personal laboral: legitimación, contenido y procedimiento

La aplicación del Estatuto de los trabajadores al ejercicio de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las administraciones públicas presenta también algunas peculiaridades en contraste con el régimen regulador de la relación de empleo privado. Éstas características se dejan notar en la mayor parte de las previsiones materiales y formales de la negociación colectiva, que alcanza las siguientes materias:

2.1. Las unidades de negociación

De acuerdo con el artículo 83.1 del ET, los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden, lo que introduce una libertad para su fijación. Puede acordarse así una unidad de negociación en la

Administración pública semejante a la de la empresa en la relación de empleo privado, aplicándose, de esta manera, las reglas de legitimación negocial previstas en el artículo 87 del ET.

Mayores problemas presenta la negociación colectiva del personal laboral en un ámbito supraempresarial, esto es, aplicable a dos o más administraciones u organismos con personalidad jurídica propia. En tales casos, la legitimación negocial viene acompañada de algunas dificultades de articulación del lado de la Administración pública, habida cuenta que esta última no pertenece a las asociaciones empresariales a las que se refiere el artículo 87.3 del ET (STS de 14 de junio de 1999).

2.2. Sujetos negociadores

De conformidad con las reglas establecidas en el citado artículo 87 del ET, los sujetos negociadores serán aquellos que reúnen la legitimación correspondiente (comités de empresa o representaciones sindicales). Como en el caso anterior, la cuestión se plantea del lado de la negociación colectiva supraempresarial en la Administración pública y, en particular, de parte de la representación del personal laboral. El criterio utilizado al respecto ha sido elaborado por la STS de 21 de diciembre de 1999, de forma que ha optado por un criterio mixto, criticable sin duda, en cuya virtud la representación de los trabajadores para la negociación de un convenio colectivo que afecta a una única administración autonómica estaría conformada por las organizaciones sindicales que reúnan los requisitos de legitimación del artículo 87.2 del ET como si se tratase de una negociación colectiva de ámbito superior al de empresa.

2.3. Contenido negocial

De conformidad con el artículo 85 del ET, el contenido de los convenios colectivos es libre dentro del respeto a las leyes. No obstante, también la negociación colectiva laboral en la Administración pública queda afectada por las limitaciones a los incrementos salariales establecidas en las leyes de presupuestos, de forma que se erigen en límites legales de derecho necesario, siendo ilegal un incremento salarial de este personal por encima del fijado legalmente.

De esta forma, la negociación colectiva del personal laboral de las administraciones públicas y en lo referido a los salarios deberá consistir únicamente en la distribución y aplicación individual de aquellas partidas en las que ello sea posible, esto es, en la distribución y aplicación individualizada de la masa salarial disponible cada año, por lo que no es posible la consecución de un incremento global al venir éste fijado obligatoria e inamoviblemente en la Ley general de presupuestos estatal, como así lo ha confirmado la jurisprudencia ordinaria y constitucional.

Al margen de esta limitación, también se muestran con este mismo carácter otras normas legales y reglamentarias con la naturaleza limitativa absoluta para la negociación colectiva laboral. Es el caso de algunas normas de la función pública (LMRPF), del Reglamento de ingreso en la Administración pública y de provisión de puestos y promoción profesional con proyección en materias como la oferta de empleo, las dotaciones de personal, la valoración de puestos, la selección de personal o la racionalización de las plantillas.

De igual forma, las leyes generales de presupuestos prohíben expresamente la financiación del sistema de previsión social complementaria, con la excepción de los planes de pensiones, con fondos o financiación pública, limitación a la negociación colectiva que no merece reproche constitucional (STC 237/1992).

2.4. Procedimiento negocial

Tanto las leyes de presupuestos estatales como autonómicas, exigen la obligatoriedad de un informe favorable ministerial para proceder a la determinación o modificación de las condiciones retributivas del personal laboral, a través de un procedimiento interno, de forma que si no se cumple o el informe es negativo el incremento deviene nulo.

2.5. Vigencia temporal

Se establece una limitación temporal para pactar salarios, que no puede rebasar los dos años.

2.6. Impugnación judicial

La impugnación del convenio colectivo, de oficio o por los sujetos colectivos legitimados, se realiza ante la jurisdicción social [artículo 2.m) de la LPL] y no ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, es dudosa la negociación colectiva de carácter extraestatutario en la Administración pública, sobre todo por su incompatibilidad con el principio de igualdad. No obstante, sería posible si se garantizase la posibilidad de la adhesión individual al convenio de los trabajadores con relación jurídico-laboral, garantizando las exigencias de ese principio y las de la propia libertad sindical.

3. Experiencias de negociación colectiva laboral en la Administración pública

El ejercicio de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las administraciones públicas presenta un elenco amplio de manifestaciones que han sido objeto de análisis y estudio. Destaca, en este sentido, el informe promovido por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. De este amplio estudio cabe deducir los siguientes ejemplos en este terreno:

En la negociación colectiva referida a la Administración estatal, destaca el convenio colectivo único para su personal laboral, cuya finalidad principal ha sido la ordenación y simplificación de la negociación colectiva existente hasta el momento. De igual forma, presenta elementos novedosos respecto de las condiciones de trabajo y empleo del personal laboral en lo que toca a la organización del trabajo, el ingreso al trabajo, el sistema de cobertura de vacantes, el personal temporal, la clasificación profesional, la movilidad funcional, el tiempo de trabajo, las licencias y permisos, la estructura salarial, la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, la suspensión contractual, las excepciones, la seguridad y salud en el trabajo, el régimen disciplinario, la formación profesional, los derechos colectivos, los conflictos colectivos y la aplicación e interpretación del convenio.

Por lo que se refiere a la negociación colectiva en la Administración autonómica, existe una gran variedad de ámbitos de aplicación. La mayoría de los convenios establecen un ámbito de aplicación indiferenciado, incluyendo no sólo al personal de la Administración autonómica directa, sino también al personal de los organismos autónomos adscritos a la misma e, incluso, al personal de las empresas públicas dependientes. En el ámbito personal de aplicación, se producen también algunas exclusiones, como las referidas a los trabajadores del servicio de salud correspondiente o a los altos cargos. La duración temporal de los convenios suele ser de cuatro años, si bien existen

ejemplos de tres o dos años. Se cumple también con el contenido obligatorio del convenio colectivo (comisiones paritarias), fijándose sistemas de clasificación profesional por grupos profesionales. La organización práctica del trabajo se atribuye a las facultades y responsabilidad de la Administración, regulándose algunos aspectos particulares de los sistemas de provisión de vacantes, del período de prueba, de la movilidad funcional y geográfica o de la modificación sustancial de condiciones. En cuanto al tiempo de trabajo, la jornada laboral ordinaria pactada oscila entre las 37 horas y 50 minutos y las 35 horas según las administraciones autonómicas. En materia salarial, no existe una estructura tipo compartida por los distintos convenios colectivos, siendo destacable la variedad de denominaciones de los complementos salariales.

En lo que toca a la Administración local, destaca una negociación colectiva de tres niveles diferenciados: la de ayuntamientos de capitales de provincia, la de otros municipios y la de las diputaciones provinciales. Esta negociación pone de relieve también la problemática en este ámbito, centrada así en la determinación de la eficacia geográfica derivada de la inexistencia de asociaciones empresariales que representen a las administraciones y los organismos autónomos implicados; en la delimitación de la eficacia personal del convenio (la exclusión de determinados trabajadores de obra o servicio cuya contratación trae causa de una subvención) o en relación con la organización del trabajo y el acceso al empleo del personal temporal. Destaca la negociación colectiva de reducción del tiempo de trabajo, así como una negociación muy homogénea en materia salarial. Queda sin resolver el problema del ejercicio de la negociación colectiva por los trabajadores empleados en municipios pequeños sin experiencia al respecto, sobre todo del lado de la legitimación para negociar de la Administración municipal, sin que ello se pueda resolver a través de la práctica, sin duda ilegal, de la aplicación al personal laboral del convenio colectivo sectorial privado más próximo a la tarea desarrollada, que ha sido criticado también por la jurisprudencia.

4. La negociación colectiva de los funcionarios públicos y sus peculiaridades

Con más razón y fundamento que en la negociación colectiva del personal laboral, la de los funcionarios públicos presenta bastantes peculiaridades derivadas de su mismo régimen jurídico regulador contenido en la Ley 9/1987. Contrasta así con el del régimen laboral y contiene especiali-

dades que afectan ahora a la mayor parte de los aspectos de su régimen jurídico.

4.1. Unidades de negociación

Frente a la libertad prevista para la negociación colectiva laboral, las unidades de negociación (denominadas *mesas de negociación* por la Ley 9/1987) no son fijadas por las partes negociadoras sino que vienen establecidas rígidamente por la ley, a modo de enunciado cerrado de ámbitos negociales en su artículo 31. Cada mesa tiene su competencia para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de su ámbito correspondiente, si bien está condicionada por la distribución de competencias entre las distintas administraciones públicas, reconociéndose una competencia residual a las mesas sectoriales.

La estructura de la negociación, así, destaca por la inexistencia de libertad de las partes para su fijación, por la centralización negocial a través de macrounidades supeditadas a la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado y por la verticalidad de las unidades de negociación, al configurar únicamente mesas sectoriales de negociación sin posibilidad para la negociación colectiva de franja o de un grupo de funcionarios públicos. De ahí que, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede obligar a la Administración pública, a petición del sindicato legitimado para negociar, a abrir un proceso de negociación no previsto en la Ley 9/1987 (STC 85/2001, de 26 de marzo).

4.2. Sujetos negociadores

La legitimación negocial del lado de los funcionarios públicos corresponde en exclusiva a los sindicatos, sin que los órganos de representación unitaria (juntas de personal y delegados de personal) puedan negociar colectivamente. La representación sindical se corresponde con la condición de sindicato más representativo, si bien existen lagunas legales evidentes respecto del número de miembros y el reparto de los puestos entre los sindicatos legitimados, que parece que debe ser proporcional a la representatividad alcanzada a través de los resultados electorales.

No existen tampoco reglas ordenadoras de la mesa negociadora, de forma que se viene manteniendo que ésta se constituye válidamente,

siendo igualmente válidos y de eficacia personal general sus pactos y acuerdos colectivos conseguidos, cuando todos los sindicatos legitimados hayan sido convocados y se les haya permitido asistir, con independencia de que lo hagan o no, bastando así con que un sindicato legitimado acuda a la llamada, lo que contrasta con la imposibilidad de una negociación colectiva extraestatutaria.

4.3. Contenido negocial

El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se regula en los artículos 32 y 34 de la Ley 9/1987, que distingue tres tipos de materias a efectos de negociación: las excluidas de la negociación y de la consulta, las que son objeto de consulta y las que son objeto de negociación. Las primeras son ya clásicas y afectan a las decisiones de las administraciones públicas relacionadas con sus potestades de organización, con el ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y con el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. Las segundas tienen que ver con la repercusión de las potestades de organización en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, siendo consultas preceptivas aunque no vinculantes, por lo que su incumplimiento invalidará el procedimiento de elaboración de la disposición administrativa, siendo ésta, de acuerdo con la jurisprudencia, nula de pleno derecho.

Por lo que se refiere a las materias objeto de negociación, la regulación contenida en el artículo 34 se refiere a un amplio conjunto de condiciones de trabajo y empleo que, sustancialmente, tiene que ver con el ingreso y promoción en la función pública (preparación y diseño de planes de oferta de empleo, clasificación de puestos de trabajo, programas y fondos de promoción interna, sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional, así como aquellas que afecten al acceso a la función pública), con las retribuciones (el incremento de las retribuciones que procede incluir en el proyecto de presupuestos generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes del ámbito autonómico y local; la determinación y aplicación de las retribuciones y las materias de índole económica); con las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (salud laboral, prestación de servicios); con la Seguridad Social (prestaciones y pensiones de clases pasivas, vertiente

asistencial); y con la materia sindical (derechos sindicales y de participación).

