

LÍMITES A LA PROLIFERACIÓN DEL TRABAJO ATÍPICO Y EN FRAUDE DE LEY EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

María del Carmen López Aniorte

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Acreditada a Cátedra).
Universidad de Murcia

EXTRACTO

Los esfuerzos demandados por la Unión Europea a España para equilibrar sus cuentas públicas, con amparo en el nuevo artículo 135 de la CE, se han traducido en una drástica reducción del empleo público permanente. Este último ha sido sustituido por empleo atípico y, en ocasiones, por contratos laborales y administrativos en fraude de ley: contratos laborales temporales (con o sin causa de temporalidad) y a tiempo parcial, contratos administrativos con personas trabajadoras por cuenta propia (o falsos autónomos), contratos administrativos con empresas contratistas (o falsas empresas contratistas) y utilización abusiva de personal interino en régimen de Derecho Administrativo. Algunas de estas situaciones, caracterizadas por la inestabilidad en el empleo y la precariedad laboral, han sido objeto de condena por el TJUE en sus Sentencias de 14 de septiembre de 2016. El presente estudio tiene por finalidad analizar las causas de la propagación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración, y proponer medidas para poner freno a su proliferación, en el entendimiento de que una Administración transparente y socialmente responsable ha de velar por los derechos laborales de las personas que trabajan para la misma, y ha de impedir contrataciones administrativas fraudulentas que alteren los principios constitucionales de acceso al empleo público. En este trabajo se dedica particular atención a la expansión de la relación laboral «indefinida no fija» de creación jurisprudencial, a la respuesta judicial a la problemática del profesorado asociado de las universidades públicas y a la concertación fraudulenta de contratos administrativos para encubrir relaciones laborales, incluyendo propuestas *de lege ferenda* dirigidas a poner límite al trabajo atípico, precario y en fraude de ley, en el ámbito de la Administración.

Palabras clave: empleo público temporal, profesorado asociado, relación laboral indefinida no fija, falso trabajo autónomo en la Administración y principios de acceso al empleo público.

Fecha de entrada: 09-01-2017 / Fecha de revisión: 22-04-2017 / Fecha de aceptación: 03-05-2017

LIMITS TO THE PROLIFERATION OF ATYPICAL WORK AND FRAUD LAW IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

María del Carmen López Aniorte

ABSTRACT

The efforts demanded by the European Union to Spain to balance its public finances, have resulted in a drastic reduction of public employment. Stable public employment has been replaced by atypical employment and, sometimes, by abusive contracts: temporary employment (with or without cause) and part-time employment, administrative contracts with self-employed workers (or false self-employed), administrative contracts with contractors (or false contractors), and misuse of temporary staff under the Administrative Law regime. Some of these situations, characterized by instability and job insecurity, have been condemned by the ECJ in its judgments of 14 September 2016. The purpose of this study is to analyze the causes of the propagation of atypical employment and of abusive practices in the Administration, and to propose measures to curb their proliferation, on the understanding that a transparent and socially responsible Administration must ensure the employment rights of persons working for it, and must prevent abusive administrative contracts that affect the constitutional principles of access to public employment. In this paper, special attention is devoted to the expansion of the jurisprudential figure of the «indefinite non fix», to the problem of the associated professor of public universities, and to the abusive administrative contracts to cover labor relations. This study includes proposals for legislation to limit atypical, precarious and abusive work in the Administration.

Keywords: temporary public employment, associate professors, indefinite employment relationship not fixed, false self-employed in administration and principles of access to public employment.

Sumario

1. Introducción: Crisis económica, contracción del empleo público permanente e incremento de los servicios externalizados
2. Supuestos incluidos y excluidos del concepto de empleo público: Particular atención al aumento de la contratación laboral temporal en la Administración
 - 2.1. Estructura del empleo público
 - 2.2. El incremento del empleo público laboral temporal
 - 2.2.1. La paulatina expansión de las relaciones laborales indefinidas no fijas
 - 2.2.2. Mención especial al impulso del personal docente laboral temporal en las universidades públicas: La problemática del profesorado asociado
 - 2.2.3. El Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017
 - 2.3. Supuestos excluidos de la consideración de empleo público
3. La privilegiada vía de acceso al empleo público a través del contrato menor de servicios en fraude de ley
4. El falso trabajo autónomo en las Administraciones públicas y la eventual vulneración del artículo 23.2 de la Constitución Española: La solución italiana
5. La obligación legal que se impone a las Administraciones públicas de dictar instrucciones para la correcta ejecución de los servicios externos contratados
 - 5.1. Medidas adoptadas en el ámbito de las Administraciones públicas
 - 5.2. Las instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 28 de diciembre de 2012
6. Conclusiones y propuestas

1. INTRODUCCIÓN: CRISIS ECONÓMICA, CONTRACCIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO PERMANENTE E INCREMENTO DE LOS SERVICIOS EXTERNALIZADOS

Según la definición de la OIT, el empleo atípico comprende determinadas formas de trabajo que quedan fuera del concepto de trabajo típico, donde se incluye el que «es continuo, a tiempo completo y que se inscribe en una relación subordinada y directa entre un empleador y un empleado». Si aplicamos esta definición al ámbito de la Administración pública, el trabajo típico solo alcanzaría al empleo público a tiempo completo, con vínculo permanente funcional o laboral, realidad que en los últimos tiempos ha cedido protagonismo –de modo similar a como ha ocurrido en el sector privado– al empleo atípico, conformado por «el empleo temporal; el trabajo a tiempo parcial; el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades multipartitas; y las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente»¹.

En España, el más reciente impulso al trabajo atípico en el ámbito de la Administración pública ha venido de la mano de la crisis económica iniciada en 2008. Con la finalidad de garantizar el equilibrio de las cuentas públicas, la Unión Europea ha exigido duros sacrificios a las economías de los Estados del sur de Europa; en el caso español, los esfuerzos demandados se han traducido en recortes sociales de toda índole y en una drástica reducción del empleo público –fundamentalmente, el permanente– mediante la limitación del incremento global de sus retribuciones², y en el establecimiento de una restrictiva tasa de reposición³, que han contribuido a aminorar y en-

¹ OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, 2016, pág. 1, en línea, 27 de diciembre de 2016, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534518.pdf.

² Véase, *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*. A título de ejemplo, la *Ley 48/2015, de 29 de octubre*, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (LPGE 2016), establece en su artículo 19.Dos que en el 2016 «las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 1 % respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2015, en términos de homogeneidad para los dos periodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo».

³ La tasa de reposición es un mecanismo dirigido a limitar el acceso de personal nuevo a la Administración pública. Constituye una ratio que determina el número de personas que se pueden incorporar a la misma, dependiendo de las bajas producidas en el año anterior. No tiene carácter novedoso –aunque sí la contundencia con la que recientemente se ha aplicado–, pues ya la *Ley 12/1996, de 30 de diciembre*, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, la fijó en el 25 % (art. 17.Cuatro), porcentaje que mantuvieron las leyes de Presupuestos Generales del Estado de 1998 a 2002. La *Ley 52/2002, de 30 de diciembre*, de Presupuestos Generales del Estado para 2003 (art. 20.Uno), elevó la tasa de reposición al 100 %, y así se mantuvo durante seis ejercicios presupuestarios, hasta el 2008. La *Ley 2/2008, de 23 de diciembre*, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 (art. 23.Uno), rebajó la tasa de

vejecer las plantillas del personal funcionario en los diferentes ámbitos de las Administraciones públicas, medidas de las que ni siquiera han quedado exentos sectores esenciales como la educación y la sanidad. El empleo público estable ha sido, en parte, sustituido por empleo atípico y, en ocasiones, por contratos laborales y administrativos en fraude de ley: contratos temporales (con o sin causa de temporalidad), a tiempo parcial, contratos administrativos con personas trabajadoras por cuenta propia (o falsos autónomos), contratos administrativos con empresas contratistas (o falsas empresas contratistas) y utilización abusiva de personal interino en régimen de Derecho Administrativo. Las formas atípicas de empleo constituyen una preocupación para la OIT, pues suponen un desafío para su [Agenda de Trabajo Decente](#)⁴; no en vano, suele tratarse de trabajos precarios, que ofrecen inseguridad en el empleo, en los ingresos, en las horas de trabajo, en materia de seguridad y salud laboral, en cobertura de seguridad social, en formación, así como en materia de representación y en otros principios y derechos laborales⁵.

Conviene no olvidar que los recortes presupuestarios más arriba mencionados tienen amparo en el artículo 135 de la CE, tras la reforma constitucional pactada, en 2011, por los dos partidos mayoritarios, con el objeto de incorporar a la norma fundamental el principio de estabilidad presupuestaria en la actuación de todas las Administraciones públicas. Este principio prohíbe al Es-

reposición al 30%, y la [Ley 39/2010, de 22 de diciembre](#), de Presupuestos para 2011 (art. 23.Uno), la situó en su mínimo histórico, el 10%. Ahora bien, el [Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre](#), constituyó un punto de inflexión puesto que su artículo 3 prohibió con carácter general la incorporación de nuevo personal, estableciéndose, para algunos sectores, considerados esenciales, una tasa de reposición del 10%. Esta tasa de reposición se ha mantenido hasta que la [Ley 36/2014, de 26 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, la ha elevado al 50% (art. 21) en los sectores esenciales: educación, sanidad, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, control y lucha contra el fraude, justicia, universidades, etc. Recientemente, la [Ley 48/2015, de 29 de octubre](#), de Presupuestos Generales del Estado para 2016, la ha vuelto a situar en el 100%, aunque solo en los sectores esenciales (art. 20.2), fijando, tras muchos años de espera, el 50% en los restantes (art. 20.3). No habiéndose aprobado la LPGE 2017 al tiempo del cierre del presente trabajo (abril de 2017), el [Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo](#), por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y cuerpos de Policía dependientes de las comunidades autónomas para 2017, ha vuelto a fijar una tasa de reposición de hasta un máximo del 100% –con el límite del «respeto, en todo caso, a las disponibilidades presupuestarias del Capítulo I» (art. 1)– en el ámbito de los cuerpos de funcionarios docentes no universitarios, los cuerpos de catedráticos de universidad, profesores titulares de universidad, profesores contratados doctores de universidad y cuerpos de Policía autónoma; simultáneamente la norma aprueba la oferta de empleo público para el acceso a determinados sectores de actividad del ámbito competencial de la Administración General del Estado (Cuerpo de Maestros, militares, Guardia Civil, Policía Nacional), precisándose que las plazas autorizadas «se computarán a efectos de la tasa de reposición que durante 2017 corresponda a la Administración General del Estado», en los términos que establezca la LGPE 2017 (art. 2.5).

⁴ OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., pág. 1. «El trabajo decente sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres» (<http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang-es/index.htm>; en línea, fecha de consulta 27 de diciembre de 2016).

⁵ OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., pág. 16.

tado y a las comunidades autónomas «incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros». De este modo, tras la reforma del artículo 135 de la CE, tanto los derechos sociales como las partidas destinadas a financiar el capítulo de personal de las Administraciones públicas quedan subordinados al mencionado principio. Las previsiones del artículo 135 de la CE han sido desarrolladas por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas públicas.

Paralelamente, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, aprueba la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), que, en la línea de su precedente legislativo inmediato, permite celebrar contratos administrativos con personas físicas para todo tipo de prestaciones de hacer, desarrolladas en régimen de autonomía y por cuenta propia, y «sin exigirse que la actividad se concrete en un producto delimitado de la actividad humana»⁶.