Este contenido integrador de la materia objeto de negociación de los funcionarios públicos mezcla materias negociables sometidas a reserva de ley material y materias típicas de negociación, que introduce confusión e inseguridad jurídica en su aplicación e interpretación.

Además, son de aplicación también los límites del Estatuto de la función pública (como sucede con la negociación colectiva laboral), si bien no existe aquí una autocalificación ni siquiera embrionaria de la naturaleza imperativa o dispositiva de los preceptos estatales, lo que abona a la negociación al conflicto. La jurisprudencia contencioso-administrativa le suele atribuir naturaleza de derecho imperativo absoluto, lo que hace prácticamente imposible en términos jurídicos la negociación colectiva de estas materias por los funcionarios públicos.

También existe un contenido mínimo a incluir en la negociación colectiva, tanto en los pactos como en los acuerdos colectivos, que son el resultado de aquélla, en términos parecidos a la negociación colectiva laboral, si bien adolecen de alguna previsión respecto de la denuncia de los pactos y acuerdos y de una comisión paritaria.

Desde luego, las limitaciones establecidas por las leyes de presupuestos en materia salarial son aplicables a esta negociación colectiva, que se muestran así imperativas de acuerdo con una ya reiterada jurisprudencia constitucional (STC 62/2001, de 1 de marzo, entre otras). De igual forma, no cabe negociar en materia de protección social, a excepción de los planes y fondos de pensiones, habiendo declarado la jurisprudencia constitucional la constitucionalidad de esta limitación (STC 237/1992, de 15 de diciembre).

4.4. Procedimiento de negociación

A diferencia de la negociación colectiva privada, la negociación colectiva de los funcionarios públicos se caracteriza por su obligatoriedad según el artículo 32 de la Ley 9/1987. De esta manera, el deber negociador proviene de la ley y no de la iniciativa negociador que pudiera formular alguna de las partes, pues la Administración no podrá determinar unilateralmente las condiciones de trabajo objeto de negociación sin haber intentado antes sin éxito su negociación. Lo que no queda resuelto es el problema derivado del incumplimiento del deber de negociar. En el caso de tratarse de una

disposición reglamentaria, podría defenderse su unidad, conclusión más difícil de trasladar cuando se trata de una ley, que quedaría probablemente en un efecto sancionatorio moral para la Administración incumplidora, abierta, en su caso, a acciones colectivas de conflicto. La negativa al deber de negociar por la parte sindical parece que debería equipararse a una falta de acuerdo, en cuyo caso la Administración procedería a establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios de manera unilateral en aplicación del artículo 37.2 de la Ley 9/1987.

Se prevé una apertura de negociaciones una vez al año, debiendo dar la Administración negociadora a sus representantes las instrucciones a que debe atenerse. Tampoco existe una previsión legal sobre el deber de negociar de buena fe, si bien sería aplicable este principio general, lo que engloba conductas obstaculizadoras de la negociación sobre las que existe una experiencia muy desarrollada en la negociación colectiva de empleo privado, sin alcanzar este deber la obligación de llegar a un acuerdo.

La terminación de la negociación sin acuerdo abre la puerta a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios por el Gobierno u órganos de gobierno de las correspondientes administraciones públicas, sin que se haya regulado hasta el momento un procedimiento de mediación que facilite la consecución del acuerdo. Y es que los instrumentos de solución extrajudicial de conflictos en esta materia y en este escenario de la negociación colectiva de los funcionarios públicos encuentran evidentes obstáculos normativos y funcionales para su aplicación, lo que requerirá un tratamiento normativo particular al respecto.

Tampoco existen reglas relativas a la adopción de los acuerdos, si bien se coincide en que estos últimos requerirán el asentimiento de las representaciones negociadoras, esto es, la mayoría de los sindicatos representados en la mesa de negociación y las reglas administrativas respecto de la formación de la voluntad de los órganos de la Administración.

El régimen regulador de la negociación colectiva reserva la denominación de pactos y acuerdos a los resultados de su ejercicio según se negocie sobre materias de la competencia estricta del órgano de la Administración negociador o del Consejo de Ministros, de los consejos de gobierno de las comunidades autónomas o de los plenos de las administraciones locales. De esta forma, para la validez o eficacia de los pactos colectivos bastará con la aprobación de ambas partes en la mesa de negociación; por el contrario, los acuerdos colectivos requieren la aprobación expresa de los órganos mencionados.

Un rasgo propio de esta negociación colectiva viene dado por la posibilidad reconocida a la Administración correspondiente de no aprobar el acuerdo, en cuyo caso regulará unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. No están claros los motivos o razones para esa desaprobación, que parece que se sitúan más en el terreno de la legalidad que en el de la oportunidad.

No hay previsión legal tampoco respecto de la eficacia de esta negociación colectiva, que ha sido colmada por la doctrina entendiendo que los pactos y acuerdos colectivos poseen eficacia jurídica normativa y eficacia personal aplicativa general a todos los funcionarios públicos representados en la mesa de negociación correspondiente. De ahí la posibilidad de ejercer acciones judiciales frente al incumplimiento de esa negociación por parte de la Administración pública. Lo que ya plantea mayores problemas es el incumplimiento del compromiso del Gobierno de presentar un proyecto de ley reclamado por la propia negociación, que podría merecer una actuación de conflicto colectivo o la exigencia de responsabilidad a la Administración incumplidora.

Son las partes las que fijan la duración de los pactos y acuerdos colectivos, si bien hay limitaciones en materia retributiva a favor de las leyes de presupuestos, que deben tener una vigencia anual. De igual forma, cabe la terminación *ante tempus* de la vigencia por mutuo acuerdo de las partes, por cambio radical de las circunstancias que sirvieron de base a la negociación o por incumplimiento de alguna de aquéllas.

El control de legalidad de esta negociación colectiva corresponde al orden jurisdiccional contencioso administrativo, sin que exista, a diferencia de la negociación laboral un procedimiento especial para la impugnación judicial, que deberá ejercitarse así por la vía del procedimiento especial en materia de personal, a no ser que esté comprometida la lesión de algún derecho fundamental. No parece, por último, que sea posible una negociación colectiva al margen de la Ley 9/1987, que difícilmente podría tener amparo en el artículo 37.1 de la CE en el presente caso.

5. Experiencias de negociación colectiva de los funcionarios públicos

La realidad negocial de los funcionarios públicos presenta una experiencia centrada básicamente en los ámbitos autonómico y local, pues han ido desapareciendo progresivamente los acuerdos a escala estatal, sin que se encuentre vigente pacto o acuerdo colectivo de funcionarios públicos a este nivel.

En el ámbito autonómico, destacan los referidos a las condiciones de trabajo y empleo en las administraciones de las comunidades autónomas, de carácter general y cuyos contenidos se centran básicamente en las materias de empleo, que incluye los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional y de preparación y diseño de la oferta de empleo público. No todos incluyen cláusulas relativas a la organización del trabajo y la totalidad de ellos incorporan pactos en materia retributiva estableciendo incrementos retributivos de conformidad con la legislación aplicable o mediante remisión a las normas de presupuestos, recogiendo, algunos, cláusulas de revisión, y otros no. Apenas se regula la estructura salarial, siendo más amplio el tratamiento relativo al tiempo de trabajo, especialmente para la reducción de jornada, habiendo referencias a la creación y dotación de fondos de acción social.

También existen experiencias de pactos y acuerdos sobre materias concretas, referido sobre todo a la implantación de las 35 horas semanales, vacaciones y permisos, útiles de trabajo, salud laboral, ingreso y promoción en la función pública, materia retributiva, cuestiones sindicales y de Seguridad Social.

Destaca también la negociación colectiva sectorial, particularmente la referida al sector sanitario, que experimentará sin duda un cambio con la nueva ordenación contemplada en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En el ámbito local, destacan los acuerdos y pactos colectivos de las diputaciones provinciales y de los ayuntamientos grandes, pero también pequeños. Suelen configurar con carácter general una regulación completa de los diversos aspectos de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. El problema fundamental que se plantea en este ámbito es el de la dificultad de dicha negociación en el ámbito municipal donde no existe un acuerdo propio de cada ayuntamiento, que se manifiesta en las dificultades para deducir y concretar la legitimación negocial de parte de la Administración, que no tiene una solución fácil en estos momentos.

6. Las posibilidades de negociación colectiva unitaria

Como se ha puesto de relieve por la doctrina, existe una tendencia en la negociación colectiva de empleo público, particularmente en el ámbito autonómico y local, a favor de una regulación unitaria de todo el personal laboral y funcional por esta vía. Se trata de una reacción a la doble relación jurídica del empleo público, que ha dado lugar a condiciones de tra-

bajo distintas en el desempeño de funciones idénticas según se tratase de personal laboral o funcionario.

Buena parte de estas experiencias han sido anuladas por la jurisdicción contencioso-administrativa al entender que la articulación unitaria de un pacto que integre conjuntamente al personal funcional y laboral resulta inviable por las diferencias de régimen jurídico de la negociación colectiva de uno y otro (STS de 22 de octubre de 1993 o de 9 de febrero de 1998, entre otras).

No obstante, la doctrina entiende que cabría una negociación colectiva unitaria para ambos tipos de personal con base en los principios de economía de procedimiento, de transparencia informativa y de igualdad de trato, logrando así una mayor eficiencia administrativa. Para ello sería necesario que las partes que negociaran conjuntamente fueran las legitimadas por la Ley 9/1987 y por el ET, que se respetasen las normas de procedimiento en la negociación y el derecho imperativo relativo a ese personal respecto del contenido de la negociación, debiendo formalizarse el acuerdo en dos instrumentos separados para su identificación y publicación, siendo igualmente distinta la vía judicial para su impugnación.

Existen así experiencias negociadoras en la Administración autonómica de esta negociación unitaria, aunque no es muy frecuente. Las fórmulas utilizadas son básicamente dos: la suscripción de un pacto o acuerdo de carácter institucional entre la Administración autonómica y los sindicatos más representativos, que abordan y cierran todos los aspectos de la materia objeto de negociación, condicionando su aplicación práctica a la potestad normativa de la comunidad autónoma o a futuros acuerdos; o un acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración autonómica que incluye en su ámbito de aplicación, también, al personal laboral.

7. La insuficiencia legal y la necesidad de un nuevo régimen jurídico de la negociación colectiva en el empleo público

Las consideraciones anteriores ponen de manifiesto, como ha señalado también la doctrina, que el marco jurídico regulador de esta negociación colectiva adolece de defectos importantes desde el punto de vista sistemático, de la ausencia normativa en aspectos trascendentales y de la existencia de cuestiones problemáticas abiertas al conflicto, que conducen a una evidente inseguridad jurídica.

Prueba de todo ello ha sido la impactante Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000, que sometió a una profunda sacudida principios y fundamentos de distintos sectores del ordenamiento jurídico. La corrección de esta doctrina por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 ha revisado la totalidad de sus planteamientos, pero quedan sin resolver todavía buena parte de las cuestiones planteadas.

Las peculiaridades del ejercicio de la negociación colectiva del personal laboral y las deficiencias del marco jurídico regulador de la del personal funcionarial siguen estando presentes en el conjunto del sistema de la negociación colectiva en el empleo público, que deberían ser atendidas y resueltas en el eternamente anunciado, pero no aprobado, Estatuto básico de la función pública. La doctrina ha planteado igualmente las insuficiencias del anteproyecto de este texto, mostrándose partidario incluso del reconocimiento de una relación laboral especial para el personal laboral al servicio de las administraciones públicas. El debate sigue estando, por tanto, presente y sus soluciones todavía con interrogante.

La prevención de riesgos laborales en la Administración civil y militar

José Ignacio García Ninet

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
de la Universidad de Barcelona*

1. Previa.
2. La adaptación de la prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.
3. La adaptación de la prevención de riesgos laborales a los centros y establecimientos militares.
4. De la peculiar intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de la Administración pública.
5. Resolución de 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Acuerdo Administración-sindicatos para la modernización y mejora de la Administración pública (BOE de 18 de noviembre de 2002).

1. Previa

1. La inclusión de estos colectivos en el ámbito de aplicación subjetivo (artículo 3) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (para lo sucesivo, LPRL) fue una de sus principales llamadas de atención en la medida en que mostraba a las claras su tendencia a la generalidad, y ello sin perjuicio, como es obvio, del papel que a la Administración como tal le corresponde como motor, impulsor y controlador del efectivo desarrollo y cumplimiento de toda esta normativa, dado que sin ella nada será posible. Quedó de manifiesto el compromiso de los poderes públicos para lograr que la prevención de riesgos laborales estuviera presente en todas partes en que se diera una prestación por cuenta ajena,

tanto en el sector privado como público, tanto de personal regulado por el Estatuto de los trabajadores (aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en lo sucesivo ET), como el personal vinculado con las administraciones públicas mediante una relación de carácter administrativo o estatutario, así como, en su caso, al personal civil que preste sus servicios en centros y establecimientos militares, aparte de otros supuestos que no vamos a tratar.

2. No obstante lo anterior, y como seguidamente veremos, pese a tantas esperanzas como se depositaron inicialmente, una vez más la Administración pública, que es la que en última instancia obliga y en su caso puede sancionar y sanciona a los privados o particulares, por las razones que fuere, que no son del caso tratar aquí y ahora de desentrañar, fue renuente y recalcitrante a la hora de cumplir ella misma con su propio personal las obligaciones dimanantes de la citada LPRL. Dado que la aplicación de la LPRL estuvo y está condicionada a los reglamentos de desarrollo, si éstos no se producen o se producen deficientemente la aplicación se imposibilita o se retrasa.

3. El inicial cumplimiento de esta obligación legal no tuvo lugar hasta la aprobación del Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado (BOE de los días 17 y 31 de julio de 1998) y del Real decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, de adaptación de los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares (BOE de 18 de septiembre).

4. Pero la sola norma no es bastante si, faltando como falta la cultura de la prevención –que por desgracia no acaba de cuajar en nuestro país– y la voluntad de cumplir materialmente la LPRL, falta, además, la adecuada dotación de medios materiales, económicos y humanos debidamente preparados para asumir retos tan nuevos e importantes y de no poca alta exigencia en cuanto a formación técnica especializada. Ha habido, pues, gran retraso no sólo en el cumplimiento de las obligaciones de constitución de los servicios de prevención propios, sino también en las evaluaciones de riesgos, como se reconoce claramente en el BOE (acuerdos entre la Administración y los sindicatos de 15 de noviembre de 2002 para 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración pública), como posteriormente verificaremos.

5. De conformidad con el artículo 9 de la LPRL, corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y el

control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Sin embargo, la normativa de intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, constituida por el Real decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (BOE de 31 de julio), es altamente permisiva, dando un trato de favor a los incumplimientos de la Administración, olvidándose de las infracciones de los responsables de los organismos públicos, como, igualmente, tendremos ocasión de constatar.

6. En otro orden de cosas, se previene (artículo 9.1 de la LPRL) que la Administración General del Estado y, en su caso, las administraciones autonómicas podrán adoptar las medidas precisas para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en sus respectivos ámbitos de competencia.

En el ámbito de la Administración General del Estado, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo apoyará y colaborará con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de su función de vigilancia y control prevista en el apartado anterior.

7. De conformidad con la disposición adicional tercera.² de la LPRL, respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas, esta ley es norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución. Con ello se confirma, como anticipaba antes, la vocación de universalidad de la LPRL, en cuanto dirigida a abordar, de manera global y coherente, el conjunto de los problemas derivados de los riesgos relacionados con el trabajo, cualquiera que sea el ámbito en el que el trabajo se preste. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la LPRL incluye tanto a los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto, como al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas, sin más exclusiones que las correspondientes, en el ámbito de la función pública, a determinadas actividades de policía, seguridad, resguardo aduanero, peritaje forense y protección civil (artículo 3.2 de la LPRL), cuyas particularidades impidan la aplicación de la ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades.

Por todo ello –se dirá en la misma ley–, cuando en la LPRL se haga referencia a trabajadores y empresarios, se entenderán también comprendidos en estos términos, respectivamente, de una parte, el personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios, en los términos expresados en la disposición adicional tercera de esta ley, aparte del personal civil al servicio de la Administración militar. No debe olvidarse que al servicio de la Administración pública civil y militar se prestan infinidad de trabajos en los más diversos niveles de peligrosidad.

8. Dentro del capítulo III de la LPRL, que trata de los derechos y obligaciones, el artículo 14, referido al derecho a la protección frente a los riesgos laborales, recoge que los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, y que el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Pues bien, tal deber de protección constituye, igualmente, un deber de las administraciones públicas respecto del personal a su servicio (artículo 14.1, párrafo tercero).

2. La adaptación de la prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado

9. El objeto del Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, no es otro que el de adaptación a la Administración General del Estado no sólo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, sino también y muy especialmente, del Real decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención (en lo sucesivo, RSP). A tal efecto se parte de la idea de la integración de la prevención de los riesgos laborales dentro del conjunto de actividades y decisiones de la Administración General del Estado, de la potenciación y utilización de los recursos propios de la Administración pública, y de la adecuación de su contenido a las peculiaridades organizativas y sistema especial de participación del personal al servicio de la Administración.

10. El ámbito de aplicación del Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, es el siguiente:

a) Personal funcionario o estatutario al servicio de la Administración General del Estado y organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

b) En los establecimientos penitenciarios, las actividades cuyas características justifiquen una regulación especial serán objeto de adaptación de conformidad con el artículo 3.3 de la LPRL.

c) En los centros y establecimientos militares será de aplicación lo previsto también en el artículo 3.3 de la LPRL y en la normativa prevista en la disposición adicional novena de la misma (*vid. infra* su tratamiento).

d) Será de aplicación lo previsto en el artículo 3.2 de la LPRL para aquellas actividades cuyas particularidades así lo determinen en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad, resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública.

11. En materia de servicios de prevención, como sabemos, el artículo 31 de la LPRL señala que si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, con el alcance que se establezca en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente ley, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario. Y, de modo concreto, se acaba indicando que “Para el establecimiento de estos servicios en las administraciones públicas se tendrá en cuenta su estructura organizativa y la existencia, en su caso, de ámbitos sectoriales y descentralizados”.

Según el citado RSP, en su disposición adicional cuarta, en el ámbito de las administraciones públicas, la organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas y la definición de las funciones y los niveles de cualificación del personal que las lleve a cabo se realizará en los términos que se regulen en la normativa específica que al efecto se dicte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31, apartado 1, y en la disposición adicional tercera de la LPRL, y en la disposición adicional primera de este RSP, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, en los términos señalados en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

En defecto de la citada normativa específica, resultará de aplicación lo dispuesto en este reglamento.

12. El Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, que estamos analizando, previene en su artículo 6 que, en cumplimiento del deber de prevención

de riesgos profesionales, los órganos competentes determinarán, previa consulta con los representantes del personal y en función de la estructura organizativa y territorial de sus organismos, así como del tipo de riesgos presentes en el sector y la incidencia de los mismos en los empleados públicos, la modalidad de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas más ajustado a sus características, potenciando la utilización de los recursos propios existentes en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, que tengan personal funcionario o estatutario a su servicio, señalados en el artículo 2.1 de esta disposición.

La organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas se realizará por los órganos competentes con arreglo a alguna de las modalidades siguientes (especificando así lo previsto en los artículos 30 y 31 de la LPRL y 10 y ss. del RSP):

- a) Constituyendo un servicio de prevención propio.
- b) Designando a uno o varios empleados públicos para llevarla a cabo.
- c) Recurriendo a un servicio de prevención ajeno.

Obviamente se omite toda referencia a la asunción personal de la actividad por parte del empresario, pues en modo alguno concurren los requisitos del artículo 30.5 de la LPRL y/u 11 del RSP.

13. Se deberá crear un servicio de prevención propio, con posibilidad de asunción parcial de la actividad preventiva por un servicio de prevención ajeno, cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a) En los departamentos ministeriales y organismos públicos que cuenten en una provincia con centros de trabajo con más de 500 empleados públicos, y en aquellos que tengan entre 250 y 500 empleados públicos y desarrollen alguna de las actividades incluidas en el *anexo I* del *Real decreto 39/1997, de 17 de enero*, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención [este mismo requisito lo encontramos en el artículo 14.b) del RSP].

No obstante lo anterior, también se podrá constituir un servicio de prevención propio para más de una provincia en los departamentos ministeriales y organismos públicos, cuando cuenten, en el conjunto de ellas, con más de 500 empleados públicos, o tengan entre 250 y 500 empleados públicos y desarrollen alguna de las actividades incluidas en el *anexo I* del Reglamento de los servicios de prevención, previo informe de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de aplicación del presente real decreto y de acuerdo con lo establecido en el *artículo 3.4* del mismo.

b) Y cuando así se considere necesario en los departamentos ministeriales, organismos públicos y centros de trabajo, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia y gravedad de la siniestralidad o del volumen de efectivos de los centros de trabajo.

Dicho servicio de prevención propio habrá de contar, como mínimo (dada la cantidad de trabajadores debería llegarse a lo máximo), con dos de las especialidades o disciplinas preventivas previstas en el *artículo 34* del Reglamento de los servicios de prevención (medicina del trabajo, seguridad en el trabajo, higiene industrial, y ergonomía y psicología aplicada) desarrolladas por expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar, según lo establecido en el *capítulo VI* del citado reglamento (donde se recogen las funciones de nivel básico –*artículo 35*–, funciones de nivel intermedio –*artículo 36*– y funciones de nivel superior –*artículo 37*–).

14. En los demás casos, se deberá designar a uno o varios empleados públicos para ocuparse de la actividad preventiva, que podrían completar al servicio de prevención en un ámbito determinado. Cuando se opte por la *designación de empleados públicos* para la realización de actividades de prevención, ésta deberá ser consultada con los órganos de representación del personal, al igual que sucede en el ámbito privado en donde se consulta a los trabajadores o a los representantes de los trabajadores (*artículo 33* de la LPRL).

15. En aquellos casos en que las peculiaridades de la organización lo requieran, de acuerdo con los representantes de personal, se podrá recurrir a *uno o varios servicios de prevención ajenos*, que colaborarán entre sí cuando sea necesario, debiendo cumplir con lo establecido en los *artículos 17 a 19* del RSP (que tratan de los requisitos exigibles a las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención, los recursos materiales y humanos de dichas entidades y las funciones de dichas entidades) y realizarse el concierto según su *artículo 20*, previo informe de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de aplicación del presente real decreto y de acuerdo con lo establecido en el *artículo 3.4* del mismo.