A la vista de esta y otras previsiones de la LCSP, que ahora no se traen a colación, parece claro que las limitaciones legales al incremento del empleo público funcional o laboral (encontrado en el capítulo I del Presupuesto, y sometido a un restrictivo techo de gasto en materia retributiva), especialmente, el de carácter permanente (condicionado por la tasa de reposición), se tornan en facilidades cuando de lo que se trata es de la externalización de distintas parcelas de actividad de las Administraciones (vigilancia, seguridad, limpieza, comedores, asesoría jurídica, programación informática, mantenimiento, jardinería, etc.), bien mediante la concertación de contratos administrativos con personas físicas que, a veces, se sitúan en zonas grises o fronterizas con el contrato de trabajo, bien a través de contratos con empresas societarias que, en ocasiones, no encajan en la calificación de contrata *ex artículo 42 del ET*, sino, más bien, en el concepto de la cesión ilegal de personas trabajadoras prohibida por *artículo 43 del ET*.

Sin olvidar que, según la definición de la OIT, la descentralización productiva lícita es susceptible de generar empleo atípico y precario, debiendo, a nuestro juicio, limitarse el recurso a la misma por parte de toda Administración pública que pretenda ser socialmente responsable, es la externalización fraudulenta la que merece una total reprobación. La utilización desviada de la contratación administrativa en las dos direcciones apuntadas más arriba constituye una lacra a la que se debe hacer frente, pues no solo determina un alejamiento de los estándares de trabajo decente marcados por la OIT, sino que, además, cuestiona los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1. CE). Ello es así, en primer lugar, porque se trata de contrataciones fraudulentas que lesionan gravemente los derechos laborales y de seguridad social de las personas afectadas. En segundo término, porque tales actuaciones resultan especialmente censurables en una Administración pública que debe apartarse de toda sospecha de corrupción⁷, segundo gran problema de España, tras el paro, según el barómetro del CIS corres-

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La contratación Administrativa de Servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, en prensa.

⁷ De acuerdo con Índice de Percepción de la Corrupción 2015 de Transparencia Internacional (http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/pectos_destacados_ipc-2015.pdf), en línea, fecha de consulta 9 de diciembre de 2016),

pondiente al mes de diciembre de 2016⁸. En tercer lugar, porque la utilización abusiva de estos contratos puede alterar los principios constitucionales de acceso al empleo público, basados en la igualdad, el mérito y la capacidad, minando las garantías de independencia e imparcialidad consustanciales al funcionariado, que han de actuar de muro de contención contra prácticas corruptas en el ámbito de la Administración. Y, por último, porque las consecuencias de estas irregularidades –las eventuales declaraciones judiciales de laboralidad o de cesión ilegal de mano de obra– pueden impedir, paradójicamente, el cumplimiento de las reglas de estabilidad presupuestaria que se oponen al engrosamiento del capítulo I, de personal, de las Administraciones públicas, reglas que se encuentran en la base de la dinámica descentralizadora de las Administraciones públicas.

Dejando para un posterior estudio el análisis detenido de la problemática de la cesión ilegal de personas trabajadoras en este ámbito, el presente trabajo tiene por finalidad analizar las causas de la propagación del trabajo atípico y en fraude de ley en la Administración, y proponer medidas para poner freno a su proliferación, en el entendimiento de que una Administración transparente y socialmente responsable ha de velar por los derechos laborales de las personas que trabajan para la misma, y ha de impedir contrataciones administrativas fraudulentas que alteren los principios constitucionales de acceso al empleo público. En este trabajo se dedica particular atención a la expansión de la relación laboral «indefinida no fija» de creación jurisprudencial, a la respuesta judicial a la problemática del profesorado asociado de las universidades públicas y a la concertación fraudulenta de contratos administrativos para encubrir relaciones laborales, incluyendo propuestas *de lege ferenda* dirigidas a poner límite al trabajo atípico, precario y en fraude de ley, en el ámbito de la Administración.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS Y EXCLUIDOS DEL CONCEPTO DE EMPLEO PÚBLICO: PARTICULAR ATENCIÓN AL AUMENTO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL TEMPORAL EN LA ADMINISTRACIÓN

2.1. ESTRUCTURA DEL EMPLEO PÚBLICO

El artículo 8 de la [Ley del Estatuto Básico del Empleado Público \(EBEP\)](#), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, en su apartado 1, define a las personas empleadas públicas como aquellas que «desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones públicas

que contempla la percepción de corrupción en el sector público en 168 países, los países en las primeras posiciones presentan características comunes: «altos niveles de libertad de prensa; acceso a información sobre presupuestos que permite al público saber de dónde procede el dinero y cómo se gasta; altos niveles de integridad entre quienes ocupan cargos públicos; y un poder judicial que no distingue entre ricos y pobres, y que es verdaderamente independiente». Entre los 168 países contemplados, Dinamarca ocupa el primer lugar y Corea del Norte y Somalia comparten el último; España se sitúa en el puesto 36, ocupando una posición de corrupción alta entre los países del euro.

⁸ http://www.cis.es/opencms/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html, en línea, fecha de consulta 6 de enero de 2017.

al servicio de los intereses generales». Por su parte, su apartado 2 distingue entre cuatro modalidades: personal funcionario de carrera, interino, eventual y laboral. Las tres primeras se rigen por el Derecho Administrativo, y la última por el Derecho del Trabajo además de por el EBEP⁹.

- a) Funcionarios o funcionarias de carrera son «quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente» (art. 9.1 EBEP). Queda reservado a este personal «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas» (art. 9.2 EBEP). Como garantía de independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, gozan del derecho de inamovilidad (art. 14 a) EBEP), de manera que solo pueden ser privados de su condición por expediente disciplinario o condena penal.
- b) Funcionarios o funcionarias interinas son quienes «por razones expresamente justificadas de necesidad y de urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera». Así lo establece el artículo 10.1 del EBEP que, además, exige la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) existencia de plazas vacantes, cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; b) la sustitución transitoria de los titulares; c) la ejecución de programas de carácter temporal; d) y el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Así pues, las características básicas de este tipo de empleo público son tres¹⁰: 1.º el puesto desempeñado es propio del personal funcionario de carrera (si bien no goza del derecho a la inamovilidad ni del derecho a la carrera); 2.º su relación de servicios con la Administración pública es de carácter temporal; 3.º su nombramiento solo puede estar justificado por razones de necesidad y urgencia, concurriendo algunos de los supuestos señalados.

- c) El personal eventual es aquel que «en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, solo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin» (art. 12.1 EBEP). Su nombramiento y cese son libres, pero este último se llevará a efecto en todo caso cuando se produzca el de la autoridad a la que presta la función de confianza o asesoramiento (art. 12.3 EBEP). Se les aplica el régimen general del personal funcionario de carrera, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición (art. 12.5 EBEP); no gozan del derecho a la inamovilidad ni del derecho a la carrera.

⁹ Sobre la materia, véase, *in extenso*, MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones públicas (arts. 8 a 13)», en AA. VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*, Comares, 2008.

¹⁰ DESDENTADO DAROCA, E.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Bomarzo, 2014, págs. 38-39.

- d) Por último, el personal laboral es aquel «que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas» (art. 11 EBEP), pudiendo, en función de la duración del contrato, «ser fijo, por tiempo indefinido o temporal». Así pues, con las salvedades que más adelante se señalarán, las modalidades contractuales laborales que puede utilizar la Administración cuando actúa como empleadora laboral son las previstas en el ET (RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). En cuanto a la normativa de aplicación, este colectivo se rige, «además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables» por los preceptos del EBEP que así se dispongan (art. 7 EBEP).

2.2. EL INCREMENTO DEL EMPLEO PÚBLICO LABORAL TEMPORAL

2.2.1. La paulatina expansión de las relaciones laborales indefinidas no fijas

En la línea marcada por la CE, que manifiesta su clara predilección por el régimen funcionarial aunque sin excluir el laboral¹¹, el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, establece que, 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 personal funcionario.

Se exceptúan de la regla anterior determinados puestos, que podrán desarrollarse por personal laboral, entre los que se encuentran: los no permanentes o destinados a satisfacer necesidades periódicas y discontinuas (así, en el ámbito universitario, son muy frecuentes los contratos de obra o servicio determinado vinculados a proyectos de investigación); las actividades propias de oficios, así como las de vigilancia y custodia; los puestos instrumentales; aquellos que requieran conocimientos técnicos especializados siempre que no existan funcionarios con preparación específica; y determinados puestos de trabajo en el extranjero.

¹¹ Cfr. LÓPEZ GÓMEZ, J. M.: *El régimen jurídico del personal de las Administraciones Públicas*, Madrid: Civitas, 1995, pág. 84. Véanse artículos 103.3 y 149.1.18 de la CE, y la STC 99/1987, de 11 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 763/1984, por la que se declara la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de determinados artículos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública (BOE de 26 de junio de 1987).

Pese a la predilección constitucional y legal por el régimen funcionarial, el empleo público laboral está cobrando una enorme importancia cuantitativa en los últimos tiempos¹², especialmente el temporal y con altas dosis de precariedad¹³. Así lo ha evidenciado el TJUE en sus tres relevantes sentencias de 14 de septiembre de 2016¹⁴, que condenan a España por incumplimiento de la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), sobre trabajo de duración determinada, tanto en el ámbito de las relaciones laborales como en las de naturaleza administrativa. Los efectos de dichas resoluciones son imprevisibles para la Administración pública española, fuertemente marcada por la temporalidad y la precariedad¹⁵. En el momento de cerrarse este artículo, el Gobierno todavía no había perfilado la forma de adaptación de la normativa laboral española a los criterios del TJUE, habiéndose barajado, por parte del Ministerio de Empleo, como vía de solución a esta problemática, la dudosa fórmula del contrato temporal con indemnización creciente¹⁶. Desde fuentes sindicales

¹² Un análisis exhaustivo de las peculiaridades de este colectivo puede verse en MARÍN ALONSO, I.: «Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010», *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 2, 2011, págs. 703 y ss.

¹³ Tal como advierte PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, Bomarzo, 2016, pág. 12, la tasa de temporalidad en España en 2016 es la segunda más alta de la Unión Europea –solo por debajo de la de Polonia–, con un 24% –<http://www.lmayo.ccoo.es/nova/NPortada?CodPortada=1155>, fecha de consulta 8 de diciembre de 2016–, y en lo que se refiere específicamente al empleo público, más de 300.000 personas se encuentran en situación de precariedad laboral (la tasa de interinidad se sitúa en el 11%, ascendiendo al 20% en educación).

¹⁴ TJUE 2016/111, asunto C-596/14, caso De Diego Porras; TJUE 2016/2010, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, caso Martínez Andrés; y TJUE 2016/107, asunto C-16/15, caso Pérez López.

¹⁵ Ello no obstante, son ya muchos los pronunciamientos judiciales dictados en España en aplicación de doctrina «De Diego Porras». Siguiendo a BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: *Guía práctica para el seguimiento de la evolución judicial de la doctrina «De Diego Porras» (DIC'16)* –<http://ignasibeltran.com/2016/12/19/guia-practica-para-el-seguimiento-de-la-evolucion-judicial-de-la-doctrina-de-diego-porras-dic16/>, en línea, fecha de consulta 21 de abril de 2017–, entre otras, pueden verse, SSTSJ de Andalucía/Málaga de 16 de noviembre de 2016, recs. núms. 1515/2016 y 1411/2016; 16 de noviembre de 2016, rec. núm. 1532/2016, y 11 de enero de 2017, rec. núm. 1827/2016, sobre personal eventual; STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2016, rec. núm. 264/2014; STSJ de Asturias de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 1904/2016, y STSJ de Galicia de 17 de febrero de 2017, rec. núm. 4819/2016, sobre personal interino; STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2016, rec. núm. 1962/2016, sobre contrato de obra o servicio; STSJ de Asturias de 8 de noviembre de 2016, rec. núm. 2142/2016; STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2016, rec. núm. 2059/2016; STS de 7 de noviembre de 2016, rec. núm. 766/2016; STSJ de Galicia de 17 de enero de 2017, rec. núm. 3864/2016; STSJ de Galicia de 30 de enero de 2017, rec. núm. 4245/2016, y STS de 28 de marzo de 2017, rec. núm. 1664/2015, sobre personal indefinido no fijo. Procede destacar la STS de 28 de marzo de 2017, que, para un supuesto de extinción de una plaza de indefinido no fijo por cobertura reglamentaria de la plaza, reconoce una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, sin aplicar expresamente la doctrina De Diego Porras. Admite el Alto Tribunal que, pese a ser común este tipo de personal, existe un vacío normativo en cuanto a su régimen jurídico, lo que conduce al Tribunal Supremo a fijar este criterio cuantitativo, en el entendimiento de que, no pudiéndose equiparar la indemnización de este personal a la aplicable al de carácter temporal, «es acogible la indemnización de veinte días por año de servicio, con límite de doce mensualidades», prevista para el despedido por causas objetivas, porque «la extinción aquí contemplada podría ser asimilable a las que el legislador considera como circunstancias objetivas que permiten la extinción indemnizada del contrato».