16. Podrá acordarse la constitución de *servicios de prevención mancomunados* entre aquellos departamentos ministeriales y organismos públicos que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo edificio o en un área geográfica limitada, de conformidad con lo establecido en el *artículo 21* del RSP.

17. Como trasunto del artículo 24 de la LPRL (que regula el tema de la coordinación de actividades empresariales a efectos de prevención de riesgos laborales), se dispone que, cuando en un mismo edificio desarrollen actividades trabajadores de otra u otras administraciones públicas o de otra u otras empresas o autónomos, se deberán adoptar los instrumentos necesarios para que tales administraciones o empresarios reciban la información y las instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en ese centro de trabajo, las medidas de protección y prevención correspondientes, y de emergencia a utilizar, para su traslado a sus respectivos trabajadores, y establecer los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a todo ello.

18. Según el Real decreto 1488/1998, de 10 de julio (disposición transitoria primera), los servicios de prevención de los hospitales y centros sanitarios que se creen podrán incorporar a los profesionales sanitarios que en la actualidad prestan sus servicios en las unidades de medicina preventiva, con titulación oficial de medicina preventiva y salud pública o de ATS/DUE, que acrediten en la actualidad o puedan acreditar en el plazo máximo de cinco años desde su incorporación la formación que habilite para el desempeño de las funciones de nivel superior a que se refieren los artículos 34 y 37 del Real decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención.

Las nuevas incorporaciones que sea necesario realizar en virtud de la aplicación de los criterios oficialmente aprobados por la autoridad competente para determinar el número mínimo de profesionales sanitarios de que debe constar cada uno de los servicios de prevención, se efectuarán con facultativos especialistas en medicina del trabajo, diplomados en medicina de empresa o ATS de empresa. El mismo criterio se aplicará a las incorporaciones que se produzcan en el futuro, con motivo de la cobertura de vacantes de personal sanitario en los servicios de prevención.

19. Asimismo, la disposición transitoria segunda del Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, dispone que, sin perjuicio de la realización de las actividades preventivas establecidas en la legislación vigente, deberán estar constituidos en el plazo máximo de un año, a partir de la entrada en vigor del presente real decreto, los servicios de prevención propios de aquellas provincias en las que un departamento ministerial u organismo público con estructura periférica cuente con más de cincuenta centros de trabajo.

20. En materia de consulta y participación de los trabajadores (artículo 33 de la LPRL), hay que tener en cuenta que el empresario deberá consul-

tar a los trabajadores, con la debida antelación, sobre la adopción de una serie de decisiones relativas a:

a) La planificación y organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.

b) La organización y el desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo.

c) La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia.

d) Los procedimientos de información y documentación a que se refieren los artículos 18, apartado 1, y 23, apartado 1, de la LPRL.

e) El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva.

f) Cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.

En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, las consultas a que se refiere el apartado anterior se llevarán a cabo con dichos representantes, por lo que resulta de interés la Instrucción de 26 de febrero de 1996, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, que trata de adecuar este capítulo V a la Administración del Estado.

21. Por otro lado, los trabajadores, según el artículo 34 de la LPRL, tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo.

A tal efecto, a los comités de empresa, a los delegados de personal y a los representantes sindicales les corresponde, en los términos que, respectivamente, les reconocen el Estatuto de los trabajadores, *la Ley de órganos de representación del personal al servicio de las administraciones públicas* y *la Ley orgánica de libertad sindical*, la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Para ello, los representantes del personal ejercerán las competencias que dichas normas establecen en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes.

Hay que significar que el derecho de participación que se regula en este capítulo V de la LPRL se ejercerá en el ámbito de las administraciones públicas con las adaptaciones que procedan en atención a la diversidad de las actividades que desarrollan y las diferentes condiciones en que éstas se realizan, la complejidad y dispersión de su estructura organizativa y sus peculiaridades en materia de representación colectiva, en los términos previstos en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pudiéndose establecer ámbitos sectoriales y descentralizados en función del número de efectivos y centros.

Ahora bien, para llevar a cabo la indicada adaptación en el ámbito de la Administración General del Estado, el Gobierno tendrá en cuenta los siguientes criterios:

a) En ningún caso dicha adaptación podrá afectar a las competencias, facultades y garantías que se reconocen en esta ley a los delegados de prevención y a los comités de seguridad y salud.

b) Se deberá establecer el ámbito específico que resulte adecuado en cada caso para el ejercicio de la función de participación en materia preventiva dentro de la estructura organizativa de la Administración. Con carácter general, dicho ámbito será el de los órganos de representación del personal al servicio de las administraciones públicas, si bien podrán establecerse otros distintos en función de las características de la actividad y frecuencia de los riesgos a que puedan encontrarse expuestos los trabajadores.

c) Cuando en el indicado ámbito existan diferentes órganos de representación del personal, se deberá garantizar una actuación coordinada de todos ellos en materia de prevención y protección de la seguridad y la salud en el trabajo, posibilitando que la participación se realice de forma conjunta entre unos y otros, en el ámbito específico establecido al efecto.

d) Con carácter general, se constituirá un único comité de seguridad y salud en el ámbito de los órganos de representación previstos en la Ley de órganos de representación del personal al servicio de las *administraciones públicas*, que estará integrado por los delegados de prevención designados en dicho ámbito, tanto para el personal con relación de carácter administrativo o estatutario como para el personal laboral, y por representantes de la Administración en número no superior al de delegados. Ello no obstante, podrán constituirse comités de seguridad y salud en

otros ámbitos cuando las razones de la actividad y el tipo y frecuencia de los riesgos así lo aconsejen.

Así, pues, según el Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado (artículo 3), a las juntas de personal, comités de empresa, delegados de personal y representantes sindicales, les corresponden las funciones a las que se refiere el artículo 34.2 de la LPRL.

22. En punto a los delegados de prevención (artículo 35 de la LPRL), que son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo, cabe recordar que en la negociación colectiva o mediante los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los trabajadores podrá acordarse que las competencias reconocidas en esta ley a los delegados de prevención sean ejercidas por órganos específicos creados en el propio convenio o en los acuerdos citados. Tales órganos podrán asumir, en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden, competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. Igualmente, en el ámbito de las administraciones públicas se podrán establecer, en los términos señalados en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, otros sistemas de designación de los delegados de prevención y acordarse que las competencias que esta ley atribuye a éstos puedan ser ejercidas por órganos específicos.

23. Nada hay de específico en cuanto se refiere a competencias y facultades de los delegados de prevención (artículo 36 de la LPRL). Y en este sentido el *Real decreto 1488/1998, de 10 de julio*, nos dirá que corresponden a los delegados de prevención las competencias y facultades establecidas en el artículo 36 de la LPRL (que trata de las competencias y facultades de los delegados de prevención). Sin embargo, por lo que se refiere a garantías y sigilo profesional de los delegados de prevención (artículo 37), se indica que lo dispuesto en el presente artículo en materia de garantías y sigilo profesional de los delegados de prevención se entenderá referido, en el caso de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas, a la regulación contenida en los artículos 10, párrafo segundo, y 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones

de trabajo y participación del personal al servicio de las *administraciones públicas*.

Los delegados de prevención serán designados por los representantes del personal con presencia en los ámbitos de los órganos de representación del personal y entre, por una parte, aquellos funcionarios que sean miembros de la junta de personal correspondiente y, por otra, los representantes del personal laboral miembros del comité de empresa o delegados de personal, pudiendo acordarse otro sistema de designación conforme a lo previsto en el artículo 35.4 de la LPRL.

El número de los delegados de prevención que podrán ser designados para cada uno de ambos colectivos de personal se ajustará a la escala establecida en el artículo 35.2 de la LPRL.

Los delegados de prevención que sean representantes del personal contarán en el ejercicio de sus funciones con las *garantías* inherentes a su condición representativa.

El *tiempo utilizado* por los delegados de prevención para el desempeño de las funciones previstas en el artículo 36 de la LPRL será considerado como de ejercicio de funciones de representación, a efectos de utilización del crédito de horas mensuales retribuidas previsto en el párrafo e) del artículo 68 del ET, y en el párrafo d) del artículo 11 de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, y en el artículo 10.3 de la Ley orgánica de libertad sindical.

Será considerado, en todo caso, como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por la Administración en materia de prevención de riesgos laborales, así como el destinado a las visitas previstas en los párrafos a) y c) del artículo 36.2 de la LPRL.

Los órganos competentes proporcionarán a los delegados de prevención los medios y formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones, una vez consultados los representantes del personal.

La formación se deberá facilitar por la Administración por sus propios medios o mediante concierto con organismos, entidades especializadas en la materia u organizaciones sindicales acreditadas. No obstante lo dicho, no parece, en principio, que la Administración pública debiera acudir a medios ajenos, o sea, privados, para esta misión para la que cuenta

con suficiente plantilla de expertos, funcionarios o no, en las diversas ramas de la prevención.

El tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos. Lo mismo que se establece con carácter general en el artículo 19.2 *in fine* de la LPRL y en el 19.4 del ET, y con alcance específico en el artículo 37.2, párrafo 3, de la LPRL.

24. En materia de comités de seguridad y salud, a que se refieren los artículos 38 y 39 de la LPRL, el Real decreto 1488/1998, de 10 de julio (artículo 3.3), señala que los comités de seguridad y salud tienen las competencias y facultades establecidos en el artículo 39 de la LPRL (que trata de las competencias y facultades del Comité de Seguridad y Salud), y (artículo 3.4) que en los términos previstos en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, se podrá acordar la creación de un órgano específico de participación de las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de aplicación de este real decreto en todo lo relacionado con la aplicación de la legislación en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito citado, con las competencias, funciones y composición que en el acuerdo se determinen.

El Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella que tengan personal funcionario o estatutario a su servicio señalados en el artículo 2.1, en materia de prevención de riesgos laborales (trasunto de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LPRL).

Con carácter general, *en cada provincia* (en el artículo 38.2 de la LPRL se prevé la constitución en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con cincuenta o más trabajadores) se constituirá un comité de seguridad y salud, que dependerá de la Subdelegación del Gobierno, debiendo los titulares de los servicios no integrados prestar toda la colaboración que precisen los subdelegados del Gobierno para facilitar su constitución. El citado comité estará formado por los delegados de prevención designados conforme al artículo 4 del presente real decreto y por representantes de la Administración en número no superior al de delegados. La estructura se nos antoja compleja y lejana de las realidades sobre las que conviene actuar.

Sin embargo, en aquellos casos en que la complejidad y dispersión de la estructura organizativa y el tipo de actividad así lo aconsejen, se podrá constituir un comité de seguridad y salud en un departamento ministerial u organismo público, cuando cuente con cincuenta o más empleados públicos en la provincia, de conformidad con los artículos 34.3 y 38.2 de la LPRL. Habrá que ver como se articula aquí no solo la propuesta de creación de estos comités satélites, sino las razones que justifiquen la creación de estos órganos en plural, aparte de que habrá que ver también cómo se coordinan entre ellos, posiblemente por la vía del comité intercentros.

En *aquellas provincias en que existan edificios de servicios múltiples* podrá constituirse un único comité de seguridad y salud por edificio.

Los representantes de los empleados públicos en el Comité de Seguridad y Salud serán la totalidad de delegados de prevención del personal funcionario y laboral existentes en el ámbito correspondiente.

En las reuniones del Comité de Seguridad y Salud participarán, con voz, pero sin voto, los delegados sindicales, los asesores sindicales, en su caso, y los responsables técnicos de prevención en el ámbito correspondiente. En las mismas condiciones podrán participar el personal que cuente con una especial cualificación o información respecto de concretas cuestiones que se debatan en este órgano y técnicos en prevención ajenos a la Administración General del Estado, siempre que así lo solicite alguna de las representaciones del comité. Nos encontramos ante la precisión de lo que hace el artículo 38.2, tercer párrafo, de la LPRL, dando entrada así a otros expertos, con lo que mejora la participación y el tratamiento de los temas, contando con expertos que pueden ser ajenos a la propia Administración.

El Comité de Seguridad y Salud se reunirá trimestralmente y siempre que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo. El Comité de Seguridad y Salud adoptará sus propias normas de funcionamiento (se reitera el contenido del artículo 38.3, párrafo 1, de la LPRL).

Los departamentos ministeriales y organismos públicos que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud podrán acordar con su personal la creación de un *comité intercentros*, con las funciones que el acuerdo le atribuya (se reitera, igualmente, el contenido del artículo 38.3, párrafo 2, de la LPRL).

25. En materia de infracciones administrativas (artículo 45 de la LPRL), se precisa que en el ámbito de la Administración General del Estado, corresponderá al Gobierno la regulación de dicho procedimiento, que se ajustará a los siguientes principios:

a) El procedimiento se iniciará por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal.

b) Tras su actuación, la Inspección efectuará un requerimiento sobre las medidas a adoptar y el plazo de ejecución de las mismas, del que se dará traslado a la unidad administrativa inspeccionada a efectos de formular alegaciones.

c) En caso de discrepancia entre los ministros competentes como consecuencia de la aplicación de este procedimiento, se elevarán las actuaciones al Consejo de Ministros para su decisión final.

La normativa específica está constituida por el Real decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (BOE de 31 de julio). *Vid. infra*.

26. Sobre los planes de organización de actividades preventivas (disposición adicional octava de la LPRL), se dispuso que cada departamento ministerial, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LPRL y previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, elevaría al Consejo de Ministros una propuesta de acuerdo en la que se estableciera un plan de organización de las actividades preventivas en el departamento correspondiente y en los centros, organismos y establecimientos de todo tipo dependientes del mismo.

A la propuesta deberá acompañarse necesariamente una memoria explicativa del coste económico de la organización propuesta, así como el calendario de ejecución del plan, con las previsiones presupuestarias adecuadas a éste.

27. En punto a la cuestión de la auditoría externa, cabe recordar que, según ordena el artículo 30.3 de la LPRL, el empresario que no hubiere concertado el servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa (precisamente por esta decisión de autoorganización) deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Según el Real decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el RSP (que regula el tema de las auditorías en sus artículos 29 a 33), en su disposición adicional cuarta, no serán de aplicación a las administraciones públicas las obligaciones en materia de auditorías contenidas en el capí-

tulo V de este RSP, por lo que habrá que estar a la regulación específica, pues no estamos ante una empresa privada. Será la normativa específica prevista la que deberá establecer los adecuados instrumentos de control al efecto.

Así, pues, según el Real decreto 1488/1998, de 10 de julio, en el ámbito de la Administración General del Estado cada sistema de prevención (o sea, todos los sistemas, no sólo los servicios de prevención propios) deberá someterse al control periódico mediante *auditorías o evaluaciones* (artículo 8), y en cualquier caso, una vez finalizado el proceso de evaluación de riesgos (no se indica *a priori* cada cuantos años deberán llevarse a cabo, como sí dispone el artículo 29.2 del RSP cada cinco años, o cuando así lo requiera la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, etcétera).

Su realización corresponderá al Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, como organismo científico-técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y el apoyo a la mejora de las mismas. No interviene, pues, ninguna entidad privada como son las empresas de auditorías previstas en los artículos 32 y 33 del RSP, pues no parece procedente por dos razones principales: *a)* por lo que supondría auditar los privados a los organismos públicos, y *b)* por cuanto el INSHT es el órgano por excelencia habilitado para auditar con solvencia y garantías científicas y técnicas tanto a los entes públicos como privados, pues es el que se dedica a la prevención de riesgos con máximo nivel y el que cuenta con los medios materiales y técnicos más idóneos, aparte de larga experiencia contrastada nacional e internacionalmente para ello. Esta competencia se entenderá sin perjuicio de las que corresponden al Consejo de Seguridad Nuclear de acuerdo con su legislación específica.

La *auditoría*, como instrumento de gestión que ha de incluir una evaluación sistemática, documentada y objetiva de la eficacia del sistema de prevención, deberá ser realizada de acuerdo con las normas técnicas establecidas o que puedan establecerse y teniendo en cuenta la información recibida de los empleados públicos, y tendrá como objetivos:

a) Comprobar cómo se ha realizado la evaluación inicial y periódica de los riesgos, analizar sus resultados y verificarlos, en caso de duda.

b) Comprobar que el tipo y planificación de las actividades preventivas se ajusta a lo dispuesto en la normativa general, así como a la normativa

sobre riesgos específicos que sea de aplicación, teniendo en cuenta los resultados de la evaluación.

c) Analizar la adecuación entre los procedimientos y medios requeridos para realizar las actividades preventivas y los recursos de que dispone el organismo público, propios o concertados, teniendo en cuenta, además, el modo en que están organizados o coordinados, en su caso (contenido similar al recogido en el artículo 30 del RSP).

Los resultados de la auditoría se reflejarán en un informe en el que se incluirán propuestas tendentes a la mejora de los servicios de prevención.

Dicho informe se mantendrá a disposición de la autoridad laboral competente y una copia del mismo se entregará a los representantes de los trabajadores (contenido similar al recogido en el artículo 31 del RSP).

Para el desarrollo de esta función de control, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo contará con la colaboración de la Inspección General de Servicios de la Administración Pública y de las inspecciones de servicios de cada departamento ministerial u organismo público. En las instituciones sanitarias públicas, dicha colaboración podrá ser realizada por la inspección sanitaria (*vid.* parecidas consideraciones para el ámbito privado en el artículo 32.3 del RSP).

28. Finalmente, decir que, de conformidad con la disposición adicional cuarta del RSP, las referencias a la negociación colectiva y a los acuerdos a que se refiere el artículo 83.3 del ET contenidas en este reglamento se entenderán referidas, en el caso de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas, a los acuerdos y pactos que se concluyan en los términos señalados en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

3. La adaptación de la prevención de riesgos laborales a los centros y establecimientos militares

29. El Real decreto 1932/1998, de 11 de septiembre, regula la adaptación de los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares (BOE de 18 de septiembre).

La disposición adicional novena de la LPRL habilita al Gobierno para que, previa consulta con las organizaciones sindicales más representati-

vas y a propuesta de los ministros de Defensa y de Trabajo y Asuntos Sociales, adapte las normas de los capítulos III y V de dicha ley a las exigencias de la defensa nacional, a las peculiaridades orgánicas y al régimen vigente de representación del personal en los establecimientos militares.

Pues bien, este real decreto, aprobado al amparo de la citada disposición adicional novena de la LPRL, es el que viene a regular la adaptación de las normas de los capítulos III y V de la LPRL, sobre derechos y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y de consulta y participación de los trabajadores, para su aplicación en el ámbito de las relaciones de trabajo del personal laboral y funcionarios civiles que prestan sus servicios en establecimientos dependientes de la Administración militar (artículo 1).

A tal efecto, los temas objeto de tratamiento específico son los siguientes, que se exponen siguiendo el mismo orden de la normativa de referencia.

30. En materia de riesgos graves e inminentes (artículo 2, en confrontación con el artículo 21 de la LPRL), hay que anticipar que aquí no cabe la paralización de la actividad por decisión unilateral de los propios trabajadores o de sus representantes, que sí que cabe en el artículo 21.3 de la LPRL). Por ello se previene que cuando el personal civil esté o pueda estar expuesto a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, el jefe del establecimiento estará obligado a:

a) Informar lo antes posible a todos los afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección.

b) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, el personal civil pueda interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar inmediatamente su lugar de trabajo. En este supuesto, no podrá exigirse al personal civil que reanude su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción basada en función de los intereses o seguridad de la defensa.

c) Disponer lo necesario para que el personal civil que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro (hasta aquí el tratamiento que hace el artículo 2.1 del Real decreto 1932/1998 es idéntico al contenido del artículo 21.1 de la LPRL)

El personal civil tendrá derecho a interrumpir su actividad y a abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud, *poniéndolo en conocimiento inmediato de su superior jerárquico* (solamente el subrayado es nuevo en relación con el artículo 21.2. de la LPRL, y halla su justificación, qué duda cabe, en la especialidad del centro de trabajo y en los intereses generales de la defensa, así como, posiblemente, en la entidad y gravedad del riesgo para propios y extraños). Tema que habrá que sopesar es el de la tipología de los riesgos (genéricos o específicos de este sector tan peculiar de la actividad laboral) para completar así la interpretación y ajuste de las definiciones que nos ofrece el artículo 4 de la LPRL. El personal civil no podrá sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas a que se refieren los apartados 1.c) y 2 anteriores, a menos que hubiese obrado de mala fe o cometido negligencia grave (texto idéntico al del artículo 21.4 de la LPRL).

Así, pues, se omite todo el contenido del artículo 21.3 de la LPRL, por lo que, como antes se dijo, los afectados no pueden por ellos mismos acordar la paralización de las actividades de la empresa pese al riesgo grave e inminente.

31. En tema de consulta de los trabajadores, que regula el artículo 3 del Real decreto 1932/1998, hay que advertir que este precepto trae su causa del artículo 33 de la LPRL, pero no incluye el contenido de su número 2, que es el que señala que “En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, las consultas a que se refiere el apartado anterior se llevarán a cabo con dichos representantes”.

Así, pues, el jefe del establecimiento militar deberá consultar al personal civil, con la debida antelación y a través de los órganos previstos en el presente real decreto, la adopción de las decisiones relativas a:

a) La planificación y la organización del trabajo en el establecimiento y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y salud de los trabajadores, derivados de la elección de equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo, *sin que, en ningún caso, se pueda paralizar, retrasar o entorpecer la ejecución de aquellas decisiones que se adopten en función de los intereses o seguridad de la defensa* [el subrayado no existe en el artículo 33.a) de la LPRL, o sea, que es la especialidad de este Real decreto 1932/1998].

b) La organización y el desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en el establecimiento, incluida la designación del personal encargado de dichas actividades, o el recurso a un servicio de prevención externo [de contenido idéntico al artículo 33.1.b) de la LPRL].

c) La designación del personal encargado de las medidas de emergencia [de contenido idéntico al artículo 33.1.c) de la LPRL].

d) Los procedimientos de información y documentación a que se refieren los artículos 18, apartado 1, y 23, apartado 1, de la Ley 31/1995 [de contenido idéntico al artículo 33.1.d) de la LPRL].

e) El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva [de contenido idéntico al artículo 33.1.e) de la LPRL].

f) Cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud del personal [de contenido idéntico al artículo 33.1.f) de la LPRL, salvo que en lugar de referirse al personal la LPRL se refiere a los trabajadores].

32. En cuestión de delegados de prevención, y siguiendo la estela del artículo 35 de la LPRL, el artículo 4 del Real decreto 1932/1998 prescribe que los delegados de prevención son los representantes del personal civil con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo.

Ahora bien, el ámbito para el ejercicio de la función de representación en materia preventiva será el conjunto de personal funcionario civil y laboral destinado en cada establecimiento.

El número de delegados de prevención será el que resulte de aplicar la escala establecida en el artículo 35.2 de la LPRL al conjunto del personal funcionario civil y laboral destinado en cada establecimiento del Ministerio de Defensa, advirtiendo que no se cita para nada el punto 3 de este artículo que es el que se refiere al sistema de cómputo de los trabajadores temporales.