¹⁶ http://www.eldiario.es/economia/Gobierno-indemnizacion-creciente-sentencia-interinos_0_594590624.html, en línea, fecha de consulta 28 de diciembre de 2016.

se anuncian cientos de demandas por parte de personal empleado público con vínculo temporal, en las que se reclaman, en supuestos de extinción de tales vínculos con la Administración, idénticas indemnizaciones que las previstas para el personal fijo comparable (20 días de salario por año de servicio)¹⁷. No cabe duda de que las sentencias del TJUE y la presión sindical subsiguiente han facilitado la firma, el pasado 29 de marzo de 2017, del [Acuerdo para la Mejora del Empleo Público](#) por parte del ministro de Hacienda y Función Pública y los sindicatos CC.OO., UGT y CSIF. Ahora bien, al margen de las bondades del Acuerdo –al que se hará referencia más adelante–, no cabe duda de que no se podrá poner fin, con cierta garantía de permanencia, a la precariedad de las plantillas públicas si no se conocen y atajan de raíz las verdaderas causas del problema.

Las principales causas de la expansión de la contratación laboral temporal en las Administraciones públicas son las siguientes:

- 1.º Las limitaciones al empleo estable en régimen funcional y estatutario (y, en su caso, laboral) derivadas de la restrictiva tasa de reposición que, sin embargo, no han impedido la contratación laboral temporal y el vínculo funcional o estatutario de duración determinada, al estar los mismos autorizados «en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables»¹⁸. Esta vía de excepción –que en la práctica no ha sido tal, por su cotidianidad– ha permitido seguir atendiendo necesidades esenciales, como las sanitarias y las docentes, pese a la amortización de más de 160.000 plazas de empleo público permanente, en los últimos cinco años, por jubilación¹⁹.
- 2.º Su menor coste económico, «adecuado» a las limitaciones retributivas establecidas en las leyes presupuestarias. Quienes carecen de estabilidad laboral y temen por la extinción de sus contratos, difícilmente plantean reivindicaciones de derechos, lo que allana el camino para el disfrute de peores condiciones laborales que el personal fijo comparable; en el caso de España, la penalización salarial alcanza una diferencia del 30 % respecto de quienes tienen un empleo permanente en situación comparable²⁰.

¹⁷ http://m.eldiario.es/economia/tribunales-espanoles-sentencia-trabajadores-interinos_0_588291362.html (en línea, fecha de consulta 19 de diciembre de 2016).

¹⁸ Véase artículo 20.1.4.Dos de la [LPGE 2016](#).

¹⁹ Recientemente, los medios de comunicación han dado cuenta de que un «informe enviado a Hacienda alerta de que 120.000 empleados públicos de centros penitenciarios, inspectores tributarios, policías, jueces, etc. se jubilarán a medio plazo», pues «una cuarta parte de los funcionarios tiene más de 50 años»; «entre julio de 2011 (periodo en el que se tocó techo a nivel de empleo público) y julio de 2016 (último periodo analizado), se han perdido 167.280 empleos en la Administración Central, comunidades autónomas y organismos locales» (http://www.elconfidencialdigital.com/dinero/preocupa-ministerios-cuarta-parte-funcionarios_0_2850314959.html, en línea, fecha de consulta 6 de enero de 2017).

²⁰ Cfr. OIT: *El empleo atípico en el mundo. Retos y perspectivas*, cit., pág. 17.

- 3.º Su mayor ductilidad y sumisión, lo que «facilita» la gestión de los recursos humanos en el seno de la Administración; sin embargo, tales características están alejadas de la independencia e imparcialidad que se exigen del personal funcionario de carrera, y que son imprescindibles para el ejercicio de los controles necesarios en la lucha contra la corrupción.
- 4.º La respuesta judicial, casi unánime, a la problemática de la celebración de contratos administrativos fraudulentos concertados con personas físicas, que se traduce en la calificación de los mismos como relaciones «laborales indefinidas no fijas» (figura de creación jurisprudencial y con un mínimo amparo legal en los arts. 8 y 11.1 EBEP). Cabe advertir que un idéntico resultado también se produce *de facto* cuando la persona trabajadora «falsa autónoma» que presta servicios para la Administración es correctamente encuadrada en el Régimen General de la Seguridad Social como consecuencia de una actuación de la Inspección de Trabajo.
- 5.º La integración en las Administraciones públicas del personal de empresas o entidades contratistas (art. 42 ET). Ello puede ser resultado, de un lado, de la calificación judicial de las contrataciones como supuestos de cesión ilegal de personas trabajadoras (art. 43.2 ET) y de la opción por parte de estas de adquirir la condición de «fijas» –en realidad, «indefinidas no fijas»– en la Administración *ex artículo 43.4 del ET*. Y, de otro, de procesos de subrogación (art. 44 ET), por reversión a la Administración de funciones o servicios previamente descentralizados, lo que determina la adquisición de la condición de personal indefinido no fijo por parte de quienes venían prestando las actividades externalizadas²¹, sin necesidad de una previa resolución judicial (al igual que en el supuesto de correcto encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social, por actuación inspectora, de quien venía desarrollando un falso trabajo autónomo).
- 6.º Cabe advertir, por último, que tras la *STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15*, se abre una nueva vía para una todavía mayor expansión del personal laboral en las Administraciones públicas, al precisar el Alto Tribunal que la solución del contrato laboral «indefinido no fijo» es también una sanción adecuada frente a la utilización abusiva del personal interino en régimen de Derecho Administrativo, de modo similar que ante la concertación, en fraude de ley, de contratos laborales temporales en la Administración.

²¹ En este sentido, VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R.: «El personal indefinido no fijo y el principio comunitario de igualdad y no discriminación: entre tradición y renovación», *RTSS.CEF*, núm. 404, 2016, págs. 24 y ss., quien trae a colación el proceso de reordenación del sector público llevado a cabo en aplicación de la *Ley 1/2011, de 17 de febrero*, por el que el Servicio Andaluz de Empleo quedó subrogado en todas las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que era titular la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo, la cual entró en liquidación.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la relación laboral «indefinida no fija», creada jurisprudencialmente como sanción frente a la concertación de contratos administrativos y laborales en fraude de ley, va camino de convertirse en el contrato laboral «estrella» en las Administraciones públicas, y todo ello a pesar de la escasa referencia legislativa al mismo.

2.2.2. Mención especial al impulso del personal docente laboral temporal en las universidades públicas: La problemática del profesorado asociado

En las universidades públicas españolas, el personal docente e investigador (PDI) laboral temporal ha ganado terreno en la última década. Este colectivo se halla sometido a un doble régimen jurídico: de un lado, los cuerpos docentes universitarios (catedráticos de universidad, y profesorado titular), ocupados por personal funcionario de carrera regido por el Derecho Administrativo y, de otro, el personal docente e investigador con contrato laboral, incluido en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo. El personal docente laboral fue introducido en el ámbito universitario por la [Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril](#), que modificó la [Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades](#) (LOU). Los contratos laborales específicos del personal docente e investigador universitario previstos en la LOU son: ayudante, profesorado ayudante doctor, profesorado contratado doctor (el único con vinculación permanente), profesorado asociado, profesorado visitante y profesorado emérito (arts. 49 a 54 bis LOU)²². Todos ellos son modalidades contractuales nuevas y diferenciadas de las previstas en el ET, a las que, sin embargo, se les aplica esta última norma de forma supletoria (art. 48.2 LOU).

Asimismo, las universidades pueden contratar: a) personal docente e investigador mediante las modalidades previstas en el ET para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo (art. 48.1 ET); b) personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica (art. 48.1 ET); y personal investigador mediante los contratos laborales específicos previstos en la [Ley 14/2011, de 1 de junio](#), de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: el contrato predoctoral, el contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y el contrato de investigador distinguido²³.

²² Téngase en cuenta que, en relación con la contratación laboral, la LOU impone a las universidades una doble exigencia. Por una parte, los porcentajes máximos permitidos en la contratación de personal laboral computados «en equivalencias a tiempo completo no podrá superar el 49 % del total de personal docente e investigador de la universidad». Y, por otra, los contratos laborales temporales «no podrá superar el 40 % de la plantilla docente». Estos límites son difíciles de mantener, en la actualidad, habida cuenta de la restrictiva tasa de reposición establecida en los últimos años.

²³ Sobre la materia, *in extenso*, véase GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: «La contratación de investigadores por universidades públicas en la Ley de la Ciencia de 2011», *RTSS.CEF*, núm. 404, 2016, págs. 41-76.

De entre todos los contratos laborales suscritos por las universidades públicas con personal docente, el de profesorado asociado –de utilización masiva, a día de hoy– es el que presenta mayor litigiosidad. Este contrato será temporal (trimestral, semestral o anual) y a tiempo parcial; se podrá celebrar con «especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario»; tiene por objeto el desarrollo de tareas docentes a través de las que se aporten «conocimientos y experiencia profesionales»; y será renovable siempre que se siga acreditando «el ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario» (art. 53 LOU).

Sin duda, tras el «éxito» de esta modalidad contractual se encuentra la sustancial reducción de la financiación de la universidad pública (con la consiguiente limitación presupuestaria de gasto en materia retributiva) y el establecimiento de una restrictiva tasa de reposición, que han mermado y envejecido las plantillas universitarias –de 2010 a 2014 se han destruido un total de 3.486 puestos de PDI²⁴, al restringir el acceso a los cuerpos de profesorado funcionario así como a los puestos de personal laboral con vínculo permanente (contratados doctores). Estos recortes, sin embargo, no dispensan, como es obvio, a las universidades públicas del deber de garantizar el derecho fundamental a la educación (art. 27 CE), que se traduce, entre otras obligaciones, en la de atender la docencia dejada de impartir por el profesorado que cesa en la prestación de servicios por jubilación o fallecimiento –entre otras circunstancias–, quedando aquellas constreñidas a adoptar medidas de urgencia, tales como el incremento del número de contratos con profesorado asociado.

El grave riesgo que las universidades corren ante el masivo y obligado recurso al contrato de asociado –que, por sí mismas, no pueden soslayar, al carecer de los medios y de las competencias pertinentes– es el de su utilización desviada, en un doble sentido: a) desde un punto de vista objetivo, por la atención, mediante esta fórmula contractual, de necesidades docentes permanentes y no temporales; y b) desde un punto de vista subjetivo, por la concertación de estos contratos con quienes no observan la exigencia legal de ser especialistas de reconocida competencia que ejerzan su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario (la problemática del «falso profesorado asociado»). El incumplimiento de estos requisitos, objetivo y subjetivo, dará lugar a contrataciones fraudulentas, que además de implicar una vulneración de los derechos laborales de las personas afectadas, se traducirán en una merma en la calidad docente e investigadora en el ámbito de la educación superior pública.