Los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes del personal en proporción a los efectivos del personal laboral y de personal funcionario civil destinados en cada establecimiento (juntos, pues, pero no revueltos, porque en la distribución de delegados se tendrá en cuenta la proporción de efectivos en cada grupo).

A tal fin, pues, las juntas de personal designarán los de personal funcionario civil, y los comités provinciales o delegados de personal, en su caso, los correspondientes al personal laboral.

Los delegados de prevención designados por las juntas de personal deberán ostentar la condición de funcionarios civiles destinados en centros o establecimientos del Ministerio de Defensa.

Cuando el número de representantes de los órganos unitarios de representación del personal sea insuficiente para nombrar el total de delegados de prevención, podrán designarse otros integrantes del personal civil destinado en el establecimiento, guardando la proporción señalada en este apartado.

33. Por lo que se refiere a las competencias y facultades de los delegados de prevención, cabe apuntar que el artículo 5 del Real decreto 1932/1998 trae su causa del artículo 36 de la LPRL –con las necesarias referencias al jefe del establecimiento militar en lugar de al empresario, y otras matizaciones u omisiones que seguidamente veremos– cuando señala que son competencias de los delegados de prevención:

a) Colaborar con las jefaturas de los establecimientos en la mejora de la acción preventiva.

b) Promover y fomentar la cooperación del personal civil en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

c) Ser consultados por los Jefes de los establecimientos, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a las que se refiere el artículo 3.

d) Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En los establecimientos que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de este real decreto, no cuenten con comité de seguridad y salud, por no alcanzar el número mínimo de trabajadores establecido al efecto, las competencias atribuidas a aquél serán ejercidas por los delegados de prevención.

En el ejercicio de las competencias atribuidas a los delegados de prevención, éstos estarán facultados para:

a) Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como a la Inspección de Trabajo en el Ministerio de Defensa en las visitas y verificaciones que se realicen en los establecimientos para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pudiendo formular ante ellos las observaciones que estimen oportunas.

b) Tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley 31/1995, a la información y documentación relativas a las

condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de dicha ley. Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad.

c) Ser informados por el jefe del establecimiento sobre los daños producidos en la salud del personal civil, con ocasión o como consecuencia del trabajo prestado, una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, teniendo derecho a presentarse, *previo cumplimiento del trámite de autorización* (específico del sector), en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos.

d) Recibir del jefe del establecimiento las informaciones obtenidas por éste, procedentes de las personas o los órganos encargados de la actividad de protección y prevención en el establecimiento, así como de los organismos competentes para la seguridad y salud del personal civil, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de colaboración con el órgano encargado de las funciones de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo en el Ministerio de Defensa.

e) Realizar visitas a los lugares de trabajo dando cuenta de las mismas al jefe del establecimiento, para ejercer una labor de vigilancia y control del estado de las condiciones de trabajo, pudiendo, a tal fin, comunicarse durante la jornada con el personal, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo; si se tratara de zonas que tengan algún tipo de limitación en el acceso, la visita pretendida se coordinará con el responsable de seguridad de cada centro.

f) Recabar del jefe del establecimiento la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud del personal civil, pudiendo, a tal fin, efectuar propuestas al jefe del establecimiento, así como al Comité de Seguridad y Salud, para su discusión en el mismo.

El texto de este precepto omite la letra g) del artículo 36.2 de la LPRL, en coherencia con lo antes indicado en materia de riesgos graves e inminentes, por lo que no cabe en este ámbito militar proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades a que se refiere el artículo 21.3 de la LPRL.

Asimismo, los informes que deban emitir los delegados de prevención, a tenor de lo dispuesto en el párrafo c) del apartado 1 de este artículo, deberán elaborarse en un plazo de quince días o en el tiempo imprescindible.

dible cuando se trate de adoptar medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes. Transcurrido el plazo sin haberse emitido el informe, la jefatura del establecimiento podrá poner en práctica su decisión.

La decisión negativa del jefe del establecimiento a la adopción de las medidas propuestas por el delegado de prevención, a tenor de lo dispuesto en el párrafo f) del apartado 2 de este artículo, deberá ser motivada.

34. Sobre las garantías y el más que justificado aquí sigilo profesional de los delegados de prevención hay que estarse al artículo 6 del Real decreto 1932/1998, que trae su causa del artículo 37 de la LPRL, cuando dispone que “los delegados de prevención que, a su vez, sean miembros de los órganos de representación legal del personal, gozarán en el ejercicio de sus funciones de las garantías inherentes a su condición representativa”.

El tiempo utilizado por dichos delegados de prevención para el desempeño de las funciones establecidas en el artículo 5 del presente real decreto será considerado como de ejercicio de funciones de representación y, por tanto, incluido en el crédito de horas mensuales retribuidas, previsto, respectivamente, en el párrafo e) del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores, y en el párrafo d) del artículo 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas.

Los delegados de prevención, en el supuesto de no ser representantes del personal (se trata del supuesto recogido en el artículo 4.4 *in fine* de este mismo Real decreto 1932/1998), tendrán, en el desempeño de sus funciones, las garantías establecidas legalmente para éstos en el artículo 11.a), b), c) y e) de la Ley 9/1987, si son personal funcionario civil, y en los artículos 68.a), b), c) y d) y 56.4 del Estatuto de los trabajadores, si son personal laboral, y se les garantizará el tiempo necesario para la realización de sus funciones como delegados de prevención, en los términos que se acuerden en la negociación colectiva.

En todo caso, será considerado como tiempo de trabajo efectivo, sin imputación a los créditos horarios previstos en los apartados anteriores, el correspondiente a las reuniones del Comité de Seguridad y Salud y a cualesquiera otras convocadas por el Ministerio de Defensa en materia de prevención de riesgos, así como el destinado a las visitas previstas en los párrafos a) y c) del apartado 2 del artículo anterior.

El Ministerio de Defensa deberá proporcionar a los delegados de prevención los medios y la formación en materia preventiva que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones.

La formación se deberá facilitar por el Ministerio de Defensa, por sus propios medios o mediante conciertos con organismos o entidades especializadas en la materia, y deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, repitiéndose periódicamente si fuera necesario.

El tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos y su coste no podrá recaer, en ningún caso, sobre los delegados de prevención.

En materia de sigilo profesional, a los delegados de prevención les será aplicable, en razón de su procedencia, lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 65 del Estatuto de los trabajadores y en el párrafo 2 del artículo 10 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, en cuanto al sigilo profesional debido respecto de las informaciones a que tuviesen acceso como consecuencia de su actuación en un establecimiento, *observando la más estricta reserva cuando, por la naturaleza de la información, así se le requiera*.

35. En relación con el Comité de Seguridad y Salud, que se recoge en el artículo 7 del Real decreto 1932/1998, que trae su causa del artículo 38 de la LPRL, se reitera que “El Comité de Seguridad y Salud es el órgano paritario y colegiado de participación, destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones del Ministerio de Defensa en materia de prevención de riesgos”.

En el ámbito indicado en el artículo 4.2, y siempre que cuente con cincuenta o más empleados civiles, se constituirá un comité de seguridad y salud integrado por los delegados de prevención y por representantes del Ministerio de Defensa, designados por la Dirección General de Personal, en igual número al de delegados de prevención. Aquí de modo expreso y claro se indica que este comité será presidido por el jefe del establecimiento, o persona en la que delegue.

En las reuniones del Comité de Seguridad y Salud participarán, con voz pero sin voto, los responsables técnicos de la prevención en el establecimiento que no estén incluidos en la composición a la que se refiere el párrafo anterior. En las mismas condiciones, podrá participar personal del establecimiento que cuente con una especial cualificación o información respecto de concretas cuestiones que se debatan en este órgano.

El Comité de Seguridad y Salud se reunirá trimestralmente y cuando, existiendo causa grave y urgente (no en cualquier caso, como puede desprenderse del artículo 38.3 de la LPRL), lo solicite alguna de las represen-

taciones en el mismo. El comité adoptará sus propias normas de funcionamiento. En este precepto no se hace referencia alguna a la posibilidad de constituir el comité intercentros a que se refiere el artículo 38.3, párrafo 2, de la LPRL, sino que hay que estar a los términos del artículo 9 del mismo real decreto al que me referiré después.

36. Acerca de las competencias y facultades del Comité de Seguridad y Salud, el artículo 8 del Real decreto 1932/1998, que trae su causa del artículo 39 de la LPRL, previene que el Comité de Seguridad y Salud tendrá las siguientes competencias:

a) Participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en los establecimientos. A tal efecto, en su seno se debatirán, antes de su puesta en práctica, y con las salvedades recogidas en el artículo 3 del presente real decreto, y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, los proyectos en materia de planificación, organización del trabajo e introducción de nuevas tecnologías, organización y desarrollo de las actividades de protección y prevención y proyecto y organización de la formación en materia preventiva.

b) Promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a los jefes de los establecimientos la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes.

En el ejercicio de sus competencias, el Comité de Seguridad y Salud estará facultado para:

a) Conocer directamente la situación relativa a la prevención de riesgos en los establecimientos realizando las visitas que estime oportunas.

b) Conocer cuantos documentos e informes relativos a las condiciones de trabajo sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como los precedentes de la actividad del servicio de prevención, en su caso.

c) Conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física del personal civil, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas.

d) Conocer e informar la memoria y la programación anual de los servicios de prevención.

A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en este real decreto respecto de la colaboración entre establecimientos y empresas ajenas al Ministerio de Defensa en los supuestos de desarrollo simultáneo de actividades

en un mismo centro de trabajo (coordinación a que se refiere el artículo 24 de la LPRL), se podrá acordar la realización de reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud, o, en su defecto, de los delegados de prevención y empresarios de las empresas que carezcan de dichos comités u otras medidas de actuación coordinada.

37. Sobre el posible Comité intercentros, el artículo 9, recogiendo la posibilidad del artículo 38.3, párrafo 2, de la LPRL, nos dice que “En virtud de pacto alcanzado con la representación legal del personal civil, se podrá acordar la creación de un comité intercentros con las funciones que, en materia preventiva, el acuerdo le atribuya”. A mi entender no es que ya se haya alcanzado dicho acuerdo en el momento de redactarse este real decreto, sino que si se alcanza este acuerdo podrá crearse el comité intercentros con las funciones que se le atribuyan.

4. De la peculiar intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de la Administración pública

Breves consideraciones en torno al Real decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (BOE de 31 de julio), modificado por el Real decreto 484/2003, de 25 de abril (BOE de 11 de junio).

38. Como recuerda la Exposición de motivos del Real decreto 707/2002, la LPRL extendió la aplicación de su normativa a las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las administraciones públicas, y, por tanto, al personal con relación de Derecho administrativo o estatutario de la Administración General del Estado.

Pues bien, el objeto de este real decreto, por el que se aprueba este Reglamento, no es otro que el regular las peculiaridades establecidas en la mencionada LPRL y en sus normas de desarrollo, por lo que se refiere al procedimiento para la corrección de los incumplimientos que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social detecte en los centros de la Administración General del Estado.

Como antes vimos, el artículo 45.1 de la LPRL, preceptúa que “en el ámbito de las relaciones del personal civil al servicio de las administraciones públicas, las infracciones serán objeto de responsabilidad a través de

la imposición, por resolución de la autoridad competente, de la realización de las medidas correctoras de los correspondientes incumplimientos, conforme al procedimiento que al efecto se establezca”.

De conformidad con este mandato legal, se dictó esta disposición reglamentaria, de la que se excluye a las entidades públicas empresariales –que se rigen por el derecho privado, salvo cuando ejercen potestades administrativas– respecto de los incumplimientos que afecten a su personal, dado que dicho personal queda sometido al Derecho laboral común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 53 y 55 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

Este reglamento tampoco será de aplicación a las obras de construcción en las que cualquier órgano de la Administración General del Estado actúe en la condición de promotor conforme al *Real decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, por cuanto que en estos casos no está presente la relación jurídica existente entre aquella y el personal civil dependiente de la misma, sino que la Administración actúa como una entidad empresarial común.*

Finalmente, decir que, aunque este real decreto se refiere al ámbito de la Administración General del Estado, en relación con la actuación en materia de prevención de riesgos laborales con respecto al personal civil de las restantes administraciones públicas se incluye una disposición adicional para la aplicación del presente reglamento en dichos ámbitos, pero las referencias a los órganos del gobierno de la Administración General del Estado se entenderán referidas a los correspondientes de dichas administraciones.

39. Hay que apuntar, de entrada, que inicialmente la disposición final primera de este real decreto señalaba que “De conformidad con lo establecido en la disposición adicional tercera de la LPRL, el presente reglamento constituye legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7 de la Constitución, así como norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.18 de la misma, respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas”.

Sin embargo, el Real decreto 464/2003, de 25 de abril (BOE de 11 de junio), ha modificado el Real decreto 707/2002 en varios aspectos, como iremos viendo, siendo éste el primero de ellos. En tal sentido se indica en

su preámbulo que el 11 de octubre de 2002 el Consejo de Ministros adoptó el acuerdo de dar contestación al requerimiento de incompetencia formulado por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, y aceptó modificar la disposición final primera del Real decreto 707/2002 y la disposición adicional segunda, como posteriormente veremos. En esta sentido, pues, la disposición final primera tiene ahora el siguiente texto:

“De conformidad con lo establecido en la disposición adicional tercera de la LPRL, el presente reglamento constituye legislación laboral dictada al amparo del artículo 149.1.7 de la Constitución” [del cual, por lo tanto, se ha excluido todo el siguiente texto: “[...] así como norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.18 de la misma, respecto del personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas”].

40. Respecto del objeto de este reglamento, hay que señalar que se regirá por el mismo el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 45.1, párrafos tercero y cuarto, de la LPRL (artículo 1).

41. En cuanto al ámbito de aplicación hay que tener en cuenta las siguientes distinciones y excepciones (artículo 2):

41.1. Será de aplicación a los órganos centrales y órganos territoriales de la Administración General del Estado, así como a sus organismos autónomos y otros entes dependientes de aquélla, y afectará a todo el personal empleado en los distintos centros, dependencias o lugares de trabajo de los mismos, con independencia de que la relación que se mantenga sea de naturaleza laboral, estatutaria o funcionarial.

41.2. A las entidades públicas empresariales no les será de aplicación este real decreto, quedando sometidas al régimen ordinario derivado de la plena aplicación del Real decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones de orden social (LISOS).

41.3. Los centros y establecimientos militares y las actividades a que se refiere el artículo 3.2 de la LPRL quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente reglamento, y respecto de los mismos se estará a lo previsto en su normativa específica, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

41.4. Asimismo, este procedimiento especial de actuación no es de aplicación a las cuestiones de prevención de riesgos laborales que se susciten respecto del personal de los contratistas, subcontratistas de obras o servicios o concesionarios de cualquier índole que realicen su actividad en instalaciones de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos, respecto de los cuales se aplicará el procedimiento ordinario. No obstante lo anterior, si de las actuaciones inspectoras realizadas o de la información previamente recabada se infiere que, de alguna forma, puede resultar afectado el órgano administrativo correspondiente, como titular de las instalaciones o en virtud de las responsabilidades de coordinación a que hace referencia el artículo 24 de la LPRL, se le pondrá en su conocimiento, tan pronto como sea posible, a los efectos que procedan.

41.5. Tampoco será de aplicación este reglamento a los órganos de la Administración General del Estado cuando actúen en la condición de promotor de obras de construcción, conforme al Real decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, que se registrarán por sus normas específicas.

42. Respecto del inicio del procedimiento, hay que tener en cuenta que siempre se iniciará de oficio por el órgano competente de la Inspección de Trabajo, bien por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal, no haciéndose mención alguna a la posible acción de denuncia a que se refiere expresamente el artículo 13.1 y de modo amplio el artículo 13.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. No debemos olvidar que, en principio, siempre ha sido pública la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación de orden social. Conviene no perder de vista que el artículo 45.1.a) de la LPRL también omitió toda referencia a la acción pública de denuncia en el ámbito de la Administración General del Estado.

42.1. El órgano competente a tales efectos será el jefe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto de la organización territorial de la Administración General del Estado, o el director especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social adscrita a la autoridad central, si se trata de órganos centrales de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos.

42.2. Si la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hubiese sido instada por los representantes del personal de dichos orga-

nismos o centros, conforme a lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LPRL, a la petición de actuación de la Inspección deberán acompañarse relación de actuaciones realizadas sobre la cuestión por los delegados de prevención ante la jefatura del centro administrativo de que se trate, así como, en su caso, informe del Comité de Seguridad y Salud Laboral correspondiente.

43. En punto al desarrollo de la actuación inspectora, hay que advertir que todo el artículo 4 del Real decreto 707/2002 ha sido modificado por el Real decreto 464/2003, en virtud de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2003, que anuló el apartado 3 del artículo 3 del Real decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se establece el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo, el cual decía que “Las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración pública se preavisarán a quien se encuentre al frente del centro a inspeccionar”, y ello frente a lo que dice el artículo 7.1.1 de ese mismo reglamento en el sentido de que los inspectores entrarán libremente, *sin previo aviso* y en cualquier momento, en todo centro o lugar de trabajo sujeto a inspección. Esto lo vemos reiterado en el artículo 14.1 de la misma Ley 42/1997, cuando dice: “La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se desarrollará mediante visita a los centros o lugares de trabajo, *sin necesidad de aviso previo*.”

Por lo tanto, se ha eliminado el punto 1 del artículo 4 del Real decreto 707/2002, por cuanto decía: “El jefe de Inspección o, en su caso, el inspector competente, deberá comunicar su visita al jefe de la unidad administrativa con una antelación mínima de veinticuatro horas, así como al Comité de Seguridad y Salud Laboral y al delegado o delegados de prevención, salvo en los supuestos de urgente actuación.”

43.1. Así, pues, el nuevo texto del artículo 4, en la versión dada por el Real decreto 464/2003, es el siguiente: “4.1. En las visitas a los centros de trabajo para la comprobación del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, el inspector de Trabajo y Seguridad Social procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 40.2 de la Ley de prevención de riesgos laborales”, el cual señala que el inspector de Trabajo y Seguridad Social comunicará su presencia al empresario o a su representante o a la persona inspeccionada, al Comité de Seguridad y Salud, al delegado de prevención o, en su ausencia, a los representantes legales de los trabajadores, a fin de que puedan acompañarle durante el

desarrollo de la visita y formular las observaciones que estimen oportunas, a menos que considere que dichas comunicaciones puedan perjudicar el éxito de sus funciones.

43.2. El antiguo artículo 4.2 sigue teniendo el mismo texto, por lo que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá recabar en su actuación la colaboración y el asesoramiento técnico necesario del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.2, párrafo segundo, de la LPRL, al que antes nos referimos (punto 6).

43.3. El apartado 4 del antiguo artículo 4, pasa a hora a ser el apartado 3, manteniendo el mismo texto. O sea, que “El inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante podrá solicitar informe al Comité de Seguridad y Salud Laboral competente de la provincia o del departamento al que pertenezca la unidad administrativa inspeccionada o del órgano delegado del mismo”.

43.4. Asimismo, el apartado 5.º antiguo pasa a ocupar el actual apartado 4.º con el mismo tenor literal, o sea, que: “Una vez concluidas las comprobaciones, si como resultado de las mismas, el Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuante considerara que existen incumplimientos o irregularidades en el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales emitirá una propuesta de requerimiento sobre las cuestiones planteadas en dicha materia, en el que se recogerán las irregularidades detectadas, las medidas a adoptar para subsanarlas y el plazo que considera necesario para la ejecución de las mismas”, y todo ello siguiendo la pauta marcada por el artículo 45.1.b) de la LPRL.

44. En materia de propuesta de requerimiento, trámite de audiencia y requerimiento definitivo, el artículo 5 señala:

44.1. El inspector actuante dará traslado de la propuesta de requerimiento establecida en el artículo 4 a la unidad administrativa inspeccionada, al órgano que ordenó la actuación y a los representantes del personal. Tanto la unidad administrativa como los representantes del personal podrán formular alegaciones en el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la propuesta de requerimiento.

44.2. Si la unidad administrativa sujeta a inspección o los representantes de los trabajadores no formularan alegaciones en el plazo señalado en el apartado anterior, por no mantener discrepancia sobre la existencia de las anomalías en materia de prevención, ni sobre las medidas precisas para la subsanación de las mismas, la propuesta de requerimiento adquirirá auto-

máticamente carácter definitivo. En estos casos, la unidad administrativa procederá a efectuar los trámites necesarios para que las medidas requeridas se lleven a cabo.

Realizada la subsanación, se dará cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social actuante.

44.3. En caso de *discrepancias con la propuesta de requerimiento*, si la jefatura de la unidad administrativa inspeccionada o los representantes del personal formularan alegaciones en el referido plazo de quince días hábiles, el inspector actuante, a la vista de las alegaciones formuladas y de los informes técnicos que estime necesarios, podrá efectuar requerimiento definitivo sobre las medidas a adoptar y el plazo de ejecución de las mismas. El requerimiento definitivo se comunicará al jefe de la unidad administrativa inspeccionada y a los representantes del personal. Dicha comunicación no será necesaria cuando el requerimiento haya devenido en definitivo por el transcurso del plazo de quince días sin haber formulado alegaciones.

44.4. Transcurrido el plazo fijado en el requerimiento definitivo sin que se hayan adoptado las medidas recogidas en el mismo, el inspector actuante elevará dicho requerimiento con el expediente tramitado al delegado del Gobierno correspondiente, si se trata de órganos territoriales de la Administración General del Estado, o a la autoridad central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si se trata de órganos centrales de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos.

44.5. El delegado del Gobierno o la autoridad central de la Inspección, previo los informes que estime pertinentes recabar y dando conocimiento a la Dirección General de la Función Pública, elevará el expediente con su propuesta, confirmatoria o revocatoria, al subsecretario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales al objeto de que éste, cuando proceda, dé traslado del mismo al subsecretario del departamento ministerial competente por razón del órgano inspeccionado, quien, en caso de conformidad con las medidas requeridas, procederá a efectuar los trámites oportunos para que se lleven a cabo o, en caso de discrepancia, elevará el expediente al ministro respectivo que comunicará al titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, junto con dicha discrepancia, la elevación de las actuaciones al Consejo de Ministros para la decisión final, y todo ello siguiendo la pauta marcada por el artículo 45.1.c) de la LPRL.

44.6. Contra la decisión final adoptada por parte del Consejo de Ministros, como igualmente cuando se revoque total o parcialmente el

requerimiento realizado por parte de la Subsecretaría del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, basándose en los informes señalados en el apartado anterior, procederá la interposición por los interesados del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

45. Respecto de la posible *paralización de actividades* a que se refieren el artículo 44 de la LPRL y el artículo 6 de este reglamento (el cual no deja de ser un trasunto del primero), hay que decir que en los casos en que el inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud del personal del centro de la Administración General del Estado inspeccionado, ordenará la paralización de la actividad del centro, dependencia o lugar de trabajo afectado, que será inmediatamente ejecutiva, y elevará informe urgente sobre las circunstancias determinantes del riesgo al delegado del Gobierno o, en su caso, a la autoridad central de la Inspección.