²⁴ Véase, Informe CRUE: *La Universidad española en cifras (2014-2015)*, 2016 (http://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Publicaciones/Universidad%20Espa%C3%B1ola%20en%20cifras/UEC_14-15.pdf), en línea, fecha de consulta 2 de enero de 2017), págs. 74 y 75, en el que, además, se señala: «La aplicación de la tasa de reposición a partir de su aprobación en abril del 2012 ha afectado decisivamente a la cualificación profesional de las plantillas universitarias de profesorado, reduciéndose por la vía de la jubilación en 1.499 la presencia de catedráticos y titulares de universidad e impidiendo la promoción de más de 5.000 profesores acreditados para el acceso a estas categorías profesionales. El resultado es que el perfil profesional que a finales del año 2014 presentan las plantillas universitarias de profesorado es, tanto cuantitativa como cualitativamente, muy similar al que ofrecían a finales del año 2006».

Sobre esta modalidad contractual ha tenido oportunidad de pronunciarse el TJUE, en [Sentencia de 13 de marzo de 2014](#), respecto de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona²⁵, sobre la adecuación de esta modalidad contractual a la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#). Como se verá, en este caso, la respuesta del Alto Tribunal no ha sido tan contundente como la de sus sentencias de 14 de septiembre de 2016.

Uno de los aspectos que el TJUE destaca es la ausencia en el artículo 53 de la LOU de alguna medida que evite la utilización abusiva de esta modalidad contractual mediante la concate-nación de contratos temporales. Otra de las cuestiones debatidas es la naturaleza de las funciones realmente desempeñadas por el profesor asociado, al considerar que estos contratos de duración determinada «no pueden renovarse para el desempeño permanente y duradero, aun a tiempo parcial, de tareas docentes incluidas normalmente en la actividad del personal docente permanente». Ahora bien, considera el TJUE que la celebración y renovación, por parte de las universidades, de contratos de trabajo de duración determinada con profesorado asociado, «están justificadas por la necesidad de confiar a «especialistas de reconocida competencia» que acrediten que ejercen su actividad profesional fuera de la universidad el desarrollo a tiempo parcial de tareas docentes específicas». Asimismo, precisa que los contratos de trabajo en cuestión «se celebran y renuevan siempre que siga cumpliéndose el requisito del ejercicio de la actividad profesional», debiendo finalizar «cuando el profesor asociado de que se trate cumpla la edad de jubilación». Finalmente, el Alto Tribunal concluye su razonamiento jurídico manifestando que la normativa europea analizada no se opone a la normativa nacional «que permite a las universidades renovar sucesivos contratos de duración determinada celebrados con profesores asociados, sin límite alguno en lo que atañe a la duración máxima y al número de prórrogas de dichos contratos, desde el momento en que tales contratos están justificados por una razón objetiva», y deja a la independencia de los órganos judiciales internos la responsabilidad de apreciar la existencia de dicha razón objetiva.

En aplicación de esta doctrina, el Juzgado de la Social n.º 3 de Barcelona, en Sentencia de 28 de marzo de 2014, considera que no «se acredita que verdaderamente el actor cubriese esas necesidades temporales que justificarían la contratación de duración determinada, sino todo lo contrario, pues [...] desarrollaba su trabajo dentro de la actividad permanente, habitual y duradera de la Universidad». Descartada la nulidad del contrato, el juez concluye que el incumplimiento de los requisitos de contratación de esta modalidad contractual permite apreciar fraude de ley y, en consecuencia, la transformación del contrato en indefinido (no fijo).

Ahora bien, dado el carácter «abierto» de la [STJUE de 13 de marzo de 2014](#), las sentencias posteriores sobre la materia de las salas de lo social de distintos tribunales superiores de justicia han sido dispares y, en ocasiones, contradictorias, pronunciándose, en unos casos, sobre el cumpli-

²⁵ Cfr. PÉREZ DEL REY, J. y TRILLO PÁRRAGA, F.: «Precariedad en la Universidad Pública: los falsos asociados». Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava), de 13 de marzo de 2014», *Revista de Derecho Social*, núm. 66, 2014, págs. 135 y ss. y MORENO GENÉ, J.: «La contratación irregular de profesores asociados de universidad y sus efectos. Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, de 28 de marzo de 2014», *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, págs. 235 y ss.

miento del requisito del ejercicio de una actividad fuera del ámbito académico universitario y, en la inmensa mayoría de los supuestos, sobre el carácter temporal o permanente del vínculo. Sin ánimo exhaustivo, para el TSJ de Cataluña, en Sentencia de 19 de junio de 2014, rec. núm. 24/2014, este tipo de contrato es de naturaleza temporal²⁶, no transformándose en indefinido por incumplimiento del requisito de ejercicio de la actividad profesional fuera del ámbito académico universitario; sin embargo, como es razonable, este mismo órgano judicial considera que si la actividad para la que trabajador ha sido realmente contratado, es distinta de la docente especificada en el contrato, este es fraudulento y la relación laboral indefinida (STSJ de Cataluña, 27 de septiembre de 2016, rec. núm. 3407/2016). En la misma línea de la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2014, pero, con mayor contundencia, se expresa el TSJ de Murcia, [Sentencia de 14 de marzo de 2016, rec. núm. 384/2015](#)²⁷, para el que «la propia Sentencia del TJUE admite la posibilidad de utilización de este contrato para la cobertura de necesidades permanentes o recurrentes», siendo el vínculo de carácter temporal por mandato legal²⁸. Sin embargo, para el TSJ de Madrid, en [Sentencia de 24 de octubre de 2014, rec. núm. 548/2014](#)²⁹, la prestación de servicios como profesor asociado durante un amplio periodo (16 años) y la uniformidad de la tarea docente son reveladores de que «la enseñanza de esta materia constituía una necesidad permanente del citado centro universitario»; en términos similares, el TSJ del País Vasco, en Sentencia de 22 diciembre de 2015, rec. núm. 2268/2015, entiende que existe una relación laboral indefinida por fraude de ley, derivada de la concertación de sucesivos contratos temporales durante más de 20 años, que responden a una necesidad permanente del centro; y, en fin, para el TSJ de Andalucía/Sevilla, en la Sentencia de 22 de junio de 2016, rec. núm. 2154/2015, no existe una necesidad docente coyuntural sino permanente y duradera cuando la mayor parte de la docencia de las asignaturas del área de conocimiento está atribuida a profesorado asociado, concluyendo que se ha utilizado esta modalidad contractual en fraude de ley.

No cabe duda de que la problemática del profesorado asociado en las universidades públicas españolas se encuentra en plena efervescencia, requiriendo de respuestas urgentes. Como se ha evidenciado, un número significativo de tribunales superiores de justicia, en aplicación de la doctrina del TJUE, empieza a considerar que la prestación de servicios como profesora o profesor asociado durante muchos años es reveladora de la existencia de una necesidad docente permanente y no temporal. En este contexto, en algunas universidades se han constituido plataformas que reclaman mejoras contractuales de diferente índole para este colectivo; así, en el caso de la Universitat de

²⁶ En otras sentencias del TSJ de Cataluña se recuerda que estos contratos son temporales y que se pueden renovar sin límite alguno en lo que atañe a su duración máxima y número de prórrogas, si están justificados por una razón objetiva (Sentencias de 5 de enero de 2015, rec. núm. 6114/2014; 22 de mayo de 2015, rec. núm. 1663/2015; 14 de noviembre de 2016, rec. núm. 4498/2016, y 9 de enero de 2017, rec. núm. 5599/2016). En parecidos términos, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de enero de 2017, rec. núm. 1690/2016.

²⁷ Un comentario a esta sentencia puede verse en MOLINA NAVARRETE, C.: «Uso y abuso del profesor asociado en la universidad. ¿Todos "falsos"? (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 14 de marzo de 2016, rec. núm. 384/2015)», *RTSS.CEF*, núms. 401-402, 2016, págs. 167-175.

²⁸ En el mismo sentido, STSJ de Asturias de 28 de febrero de 2017, rec. núm. 209/2017.

²⁹ En similares términos, SSTSJ de Madrid de [12 de diciembre de 2014, rec. núm. 713/2014](#), y 23 de febrero de 2017, rec. núm. 829/2016.

València, el profesorado asociado ha presentado una queja ante la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo en la que se denuncian las precarias condiciones laborales sufridas, exigiéndose una «remuneración digna y adecuada al nivel de cualificación» (a igual trabajo, igual salario), además de una figura contractual específica aparte de la del profesorado asociado o, alternativamente, la transformación de los contratos temporales en indefinidos conforme a la [Directiva 1999/70/CE](#)³⁰.

La Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), concedora de primera mano de la situación de colapso en la renovación de plantillas que sufre la universidad pública española³¹, en su reunión del pasado 16 de diciembre de 2016, ha puesto de manifiesto que es imprescindible que se elimine la tasa de reposición aplicada con el fin de que cada institución, atendiendo a su autonomía universitaria, determine «sus prioridades de contratación en cada momento respetando, en todo caso, las limitaciones presupuestarias de gasto en personal que fije la Administración de la que dependen»³².

Desde nuestro punto de vista, esta medida permitiría reducir el número de contratos con profesorado asociado, sustituyéndolos, en parte, por profesorado con vinculación permanente laboral o en régimen funcionarial. Sin embargo, no sería suficiente para paliar todos los efectos negativos derivados de la reducción de las plantillas universitarias producida durante los últimos años. Dado que la formación del profesorado universitario no puede improvisarse y es costosa, la eliminación de la tasa de reposición debería verse acompañada –siguiendo la tendencia de la mayoría de los países de la Unión Europea y de la OCDE durante la actual crisis económica–³³, de un sustancial

³⁰ Véase la noticia en http://www.eldiario.es/sociedad/Profesores-universitarios-Parlamento-Europeo-condiciones_0_578842418.html, en línea, fecha de consulta 2 de enero de 2017, en la que puede leerse que «los recortes en la educación superior aplicados» por el Gobierno provocan un doble problema: «El colapso estructural en la renovación de plantillas» y «el deterioro de las condiciones profesionales y la desprotección de derechos laborales básicos de los docentes universitarios».

³¹ La CRUE es una asociación sin ánimo de lucro constituida en el año 1994; está formada por un total de 76 universidades españolas: 50 públicas y 26 privadas. Constituye el principal interlocutor de las universidades con el Gobierno central y desempeña un papel clave en todos los desarrollos normativos que afectan a la educación superior en España (<http://www.crue.org/SitePages/QueEsCrueUniversidadesEspa%C3%B1olas.aspx>, en línea, fecha de consulta de enero de 2017).

³² <http://www.crue.org/Documentos%20compartidos/Comunicados/2016.12.16%20NP%20Reuni%C3%B3n%20Crue%20Universidades%20Espa%C3%B1olas%20y%20ANECA%20-%20nuevo%20sistema%20acreditaci%C3%B3n%20docentes.pdf>, en línea, fecha de consulta 28 de diciembre de 2016.

³³ Tal como se pone de manifiesto en el Informe de la CRUE, *La Universidad española en cifras (2014-2015)*, cit., pág. 56, la mayoría de los países de la Unión Europea y de la OCDE durante la crisis han priorizado y han incrementado el gasto público en educación superior, considerando que en la misma, junto a la I+D+i, está la base de su competitividad presente y futura; sin embargo, en España, durante este periodo, el gasto público en educación superior ha retrocedido hasta situarse en niveles de 2005. Como también se indica en el Informe (pág. 56), las perspectivas no son esperanzadoras: la reciente «actualización de Programa de Estabilidad 2016 a 2019» (MINECO 2016) presentada ante la Comisión Europea se plantea como objetivo reducir el gasto público en la política de educación del 4,03% del PIB en 2015, al 3,76% del PIB en 2019. Una reducción en términos reales de 3.026 millones de euros, adicionales a los 4.980 millones de euros que ya se han deducido en el periodo 2011 a 2014».

incremento de la financiación de la educación superior, por parte de la Administración central y de las autonómicas, que implicara un aumento significativo del techo presupuestario en materia de gasto de personal. La mejora de la financiación universitaria no solo permitiría incrementar la plantilla de profesorado con vinculación permanente sino también elevar, de forma significativa, la contratación de profesorado universitario en formación desde sus estadios iniciales (ayudantes y profesorado ayudante doctor); todo ello haría posible, a su vez, que se recondujera la figura del profesorado asociado –cuya experiencia profesional es imprescindible para enriquecer y completar la docencia universitaria–, a los justos términos para los que fue concebida. La cuadratura del círculo se alcanzaría si las comunidades autónomas, Administraciones competentes en materia de régimen retributivo del personal docente e investigador en régimen laboral (art. 55.1 LOU), mejoraran las exiguas remuneraciones del profesorado asociado, dentro del marco general propiciado por el aumento del techo de gasto en materia de personal, al que más arriba se ha hecho referencia.