El delegado del Gobierno o, en su caso, la autoridad central de la Inspección, si estimasen la concurrencia de circunstancias de tal naturaleza, mantendrá la paralización o, por el contrario, la levantará si no apreciase tales circunstancias, comunicándolo, a través del cauce orgánico, a la subsecretaría del departamento del que dependa la unidad administrativa así como a la Dirección General de la Función Pública a los efectos que proceda.

46. Si en uso de las facultades que les otorga el artículo 21.3 de la LPRL, la *paralización de la actividad* hubiese sido *acordada por la representación del personal* (como en el ámbito militar, por supuesto, pues se excluye de esta norma), no por la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, dicha paralización será comunicada de inmediato a la dirección de la unidad administrativa correspondiente y al delegado del Gobierno o, en el caso de que se trate de órganos centrales de la Administración General del Estado o de sus organismos autónomos, a la autoridad central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que, en el plazo de veinticuatro horas, resolverán en el sentido de ratificar o anular la paralización.

47. De conformidad con la disposición adicional primera del Real decreto 707/2002, respecto a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las competencias asignadas en el presente reglamento a los delegados del Gobierno y a los subsecretarios de los departamentos ministeriales corresponderán, en todo caso, al director general de la Agencia o a los órganos que se determinen en su normativa específica.

48. Finalmente, decir que, de conformidad con el Real decreto 464/2003, respecto del personal civil al servicio de las restantes administraciones públicas y *en defecto de normativa propia*, se aplicará el procedimiento establecido en (el) este (presente) reglamento (Reglamento), si bien las competencias asignadas en éste (el mismo) a los delegados del Gobierno, a los subsecretarios de los departamentos ministeriales y al Consejo de Ministros corresponderán, en todo caso, a los respectivos órganos de gobierno de las citadas administraciones públicas (quedan entre paréntesis las palabras eliminadas del texto del Real decreto 707/2002, para dar entrada así al requerimiento de incompetencia formulado en su día por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña a que antes se hizo mención, quedando abierta la posibilidad de que exista normativa autonómica correspondiente para este otro personal en materia de inspección.

5. Resolución de 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública por la que se ordena la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002 por el que se aprueba el Acuerdo Administración-sindicatos para la modernización y mejora de la Administración pública (BOE de 18 de noviembre de 2002)

49. Siquiera sea brevemente, quiero dejar constancia de varios puntos de interés, que se derivan de este acuerdo entre la Administración y los sindicatos para el período de vigencia que va del 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2004, dado que entre sus objetivos está no sólo la mejora de la calidad de vida en el trabajo, mediante el incremento de medidas tendentes al desarrollo del bienestar social y la mejora de las condiciones de trabajo, sino también y muy específicamente la potenciación de la prevención de riesgos laborales. No obstante ello, parece conveniente, para no llevarse a engaño, decir que se trata de una serie inconexa de declaraciones de intenciones, bastantes de ellas asistemáticas o redundantes, que dejan la impresión de que las cosas van a seguir en el mismo estado en que se encuentran a la hora de firmar el acuerdo. Asimismo, la técnica jurídica deja mucho que desear. Tal vez sirva el acuerdo para ilustrar las muchas carencias sobre las materias y los retrasos gubernamentales a la hora de cumplir lo que la Administración exige que cumplan los demás. La Administración no es ni mucho menos ejemplar en esta materia, no predica con el ejemplo.

50. Pues bien, dentro del título V, que trata de las medidas encaminadas a la mejora de las condiciones de trabajo del personal, el capítulo XVI se refiere monográficamente a la prevención de riesgos laborales, y ello aparte de tratar de materias próximas en otros capítulos de modo asistemático, significando que ambas partes –Administración y sindicatos– realizarán acciones dirigidas a facilitar (¿quién pone obstáculos a la Administración para que ella misma cumpla la LPRL y sus normas de desarrollo?) la aplicación de la legislación sobre prevención de riesgos laborales y a fomentar el cumplimiento (¿si sólo depende de la misma Administración General del Estado!) de las acciones derivadas de la misma para la Administración, en los siguientes términos:

50.1. Llevar a cabo las acciones necesarias para contar con un sistema de gestión unificado que incorpore todos los procedimientos necesarios para hacer efectiva una adecuada política de seguridad y salud laboral (declaración de principios en aras a la eficacia y operatividad de la gestión que le viene ya exigida por el artículo 15 de la LPRL).

50.2. Evaluaciones iniciales de riesgos (¿a estas alturas aún estamos así?) en todos los centros de la Administración General del Estado, procediendo después a realizar las siguientes actuaciones:

a) Modificar las condiciones de aquellos puestos de trabajo a que hubiere lugar (en aplicación necesaria de lo dispuesto en los artículos 16 de la LPRL y 33 y ss. del RSP, con lo cual lo único que se nos dice es que a día de hoy las leyes siguen sin cumplirse).

b) Información a los trabajadores de los riesgos existentes en sus puestos de trabajo (de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la LPRL, que es mucho más amplio y claro y que no puede verse restringido, pues sería ilegal y absurdo que esto se hubiera pactado, o es que se pretende decir que, como nada se hace, más vale un poco que nada, cuando lo que procede es el todo y sin más demora).

c) Formación de los trabajadores sobre los riesgos específicos de sus puestos de trabajo (de conformidad con lo previsto en el artículo 19 de la LPRL, por lo que, dado que nada añade el precepto, es innecesario e incompleto, sin perjuicio de lo que veremos posteriormente sobre la formación continua).

d) Vigilancia de la salud (de conformidad igualmente con lo previsto en el artículo 22 de la LPRL), cuya planificación y programación se realizará (faltaría más) en el marco de la Ley general de sanidad, de 25 de abril de 1996.

50.3. Realización de reconocimientos médicos a los empleados públicos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 de la LPRL (al que se acaba de hacer inútil referencia) y 37 del RSP, pues a ello obliga la ley.

50.4. Se completarán los planes de emergencia en los centros de trabajo de la Administración General del Estado, procediéndose, una vez elaborados, a su plena implantación. Lo anterior supone el reconocimiento público de retraso no solo en su cumplimentación, sino también de su implantación, siendo la LPRL de 1995 y la normativa funcional específica de 1998. Sobran comentarios acerca del desinterés sobre la materia, pues no sabemos si se nos quiere decir que los planes de emergencia del artículo 20 de la LPRL están a mitad hacer, o que sólo están hechos completos unos pocos y faltan otros tantos.

50.5. Durante la vigencia de este acuerdo, en el seno de la comisión paritaria, y a la vista de las evaluaciones de riesgo practicadas en los centros de trabajo de la Administración General del Estado, se elaborarán los correspondientes mapas de riesgos y de enfermedades profesionales. Posiblemente esto ya debía estar hecho, pero si no está hecho habrá que estar al final del plazo de vigencia del Acuerdo para rematar entonces la faena, pues es difícil ahora, de prisa y corriendo, hacer en dos años lo que debería haberse hecho ya en los cinco anteriores. El tema carece ya de credibilidad. Da la impresión, de todos modos, de que se trata de un estudio final o estadístico, una suerte de memoria sin aparente contenido sustantivo.

50.6. Continuará el proceso de formación de técnicos en prevención de riesgos laborales en el marco de los acuerdos sobre formación continua (cabe decir que el capítulo X de estos acuerdos, referido a la formación continua, no hace referencia alguna a la formación en materia de prevención de riesgos laborales, y si a la formación en idiomas y en nuevas tecnologías) y se seguirá con atención (¿quien prestará esta atención?) el grado de inserción del personal ya formado en labores propias de la prevención, para lo cual se desarrollará un sistema de información que, mediante el seguimiento de su situación, permita optimizar los recursos invertidos, facilitando que todo el personal formado en prevención pueda desarrollar funciones en materia de seguridad y salud laboral. Evidentemente se trata de tener todo el personal necesario y debidamente formado, y que cuanto se ha invertido sirva para algo, pero para ello es necesario actuar con una planificación previa. Son futuribles sobre futuribles. En todo caso no estaría de más realizar un mapa o inventario de

necesidades de formación del personal y ver de presupuestar dicha preparación en tiempo y dinero.

50.7. En los dos años de vigencia de este acuerdo, la Administración proporcionará una formación básica para los delegados de prevención, ¿sólo básica? No estará de más recordar que el artículo 37.2 de la LPRL señala que el empresario deberá (por lo tanto es una obligación legal ineludible y a su costa plenamente) proporcionar a los delegados de prevención los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones. La formación se deberá facilitar por el empresario por sus propios medios o mediante concierto con organismos o entidades especializadas en la materia, etcétera.

50.8. Se terminará el diseño e implantación de un sistema de información sobre el estado de la prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado y el control de la siniestralidad laboral. ¿Pero se ha empezado a hacer? ¿Por quien?

50.9. En el plazo de seis meses a partir de la firma del presente acuerdo, la Administración confeccionará un registro de datos de delegados de prevención y de Comités de Seguridad y Salud. ¿En la época de la informática tanto cuesta esto?

50.10. Durante la vigencia de este acuerdo, la Administración procederá a dictar las medidas necesarias para la efectiva aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 (protección de trabajadores sensibles a determinados riesgos) y 26 (protección de la maternidad) de la LPRL. Tal vez se quiera esperar al acto de celebración del décimo aniversario de la Ley de prevención de riesgos laborales, y nada menos con temas tan sensibles y sobre los cuales, especialmente los de maternidad y lactancia, hay tanto hecho como por hacer en el campo formal y material, pues no son bastantes los solos textos legales para la protección integral del fenómeno de la maternidad.

50.11. Durante la vigencia del presente acuerdo se procederá a la adaptación a la legislación de prevención de riesgos laborales de los sectores específicos contemplados en el artículo 3.2 y 3 de la LPRL (se olvidan de excluir el sector militar que ya ha sido adaptado en 1998 y del cual nos ocupamos en este mismo estudio). Su aprobación, si se produce, se sumará a los fastos del décimo aniversario de la LPRL, pero mientras tanto siguen esperando en larga lista de espera sin derecho a la protección de su salud.

50.12. La Comisión Paritaria de Salud Laboral seguirá manteniendo su protagonismo como foro específico de participación de las organizacio-

nes sindicales presentes en la mesa general de negociación en materia de prevención de riesgos laborales. Comisión ésta que recibirá puntual información sobre las medidas y acciones adoptadas en cumplimiento de lo establecido en el presente acuerdo. No merece ni comentarios, pues no es sino un recordatorio de una competencia que se arrastra desde 1998.

50.13. Y ya la gran declaración final sobre esta materia. Sin perjuicio de las obligaciones legales existentes en materia de prevención de riesgos laborales (que habrá que cumplir cuanto antes y con lo que los empleados públicos ya nos conformaríamos), la Administración General del Estado (gran entelequia a estos efectos) establecerá fórmulas de coordinación y participación entre los departamentos ministeriales y organismos públicos, así como con las distintas administraciones públicas (no falta nadie para que todo sea ágil y eficaz), a fin de maximizar la rentabilidad de los recursos empleados y conseguir un adecuado nivel de protección para todos los empleados públicos. Casi nada. Esperemos que en el próximo acuerdo se plasmen todas estas buenas intenciones en un programa real, bien pensado y presupuestado, y que no se busquen complicidades para seguir sin poner en vigor real la LPRL en el ámbito de la Administración pública.