En definitiva, es el legislador –tanto el central como los autonómicos–, quien tiene en su mano la llave, no solo para la dignificación de las condiciones laborales de este colectivo, sino también para poner fin al colapso en la renovación de las plantillas universitarias. La universidad pública, mientras no mejore su financiación, se amplíe su techo de gasto en materia retributiva y desaparezca su tasa de reposición, tiene escaso margen de maniobra en la materia, siendo una víctima más de los enormes recortes producidos en España que han hecho retroceder el gasto público en educación superior hasta situarse en niveles de 2005.

A la vista de lo expuesto, y a la espera de la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017 (LPGE 2017), no es una buena noticia que el [Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo](#), por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Cuerpos de Policía dependientes de las comunidades autónomas para 2017, haya vuelto a fijar una tasa de reposición de «hasta un máximo del 100% –con el límite del «respeto, en todo caso, a las disponibilidades presupuestarias del capítulo I» (art. 1)– en el ámbito de los cuerpos de funcionarios docentes no universitarios, los cuerpos de catedráticos de universidad, profesores titulares de universidad y profesores contratados doctores de Universidad. Pero lo que resulta especialmente lamentable, como se comprobará a continuación, es que el [Acuerdo para la mejora del empleo Público de 29 de marzo de 2017](#) haya excluido a las universidades públicas de la consideración de sectores esenciales, a efectos de la adopción de medidas extraordinarias para la reducción de la precariedad laboral, y todo ello a pesar de la destrucción en los últimos años de 3.486 puestos de PDI permanente, de las inaceptables condiciones laborales que sufre una parte importante del colectivo, así como de la especial situación de desamparo en la que se encuentra el profesorado en formación y que, además, compromete el futuro de la educación superior pública en España.

2.2.3. El Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017

El desmesurado crecimiento del empleo público temporal por las razones descritas más arriba, hasta alcanzar los 300.000 puestos temporales –el 30% en sanidad, el 25% en la Administra-

ción de justicia y el 20 % en la enseñanza no universitaria³⁴, junto al contenido de las sentencias del TJUE y la presión sindical, han facilitado el **Acuerdo para la Mejora del Empleo Público**, por parte del ministro de Hacienda y Función Pública y los sindicatos CC. OO., UGT y CSIF, con el que se pretende dar estabilidad a las plantillas, dentro de los límites y reglas de gasto establecidos, y bajar al 8 % la tasa de temporalidad en tres años (2017-2019).

En particular, el **Acuerdo** aspira a que, en determinados sectores considerados esenciales –docencia no universitaria, salud, administración de justicia, servicios sociales, policía local, gestión tributaria y recaudación, e inspección y sanción de servicios y actividades–, se convoquen –sin consumir tasa de reposición y previa autorización en las leyes presupuestarias–, «las plazas que, desde hace al menos tres años, vengán estando ocupadas por personal con una vinculación temporal, de forma que se pueda reducir, a lo largo de los próximos tres años, y en un máximo de un 90 %, las plazas ocupadas de forma temporal y la cifra de personal con una vinculación temporal existente a la fecha de firma de este acuerdo»³⁵.

A tal efecto, el **Acuerdo** precisa que deberán ofertarse en estos procesos plazas estructurales desempeñadas por personal interino o eventual estatutario en los términos del **Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud**, y por personal declarado indefinido no fijo por sentencia judicial, así como las plazas dotadas presupuestariamente que hayan estado ocupadas ininterrumpidamente de forma interina o temporal desde una fecha anterior al 1 de enero de 2005.

Como resultado de este proceso de estabilización del empleo público, el Ministerio de Hacienda y Función Pública anuncia que se podría llegar «a un total aproximado de 250.000 plazas consolidadas, de las que 237.070 corresponden a los ámbitos de sanidad (129.700), docencia (98.807) y administración de justicia (8.564)»³⁶.

Simultáneamente, el **Acuerdo** prevé que la LPGE 2017 incorporará una tasa de reposición del 100 % en los sectores calificados como prioritarios hasta ahora en la LPGE, e incrementa al 100 % la tasa a otros servicios públicos que se consideran esenciales para atender las necesidades de la ciudadanía. En concreto, los sectores prioritarios recogidos en el **Acuerdo** para los que se prevé una tasa de reposición del 100 %, entre otros, son: sanidad, educación, Administración de justicia, servicios sociales, control y lucha contra el fraude fiscal, laboral, de subvenciones públicas y contra la Seguridad Social, prevención y extinción de incendios, políticas activas de empleo, atención a la ciudadanía en los servicios públicos, prestación directa del servicio de transporte público y seguridad y emergencias. Esta misma tasa también se aplicará a las sociedades mercantiles públicas y entidades públicas empresariales que gestionen servicios prioritarios para la contratación de nuevo personal. Para el resto de los sectores se mantiene una tasa general de reposición del 50 %.

³⁴ <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2017/S.%20E.%20FUNCION%20P%20C3%9ABLICA/29-03-17%20NP%20Acuerdo%20mejora%20del%20empleo%20publico.pdf> (en línea, fecha de consulta 21 de abril de 2017).

³⁵ <http://www.ccoo.es/cms/g/publico/2/o214794.pdf> (en línea, fecha de consulta 21 de abril de 2017).

³⁶ <http://www.minhfp.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2017/S.%20E.%20FUNCION%20P%20C3%9ABLICA/29-03-17%20NP%20Acuerdo%20mejora%20del%20empleo%20publico.pdf>, cit.

2.3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA CONSIDERACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Tras las cuatro modalidades de empleo público enumeradas más arriba, y sometidas a un doble régimen jurídico, se sitúan personas que prestan servicios por cuenta ajena y con dependencia funcional en el ámbito de organización y dirección de una Administración pública. Además, con frecuencia, aquellas realizan trabajos equivalentes, con independencia de la naturaleza laboral o administrativa del vínculo y del carácter temporal o permanente del mismo, circunstancia a la que, por lo general, no se le presta la debida atención³⁷. Y todo ello a pesar de que, es posible que, por una parte, se generen situaciones discriminatorias para el personal temporal respecto del personal fijo comparable—como recientemente ha denunciado el TJUE en sus sentencias de 14 de septiembre de 2016— y, por otra, se ejerzan funciones de fiscalización que exijan independencia e imparcialidad por parte de quienes, teniendo una vinculación temporal con la Administración, se hallen sometidos a la incertidumbre de la prórroga o extinción de su contrato o relación administrativa.

Retomando la idea de que todo el personal empleado público realiza una actividad dependiente y por cuenta ajena, no debe olvidarse que la previsión del [artículo 1.3 a\) del ET](#), en virtud de la cual se excluye al personal funcionario público y en régimen estatutario de la aplicación de la normativa laboral, constituye una excepción a la regla general según la cual toda actividad que reúna las notas de laboralidad *ex artículo 1.1 del ET* queda incluida dentro del ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo.

Precisamente, por no prestar servicios por cuenta ajena y con dependencia funcional en el ámbito de organización y dirección de un tercero, no tiene la consideración de persona empleada pública quien trabaja para una Administración en virtud de un contrato de servicios concertado conforme a la [LCSP](#), teniendo tal consideración aquellos cuyo objeto son «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidos a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro» (art. 10).

Por medio de estos contratos administrativos las distintas Administraciones tienen permitido externalizar, a través de empresas o personas trabajadoras por cuenta propia, parcelas de actividad, coincidentes, con frecuencia, con aquellas que ya no pueden prestar mediante su propio personal por las restricciones presupuestarias sufridas en materia retributiva. Las externalizaciones tienen, a su vez, la «ventaja» de su «reducido coste», pues las empresas contratistas, fuente de empleo atípico y precario, suelen ofrecer a sus trabajadores y trabajadoras condiciones laborales inferiores a las disfrutadas por el personal empleado público.

El artículo 62.1 de la [LCSP](#) establece que las personas físicas o jurídicas que pretendan optar a ser adjudicatarias de un contrato de este tipo deben acreditar «condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica» (art. 62. 1 [LCSP](#)); luego, sujeto del contrato

³⁷ En este sentido, VALLECILLO GÁMEZ, M.ª R.: «El personal indefinido no fijo y el principio comunitario de igualdad y no discriminación...», cit., pág. 15.

solo podrá serlo una empresa individual (persona trabajadora autónoma) o social con capacidad de alcanzar el objeto del mismo³⁸. Su duración máxima, como regla general, es de cuatro años, ampliables a seis, con varias excepciones previstas en la norma (art. 301.3 LCSP). Expresamente, esta prevé que, a su extinción, «no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante» (301.4 LCSP), previsión, que, como ya se ha adelantado, no ha impedido la existencia de numerosos pronunciamientos judiciales que, ante la concurrencia de determinadas circunstancias, califican tales relaciones como laborales indefinidas no fijas.

3. LA PRIVILEGIADA VÍA DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO A TRAVÉS DEL CONTRATO MENOR DE SERVICIOS EN FRAUDE DE LEY

Entre los contratos administrativos de servicios merecen especial atención, por la gran flexibilización de las exigencias formales y de los requisitos de adjudicación de los que la LCSP les hace beneficiarios, los que tengan la consideración de contratos menores, al ser su importe inferior a 18.000 euros. Tales contratos «podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111» (art. 138 LCSP). Y, en lo que se refiere a la tramitación del correspondiente expediente, solo se exigirá «la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura» (art. 111.1 LCSP), siendo esta una clara excepción a la regla general conforme a la cual los contratos que celebren las Administraciones públicas «deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación» (art. 156.1 LCSP). La única contrapartida que la ley establece a tan importante merma de garantías es su tajante limitación temporal, pues estos contratos «no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga» (art. 23.3 LCSP).

En determinadas Administraciones, se ha constatado la tendencia reiterada a utilizar contratos menores –no formalizados por escrito y remunerados previa presentación de la correspondiente factura–, que, vulnerando la previsión del artículo 23.3 de la LCSP, vienen siendo objeto de sucesivas prórrogas, a veces disimuladas mediante la celebración de contratos nuevos con las mismas personas. Ahora bien, lo que podría ser una mera irregularidad administrativa se complica cuando a las reiteradas prórrogas se añade que el servicio se presta con habitualidad, en las dependencias administrativas, a cambio de una retribución fija y periódica, sin asumir los riesgos de la actividad, en un horario predeterminado, y sin autonomía organizativa³⁹. En tales casos, los

³⁸ STS de 27 de abril de 2015, rec. núm. 1237/2014.

³⁹ Véase, entre otras, STS (Sala de lo Social) de 22 de enero de 2008, rec. núm. 4282/2006, sobre contrato administrativo de consultoría y consulta técnica concertado con licenciada en Derecho, por la Junta de Andalucía, para realizar en el Servicio de Protección de Menores funciones idénticas a las de sus compañeros funcionarios o laborales, teniendo despacho propio, horario fijo y retribución mensual. Atendiendo a las circunstancias del caso y al modo en que se ha desarrollado la relación entre las partes, el Tribunal Supremo, finalmente, resuelve que se ha producido una contratación formalmente administrativa pero de naturaleza laboral.

contratos administrativos de servicios encubren, en realidad, una relación laboral, lo que supone un fraude en la contratación laboral y de seguridad social (arts. 125.3 y 6.4 [Código Civil](#))⁴⁰, y constituye una clara huida de la aplicación de los principios y procedimientos que han de regir el acceso al empleo público, tolerada o propiciada por quienes tienen la responsabilidad de gestionar adecuadamente los recursos humanos en las Administraciones.

Es posible que tales gestores, constreñidos por las restricciones presupuestarias en materia de gasto de personal –especialmente, a partir de la entrada en vigor de la [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril](#)– y por la exigua tasa de reposición establecida, se hayan visto «forzados» a tolerar, como un mal menor, la opción posibilista de la contratación administrativa fraudulenta ante la necesidad de prestar servicios públicos a la ciudadanía.

Ahora bien, no debe olvidarse que la privilegiada vía de acceso a la contratación administrativa, al margen de la concurrencia, que ofrece el contrato menor puede convertirse, en manos de gestores sin escrúpulos, en un mecanismo que, en un contexto de restricciones presupuestarias, acabe propiciando situaciones próximas al nepotismo, el clientelismo y, en definitiva, a la corrupción, a las que es preciso poner freno⁴¹, en defensa del interés general y de la independencia e imparcialidad que solo está en condiciones de garantizar el personal empleado público que ha superado un riguroso proceso selectivo, conforme a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

No contribuye a solventar la cuestión apuntada ni la ausencia de una contundente respuesta legal a la misma, ni la solución que la jurisprudencia social viene ofreciendo a esta problemática mediante la construcción, a partir del año 1996, de la denominada «relación laboral indefinida no fija». Recuérdese que, con esta figura contractual –en palabras del propio Tribunal Supremo–, se intenta «salir al paso de la existencia de irregularidades en la contratación de las Administraciones Públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado», en el entendimiento de que tal efecto pugna «con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público –tanto funcional, como laboral– en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad»⁴².

⁴⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La contratación Administrativa de Servicios como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas», *cit.* Sobre la materia, *in extenso*, BONILLA PURCALLA, M. A.: «El fraude de ley en la contratación temporal», en VV. AA, Monereo Pérez, J. L. (dir.) y Serrano Falcón, C. (coord.), *Modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, 2010.

⁴¹ Sobre la necesidad de mejorar el procedimiento de contratación pública, puede verse GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L.: «El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España: Algunas propuestas de mejora desde el enfoque de la gestión pública», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 48, marzo-abril 2017, págs. 60-65.

⁴² [STS de 14 de octubre de 2013, rec. núm. 68/2013](#). Mantienen esta doctrina jurisprudencial, entre otras muchas, las [SSTS de 21 de julio de 2011, rec. núm. 2883/2010](#); [16 de diciembre de 2013, rec. núm. 3265/2012](#); [26 de marzo de 2014, rec. núm. 1255/2013](#), y [21 de julio de 2014, rec. núm. 2676/2013](#). Son ilustrativos los argumentos utilizados en

Sin embargo, a nuestro juicio, tan relevantes principios legales y constitucionales, que, entre otras finalidades, tienen la de salvaguardar la independencia e imparcialidad que se requiere de toda persona empleada pública, pueden verse, *de facto*, soslayados, si, tras la declaración judicial de laboralidad de la relación que se inició a partir de un contrato administrativo de servicios fraudulento adjudicado sin concurrencia, la plaza se consolida *de facto*, al no ser provista por el procedimiento reglamentario o por dilatarse excesivamente su provisión.

Para finalizar este apartado, conviene recordar que, tras diversos vaivenes jurisprudenciales, en la actualidad se entiende que el contrato indefinido no fijo queda sometido a término, de suerte que las personas trabajadoras declaradas en esta situación continúan en su puesto de trabajo hasta que se cubra la plaza de forma reglamentaria⁴³. Conforme a la [STJUE de 14 de septiembre de 2016 \(caso De Diego Porras contra el Ministerio de Defensa\)](#), tras la cobertura de la plaza, la extinción del contrato comportará una indemnización de 20 días por año, al ser la naturaleza del contrato indefinido no fijo equiparable a la del de interinidad⁴⁴, criterio cuantitativo asumido en la [STS \(Sala de lo Social\) de 28 de marzo de 2017, rec. núm. 1664/2015](#), aunque, curiosamente, sin hacer mención a la doctrina del TJUE. Por lo demás, la amortización de la plaza no conllevará la extinción automática de la relación laboral⁴⁵, debiendo la Administración pública utilizar los procedimientos de despido objetivo o colectivo (arts. 51 y 52), teniendo el trabajador afectado derecho, igualmente, a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio⁴⁶.

la [STS de 27 de abril de 2015, rec. núm. 1237/2014](#), en la que el Alto Tribunal considera que la relación que media entre la Administración y la demandante es indefinida no fija por las siguientes razones: 1) Desde un punto de vista material, la prestación de servicios en régimen de ajenidad y dependencia es de naturaleza jurídico-laboral, y solo se puede calificar como contrato administrativo si una ley permite la exclusión (exclusión constitutiva); ahora bien, dicha exclusión no es un cheque en blanco que se concede a la Administración pública para que convierta en contrato administrativo cualquier contrato materialmente laboral, sino que ha de tener un fundamento para a no ser contraria a la CE (arts. 35. 2 y 103.3). 2) La CE establece un modelo bipolar (funcionarios y laborales) del personal al servicio de las Administraciones públicas, modelo que siempre ha permitido algunas excepciones de contratos administrativos de prestaciones de servicios personales que, como tales excepciones, deben ser interpretadas restrictivamente. 3) La definición del artículo 10 de la LCSP no ampara la contratación de personas individuales para realizar una actividad prestada en régimen de estricta dependencia y en los términos configuradores de la relación de trabajo.

⁴³ Entre otras muchas, SSTS de [13 de mayo de 2014, rec. núm. 2214/2013](#); [11 de junio de 2014, rec. núm. 2100/2013](#), y [9 de junio de 2016, rec. núm. 25/2015](#).

⁴⁴ PRECIADO DOMÉNECH, C. H.: *La contratación temporal tras las SSTJUE de 14 de septiembre de 2016. Los casos De Diego Porras, Pérez López y Martínez Andrés*, cit., pág. 51. En este sentido, en la doctrina judicial, SSTSJ de Asturias de [8 de noviembre de 2016, rec. núm. 2142/2016](#) y de Galicia de [26 de octubre 2016, rec. núm. 2059/2016](#).

⁴⁵ Criterio mantenido a partir de la [STS de 24 de junio de 2014, rec. núm. 217/2013](#).

⁴⁶ *Cfr.* LÓPEZ INSUA, B. M.: «El cambio en la doctrina jurisprudencial sobre las extinciones contractuales de trabajadores interinos e indefinidos no fijos», *Revista de Información Laboral*, núm. 12/2014, parte Art. Doctrinal (BIB 2014\4500). Con carácter general, sobre el despido objetivo y colectivo en el sector público, véase MARÍN ALONSO, I.: «La causa "económica" en la disposición adicional vigésima del ET y la incidencia de los presupuestos económicos-financieros en el despido objetivo y colectivo del sector público», en Á. Arias Domínguez y J. M. Rodríguez Muñoz (coord.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi, 2015, págs. 255 y ss.

4. EL FALSO TRABAJO AUTÓNOMO EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA EVENTUAL VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 23.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: LA SOLUCIÓN ITALIANA

El artículo 21.2 de la [Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948](#) (DUDH) establece que «toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país». En esta misma línea, la Constitución Española reconoce a la ciudadanía el derecho fundamental a «acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes» (art. 23.2), a la vez que prevé que la ley regulará «el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad» (103.2 [CE](#)).

En desarrollo de estas previsiones, el artículo 55 del [EBEP](#) dispone que todos los ciudadanos y ciudadanas «tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad», debiendo las Administraciones públicas seleccionar a «su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios constitucionales antes expresados», así como los de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.

Así pues, las Administraciones públicas pueden contar con personal funcionario y laboral, debiendo accederse, en ambos casos, al empleo público en cumplimiento de los principios y procedimientos delimitados en la [CE](#) y en el [EBEP](#). Sin embargo, como ya se ha advertido, es posible que –por sentencia judicial o por actuaciones de la Inspección de Trabajo–, personas físicas contratadas sin concurrencia por las Administraciones públicas, mediante contratos administrativos de servicios, pasen a ser consideradas personal laboral de las mismas, en aplicación de los artículos [1.1](#) y [8.1 del ET](#).

Esta solución jurisprudencial, basada en la *vis atractiva* que ejerce el Derecho del Trabajo sobre toda prestación remunerada realizada por cuenta de otro, puede entrar en contradicción, de un lado, con el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos y los principios y procedimientos que han de regir dicho acceso conforme a la [DUDH](#), la [CE](#) y el [EBEP](#), y de otro, paradójicamente, con las políticas públicas que han afectado duramente al capítulo I de los presupuestos de todas las Administraciones públicas, mediante la congelación/limitación de la tasa de reposición y el establecimiento de un restrictivo techo de gasto en materia de personal.

En la medida en que los artículos 23.2 de la [CE](#) y 21.2 de la [DUDH](#) contienen derechos fundamentales, su aplicación por parte de los órganos judiciales debería ser prioritaria, lo que podría poner en cuestión la jurisprudencia que está permitiendo el acceso de determinadas personas a las Administraciones públicas –como personal laboral– en condiciones que difícilmente pueden ser calificadas «de igualdad» y, en consecuencia, vulnerando los citados preceptos.

Se ha de señalar, no obstante, que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre esta materia, rechazando que tal vulneración pueda producirse, en tres Autos del año 2009 (122/2009, 124/2009 y 135/2009) en los que da respuesta a tres cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid, respecto de los artículos 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del ET, por considerar que los mismos infringen los artículos 14, 23.2 y 103 de la CE, en lo que se refiere a la contratación temporal, o incluso fija, en el empleo público, siempre que se haya incurrido en la omisión del procedimiento de selección previsto o que no se hayan satisfechos los principios establecidos en los artículos 23.2 y 103 de la CE.

Interpreta el Juzgado de lo Social n.º 33 de Madrid que el principio de igualdad formal resultaría malparado si alguien pudiera acceder a un puesto público sin ser objeto de un procedimiento de selección objetivo, pues se le privilegiaría frente al resto de la ciudadanía. Asimismo, entiende que la circunstancia de que la relación se convalidase como «meramente indefinida» y no fija no escondería que resultase beneficiado quien así accediera, proporcionándole ventajas, como el disfrute de un empleo y unas remuneraciones públicas por tiempo indeterminado, además de una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante por el procedimiento establecido. Interpreta, por último, que la desigualdad no se produciría solo frente al resto de los ciudadanos y ciudadanas que no acceden al empleo público, sino también frente a las personas contratadas en régimen de temporalidad con cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto para ello, al darse lugar a la coexistencia de dos grupos de trabajadores temporales en activo: «los contratados regularmente o con defectos sustanciales no trascendentes y los contratados con omisión cualificada del procedimiento de selección».

Como se ha adelantado, el Tribunal Constitucional resolvió las tres cuestiones de inconstitucionalidad considerando que la construcción jurisprudencial de la figura la relación laboral «indefinida no fija» supone una interpretación del ET, que en su aplicación al empleo público, es respetuosa con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad de acceso al mismo. Ello no obstante, quizá sea el momento de que se produzca un replanteamiento de la jurisprudencia social y de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este espinoso asunto, o que, al menos, se ofrezca una adecuada solución legal al mismo. A nuestro juicio, la problemática del fraude en la contratación administrativa de servicios que encubre una relación laboral constituye un flagrante incumplimiento de los principios constitucionales de acceso al empleo público, especialmente del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE), fraude contra el que hay que luchar en garantía de los intereses generales y de la imparcialidad e independencia que ha de exigirse a quien ocupa un empleo público. La persona empleada pública imparcial e independiente, que ha demostrado mérito y capacidad en procesos selectivos debidamente publicitados, constituye un adecuado mecanismo de control⁴⁷,

⁴⁷ Sobre la importancia de la profesionalización de la gestión pública, en cuanto profesión estratégica en orden a minimizar los riesgos de la corrupción en el uso de los fondos públicos, véase GONZÁLEZ GONZÁLEZ, L.: «El problema de los defectos e irregularidades en el procedimiento de contratación pública en España: algunas propuestas de mejora desde el enfoque de la gestión pública», cit., págs. 61-63.

que sumado a otros –como, por ejemplo, los establecidos en las leyes de transparencia⁴⁸, pueden poner freno a los intolerables casos de corrupción política que sufre la Administración española; por el contrario, cuando los recursos humanos en una Administración pública tienen un carácter marcadamente clientelar, una parte sustancial de los controles se diluyen.

La necesaria reforma normativa, a la que más arriba se ha hecho referencia, debería estar dirigida a: 1) Impedir el acceso a un empleo público laboral indefinido no fijo a quien no haya superado ningún proceso selectivo en los términos previstos en la CE; a tal efecto, una vez declarada la existencia de la relación laboral encubierta (art. 8.1 ET), procedería la declaración de nulidad de la misma, por incumplimiento de los principios constitucionales de acceso al empleo público laboral⁴⁹. 2) A sancionar a las personas responsables de estas situaciones. 3) Y a indemnizar a la persona trabajadora objeto de la contratación fraudulenta.

Tal regulación podría inspirarse en el Derecho italiano, que ofrece una eficaz solución a esta problemática. El artículo 97 de la Constitución Italiana (CI), en su párrafo tercero, establece que «se entrará en los empleos de la Administración Pública mediante oposición salvo los casos que la ley establezca». La expresa referencia, en la Norma Fundamental, a que la vía de acceso a la Administración pública es la oposición, salvo en las excepciones legales, augura la inviabilidad, en el ordenamiento italiano, de una solución análoga a la española (que permite la adquisición de fijeza por parte de quien no ha superado proceso selectivo alguno). Particularmente, el artículo 36 del Decreto Legislativo 165/2001, de 30 de marzo, prevé que, para cumplir las necesidades temporales y excepcionales de las Administraciones públicas, se puede hacer uso de formas flexibles de contratación conforme al Código Civil y a las leyes laborales; ahora bien, con el fin de evitar abusos, la norma exige el respeto a los principios de imparcialidad y transparencia, e impone la limitación temporal de estos contratos a tres años en los últimos cinco. La infracción de las disposiciones sobre la contratación o el empleo de las personas trabajadoras por las autoridades públicas «no puede justificar el establecimiento de relaciones de trabajo por tiempo indefinido [...], sin perjuicio de la responsabilidad y la sanción» que puedan derivarse de estos incumplimientos. Ante la imposibilidad de adquirir fijeza en la Administración pública, la persona trabajadora afectada tendrá derecho a una indemnización por los daños sufridos como conse-

⁴⁸ El 9 de diciembre de 2016, Día Internacional contra la Corrupción (fijado por Naciones Unidas), Transparencia Internacional España hizo un llamamiento a los partidos políticos y grupos parlamentarios para llegar a un pacto integral y efectivo contra la corrupción, para el que proponen diez medidas, que pueden verse en <http://transparencia.org.es/llamamiento-de-ti-espana-en-el-dia-internacional-contra-la-corrupcion/>, en línea, fecha de consulta 2 de enero de 2016.

⁴⁹ En este sentido, RECUERDA GIRELA, M. A. y FERNÁNDEZ DEPUECH, L.: «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario (parte II)», en <http://laadministraciondiaria.inap.es/noticia.asp?id=1500397>, en línea, fecha de consulta 2 de enero de 2016, para quien si «se produce la omisión total de dicho procedimiento, la relación temporal inicialmente constituida es nula de pleno derecho». En sentido contrario, SELMA PENALVA, A.: «Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública: Comentario a la SJS núm. 33 de Madrid, de 24 de mayo de 2005 (AS 2005, 1717)», *Aranzadi Social*, núm. 2/2005, quien considera que debe valorarse la manifiesta desigualdad existente entre los contratantes cuando toma parte una Administración pública.

cuencia de la realización de un trabajo en vulneración de la normativa aplicable⁵⁰. Por su parte, «las autoridades tienen la obligación de recuperar las cantidades pagadas para este fin, repitiendo contra el personal directivo responsable en el caso de que la infracción fuera intencionada o debida a negligencia grave»⁵¹.

5. LA OBLIGACIÓN LEGAL QUE SE IMPONE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE DICTAR INSTRUCCIONES PARA LA CORRECTA EJECUCIÓN DE LOS SERVICIOS EXTERNOS CONTRATADOS

Llegados a este punto, parece claro que el Derecho español, a diferencia del italiano, carece de previsiones normativas eficaces que permitan poner fin a la proliferación de contratos administrativos con personas físicas que encubran relaciones laborales. Tampoco existen medidas adecuadas para evitar que contratos administrativos concertados con empresas deriven en situaciones constitutivas de cesión ilegal de mano de obra (art. 43). La calificación de la relación como indefinida no fija, lejos de constituir una sanción, puede suponer una «recompensa» o «premio», cuando tal efecto era el perseguido por la persona directiva responsable de la contratación, quien, por otra parte, no se verá obligada, en la práctica, a indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios causados. En este contexto, mientras no se produzca un cambio normativo en los términos propuestos más arriba, habrán de ser las Administraciones públicas las que se «autolimiten» mediante la aplicación de medidas dirigidas a evitar contratos administrativos que encubran relaciones laborales o generen situaciones de cesión ilegal de personas trabajadoras.

5.1. MEDIDAS ADOPTADAS EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Los pasos seguidos para poner freno al acceso irregular al empleo público en las Administraciones públicas han sido los siguientes:

1. Tras la reforma laboral de 2006, que introdujo cambios en los artículos 42 y 43 del ET, la Abogacía General del Estado publicó su Circular Laboral 2/2007, que

⁵⁰ El Tribunal Supremo italiano ha establecido criterios para garantizar una mejor aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en materia de cuantificación de los daños causados por la pérdida de empleo derivada de la exclusión de la conversión del contrato a término en contrato a tiempo indefinido. Sobre esta cuestión, véase BAVASSO, E.: «La cassazione apre al C.D. "danno comunitario" – Il commento», *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 5, 2015, pág. 480.

⁵¹ Véase PULVIRENTI, A.: *La tutela dei lavoratori a tempo determinato in Italia, Francia e Spagna, con spunti per un'analisi comparata*, Dottorato di Ricerca in Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele XXVII CICLO, Esame finale anno, 2015, pág. 70.

- establecía pautas a seguir en la celebración de contratos administrativos de servicios, tanto en la fase previa a la adjudicación, como durante su ejecución. Con tales pautas se pretendía evitar que la jurisdicción social pudiera declarar situaciones de cesión ilegal de personas trabajadoras en la Administración pública, derivadas de dichos contratos administrativos. Nada se preveía, sin embargo, expresamente –lo que constituye una inexplicable omisión– para obviar la irregular concertación, con personas físicas, de contratos administrativos de servicios para desarrollar actividades dentro del círculo organizativo de las Administraciones públicas y cumpliendo las restantes notas de laboralidad *ex artículo 1.1 del ET*.
2. El contenido de la Circular Laboral 2/2007 fue incorporado posteriormente a la [Resolución de las Cortes Generales de 27 de octubre de 2010](#)⁵², aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.
 3. En un tercer momento, el legislador tomó partida en el asunto, mediante el [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, cuya disposición adicional primera prevé medidas dirigidas a evitar que las restricciones que las distintas leyes presupuestarias imponen en el capítulo I, para controlar el gasto público en materia de personal, pudieran quedar sin efecto por una inadecuada ejecución de las encomiendas de gestión y de los contratos administrativos de servicios.

Llama la atención que la finalidad de la medida legislativa no fuera el restablecimiento de los principios constitucionales en el acceso al empleo público, ni el respeto de los derechos laborales de las personas trabajadoras afectadas, sino exclusivas razones de estabilidad presupuestaria. Una nueva evidencia de que, tras la reforma del artículo 135 de la [CE](#), los derechos sociales y otros principios y derechos constitucionales han quedado subordinados a los principios de contenido económico.

La disposición adicional primera del [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), contiene dos medidas básicas:

- 1.^a De un lado, la obligación que se impone a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 de la [LCSP](#), de dictar, antes del 31 de diciembre de 2012, en sus respectivos ámbitos de competencias «las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral».

⁵² BOE de 18 de enero de 2011.

- 2.^a La segunda medida viene referida a supuestos en los que «en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración». En estos casos, la norma contiene dos previsiones: a) el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración; b) es preciso informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.

Como crítica a ambas medidas, cabe señalar que las mismas parecen dirigidas únicamente a evitar los supuestos de cesión ilegal de personas trabajadoras, olvidando los supuestos en los que las irregularidades se producen cuando se conciertan contratos administrativos de servicios con personas físicas que encubren relaciones laborales. Por lo demás, en lo que se refiere específicamente a la segunda medida, se suscita la duda de si solo es aplicable cuando se ha dictado una sentencia judicial o si también se extiende a los casos en los que se produce un alta en el Régimen General de la Seguridad Social por requerimiento o acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social; a nuestro juicio, este segundo supuesto también debería entenderse incluido, pues tiene un carácter «sancionador» análogo al de la sentencia judicial.

La finalidad del informe de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias parece clara: fundamentar, en su caso, el despido objetivo o colectivo (arts. 51 y 52), de la persona trabajadora indefinida no fija, lo que le daría derecho a una indemnización de 20 días de salario por año de servicio.

4. Cuando faltaban apenas tres días para que venciera el plazo señalado en la disposición adicional primera del [Real Decreto-Ley 20/2012](#), el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, dictó unas [instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión](#) a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de personas trabajadoras. Las mismas resultan de aplicación a los departamentos ministeriales, agencias, entes, organismos y entidades que, formando parte del sector público estatal de acuerdo con el artículo 3.1 de la [LCSP](#), tengan la consideración de Administraciones públicas conforme a lo establecido en el artículo 3.2 de dicha norma. En principio, no se extiende a las comunidades autónomas, a las entidades que integran la Administración local ni a las universidades públicas⁵³. Sin embargo, estas Administraciones las podrían «asumir» como propias o aplicarlas de forma supletoria.

⁵³ Las «Instrucciones de la Universidad de Murcia para la correcta ejecución de los servicios externos contratados, dictadas en aplicación de la disposición adicional primera del [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad» pueden verse en <https://sede.um.es/sede/normativa/instrucciones-de-la-universidad-de-murcia-en-relacion-con-los-servicios-externos-contratados/pdf/15359.pdf>, en línea, fecha de consulta 22 de abril de 2017.

5.2. LAS INSTRUCCIONES SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE 28 DE DICIEMBRE DE 2012

El ámbito objetivo de las instrucciones es amplio, pues se aplica a los contratos de servicio, a las encomiendas de gestión y a la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios conforme a lo establecido en los artículos 4.1 n) y 24.6 de la [LCSP](#). Los principios básicos de actuación que, conforme a las mismas, han de seguirse son tres:

1. Se evitará el recurso, como primera medida, a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate.
2. En ningún caso pueden confundirse las tareas a desempeñar por el personal de la empresa contratista y las desempeñadas por el personal de la entidad contratante.
3. Las personas responsables de la gestión de los servicios para cuya ejecución se recurre a la contratación externa deberán respetar el poder de dirección que corresponde a la empresa, absteniéndose de asumir funciones directivas, mediante la impartición directa de órdenes e instrucciones sobre el personal de aquella.

Las buenas prácticas en la fase de formalización de los contratos son:

1. La contratación de servicios externos ha de circunscribirse en exclusiva a los supuestos en que se encuentre debidamente justificada y atender tan solo a los tipos previstos en el anexo II de la [LCSP](#), y no pudiendo ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.
2. El objeto del contrato habrá de ser la prestación integral de un servicio, incluyendo la aportación de funciones organizativas.
3. Los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, así como los documentos en que se plasmen las condiciones de las encomiendas de gestión habrán de cumplir determinados requisitos: deberán determinar con precisión las prestaciones; habrá de consignarse la obligación de la empresa adjudicataria de designar al menos un coordinador técnico de la plantilla del contratista; se deberá garantizar la existencia real de la empresa adjudicataria, que habrá de contar con organización propia y estable, viabilidad económica, clientela ajena y medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad contratada; deberá constar el compromiso de la empresa contratista de ejercer de modo real, efectivo y periódico el poder de dirección propio de toda empresa respecto

de sus trabajadores; no se admitirán cláusulas que permitan la participación de la Administración en la selección del personal de la empresa contratista; con carácter general, la prestación de los servicios se efectuará en dependencias o instalaciones del empresa contratista, etc.

Por su parte, las buenas prácticas en la fase de ejecución consisten (entre otras) en: 1) proporcionar a las personas empleadas públicas acciones de formación o información para atajar este tipo de irregularidades; 2) velar por el cumplimiento del plazo de duración de los contratos y, en su caso, de las prórrogas; 3) evitar ejercer funciones directivas respecto del personal de la empresa contratista; 4) las personas contratistas no tendrán acceso a cursos y servicios que están destinados a personal empleado público, ni al correo electrónico corporativo, ni dispondrán de tarjetas de visita, ni de tarjetas de control de accesos destinadas a dicho personal; 5) se evitará la confusión de funciones o tareas compartidas con las personas empleadas públicas.

Una parte muy relevante de las instrucciones es la que se refiere a la responsabilidad. La inobservancia de la instrucción, cuando cause perjuicio grave a la Administración o a sus organismos o entidades vinculadas o dependientes dará lugar a la exigencia de responsabilidades disciplinarias de los empleados públicos infractores, de acuerdo con lo dispuesto en el [EBEP](#). En cualquier caso, cuando se produzca una declaración del carácter indefinido del personal de la empresa contratista en relación con la Administración, se recomienda la apertura de información reservada, debiéndose justificar en caso de que no se proceda a dicha apertura los motivos que se han tenido en cuenta para no efectuarla.

En caso de reclamaciones judiciales, las Administraciones públicas deberán proporcionar al servicio jurídico, para hacerlo valer en el proceso judicial, el dato del salario ajustado a la legalidad presupuestaria que correspondería a la persona reclamante. Por su parte, cuando por sentencia judicial se reconozca la condición de persona trabajadora indefinida no fija, se procederá a analizar si se trata de una situación que obedezca a necesidades estructurales o coyunturales. Adviértase que esta previsión no coincide con la contenida en disposición adicional primera del [Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio](#), en la que solo se exige el informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. Desde nuestro punto de vista, ambos informes son relevantes, el del carácter estructural o coyuntural de la necesidad y el informe económico; ello no obstante, la virtualidad del primero genera dudas cuando una sentencia judicial ya ha calificado la relación laboral como indefinida no fija.

La instrucción continua precisando que, de acuerdo con el análisis realizado, se procederá, bien a tramitar la amortización de la plaza, bien a su provisión interna mediante los mecanismos previstos en el convenio colectivo aplicable; y que, una vez cubierta la plaza por un trabajador fijo, se extinguiría el contrato con el indefinido no fijo. Sobre el particular, conviene recordar que, de acuerdo con jurisprudencia reciente, la amortización de la plaza no conllevará la extinción automática de la relación laboral, debiendo la Administración utilizar los procedimientos de despido objetivo o colectivo (arts. [51](#) y [52](#)). La instrucción parece oponerse a la cobertura de la plaza mediante oposición o concurso oposición, cuando señala que debe procederse a su amorti-

zación o a su «provisión interna». No queda claro si de este modo se aspira a que, en ningún supuesto, la persona trabajadora «indefinida no fija» ocupe definitivamente la plaza, lo cual resulta dudoso, pues, en cualquier caso, el procedimiento de cobertura de aquella será el que establezca el convenio colectivo.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Los esfuerzos demandados por la Unión Europea a España para equilibrar sus cuentas públicas –bajo el argumento de la crisis económica iniciada en 2008 y al amparo del art. 135 CE, en su nueva redacción– se han traducido en una drástica reducción del empleo público permanente mediante la limitación del gasto en personal y el establecimiento de una restrictiva tasa de reposición. El empleo público estable ha sido sustituido por empleo atípico y, en ocasiones, por contratos laborales o administrativos en fraude de ley, que propician situaciones de precariedad laboral.

2. El [Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017](#) es, sin duda, un paso importante para superar la actual situación de precarización generalizada de las plantillas públicas, pero no dejará de tener un mero carácter paliativo, sin efectos duraderos, si no se conocen y atajan las verdaderas causas del problema. Las principales causas de la expansión del empleo público laboral temporal y precario (situación denunciada por el TJUE en sus sentencias de 14 de septiembre de 2016), que afecta a 300.000 personas en España, se pueden resumir en dos: a) Las restricciones establecidas al empleo estable en régimen funcionarial y estatutario, que no se han extendido al empleo público laboral temporal, el cual, además, cuenta con las «ventajas» de su menor coste económico y de su mayor ductilidad y flexibilidad. b) El incremento inusitado del personal laboral «indefinido no fijo», figura creada jurisprudencialmente como «respuesta/sanción» frente a irregularidades de la Administración en la contratación laboral y administrativa, y que ahora también se extiende a supuestos de integración en las Administraciones públicas, *ex* artículos 43 y 44 del ET, del personal de empresas o entidades contratistas, y de utilización abusiva de la figura del interino en régimen de Derecho Administrativo ([STJUE de 14 de septiembre de 2016 \[asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15\]](#)).

3. Mención especial merece el contrato laboral, temporal y a tiempo parcial, de profesorado asociado de las universidades públicas, por su utilización masiva y elevada litigiosidad. El secreto de su «éxito» radica en la sustancial reducción de la financiación de la universidad pública y el establecimiento de una restrictiva tasa de reposición, que han mermado y envejecido sus plantillas. El riesgo que las universidades corren ante el masivo y obligado recurso al contrato de asociado es el de su utilización desviada para atender necesidades docentes permanentes o por parte de quienes no observan la exigencia legal de ser especialistas de reconocida competencia que ejerzan su actividad profesional fuera del ámbito académico. Sobre la adecuación de esta modalidad contractual a la [Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio](#), se ha pronunciado el TJUE ([Sentencia de 13 de marzo de 2014](#)), siendo su respuesta ambigua, lo que ha determinado que pronunciamien-

tos posteriores sobre la materia de distintos tribunales superiores de justicia hayan sido dispares y, en ocasiones, contradictorias.

La problemática del profesorado asociado en las universidades públicas se encuentra en plena efervescencia y requiere de tres respuestas urgentes por parte de las Administraciones estatal y autonómicas: 1.º La eliminación de la tasa de reposición, lo que permitiría reducir el número de contratos con personal asociado, sustituyéndolos, en parte, por profesorado con vinculación permanente en régimen funcionarial o laboral. 2.º La mejora sustancial de la financiación de la educación superior –siguiendo la tendencia de la mayoría de los países de la Unión Europea y de la OCDE–, acompañada de un aumento del techo presupuestario en materia de gasto de personal, con el fin de que se pudiera incrementar, de forma significativa, la contratación de profesorado universitario en formación desde sus estadios iniciales, quedando, así, reconducida la figura del profesorado asociado a los justos términos para los que fue concebida. 3.º La mejora de las exiguas remuneraciones del profesorado asociado por parte de las distintas comunidades autónomas, Administraciones competentes en materia de régimen retributivo del personal docente e investigador en régimen laboral *ex* artículo 55.1 de la LOU.

Por todo ello, a la espera de la aprobación de la LPGE 2017, ha resultado doblemente decepcionante que, de un lado, el [Real Decreto-Ley 6/2017, de 31 de marzo](#), no haya eliminado la tasa de reposición para las universidades públicas y, de otro, que el [Acuerdo para la Mejora del Empleo Público de 29 de marzo de 2017](#) las haya excluido de la consideración de sectores esenciales, a efectos de la adopción de medidas extraordinarias para la reducción de la precariedad laboral.

4. Las limitaciones legales al incremento del empleo público estable se tornan en facilidades cuando de lo que se trata es de la externalización de parcelas de la actividad administrativa, bien mediante la concertación de contratos administrativos con personas físicas que, a veces, se sitúan en zonas grises o fronterizas con el contrato de trabajo, bien a través de contratos con empresas societarias que, en ocasiones, no encajan en la calificación de contrata *ex* [artículo 42 del ET](#), sino, más bien, en el concepto de la cesión ilegal de personas trabajadoras prohibida por el [artículo 43 del ET](#). La utilización desviada de los contratos administrativos, en tales términos, constituye una lacra a la que se debe hacer frente pues determina un alejamiento de los estándares de trabajo decente marcados por la OIT, cuestiona los pilares sobre los que se asienta el Estado social y democrático de Derecho español (art. 1.1. [CE](#)) y dificulta la lucha contra la corrupción.

5. En determinadas Administraciones se ha constatado la tendencia reiterada a utilizar contratos menores con personas físicas, para desarrollar prestaciones de hacer, en cuya actividad se observan las notas de laboralidad. En tales casos, los contratos administrativos de servicios encubren una relación laboral, lo que, además de constituir un fraude en la contratación laboral, supone una huida de la aplicación de los principios y procedimientos que han de regir el acceso al empleo público. La privilegiada vía de acceso a la contratación administrativa al margen de la concurrencia que ofrecen determinados contratos administrativos puede convertirse, en manos de gestores sin escrúpulos, en un mecanismo que, en un contexto de restricciones presupuestarias, acabe propiciando situaciones cercanas al nepotismo y al clientelismo.

6. No contribuye a solventar la grave problemática arriba planteada ni la ausencia de una contundente respuesta legal a la misma, ni la solución que la jurisprudencia social viene ofreciendo mediante la figura de la «relación laboral indefinida no fija». Los principios legales y constitucionales que rigen el acceso al empleo público y que, entre otras finalidades, persiguen la salvaguarda de la independencia e imparcialidad que se requiere de la persona empleada pública pueden verse, *de facto*, soslayados, si, tras la declaración judicial de laboralidad de la relación que se inició a partir de un contrato administrativo de servicios adjudicado sin concurrencia, la plaza se consolida *de facto*, al no ser provista por el procedimiento reglamentario o por dilatarse excesivamente su provisión. La doctrina jurisprudencial basada en la *vis atractiva* que ejerce el Derecho del Trabajo sobre toda prestación remunerada realizada por cuenta de otro puede entrar en contradicción con el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, y con los principios y procedimientos que han de regir dicho acceso conforme a la DUDH, la CE y el EBEP, propiciando decisiones, en materia de contratación, que permitan el clientelismo y favorezcan la corrupción.

7. El Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano, carece de previsiones normativas eficaces que pongan fin a la proliferación de este tipo de contratos administrativos concertados en fraude de ley. En este contexto, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, prevé que habrán de ser las Administraciones públicas las que se autorregulen, elaborando y aplicando medidas dirigidas a evitar contrataciones administrativas irregulares; pero se trata de una medida insuficiente. Es necesaria y urgente una reforma normativa en la materia que, inspirándose en la regulación italiana, evite la celebración de los contratos administrativos que encubran relaciones laborales o que generen situaciones de cesión ilegal de personas trabajadoras. Dicha regulación debería estar dirigida a: 1) impedir el acceso a las Administraciones públicas, mediante una relación laboral indefinida no fija, a quienes no hayan superado proceso selectivo alguno en los términos previstos en la CE; 2) sancionar a las personas responsables de tales irregularidades; y 3) a indemnizar a la persona trabajadora afectada por la contratación fraudulenta.