

EL PERSONAL «INDEFINIDO NO FIJO» Y EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: ENTRE TRADICIÓN Y RENOVACIÓN

María Rosa Vallecillo Gámez

Doctora en Ciencias del Trabajo

Profesora Contratada Doctora, acreditada a TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Jaén

Este trabajo ha sido finalista en el **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don FRANCISCO CONDE VIÑUELAS, don FRANCISCO FERNÁNDEZ DÍEZ, don ÁLVARO NÚÑEZ GUTIÉRREZ, don LUIS PÉREZ CAPTÁN, don JOSÉ PRIETO y don EDUARDO ROJO TORRECILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Inicialmente sin ninguna previsión legislativa, la jurisprudencia social, a diferencia de la jurisprudencia contencioso-administrativa, reconoció la difusa figura del trabajador «indefinido no fijo». Esta extraña modalidad de relación de empleo público fue reconocida sin desarrollo alguno por la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Durante casi una década ningún legislador se ha atrevido a ofrecer desarrollo alguno de esta figura, limitándose a ver cómo crecía, por diversos caminos –judiciales, legales, convencionales–, exponencialmente una creación que solo es el reflejo de la generalización y perpetuación de profundas anomalías en la gestión del empleo público. Consecuentemente, el transcurso del tiempo, lejos de clarificar la situación de esta creciente «cohorte» de empleados públicos «en la niebla», ha contribuido a que se complique, pues la extensión del principio comunitario de igualdad de trato, reconocida en la jurisprudencia, social y comunitaria, más reciente, sigue acompañada de intensas resistencias por parte de los gestores públicos a plasmarlo en la práctica. Experiencias muy recientes en diversas comunidades autónomas, como la andaluza, pero no solo, así lo evidencian crudamente, día a día, donde se multiplican los conflictos, dejando a los –cada vez más– «indefinidos no fijos» en una zona de penumbra, a veces incluso en tierra de nadie. La más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que asume la legitimidad de que también en el empleo público administrativo temporal pueda darse esta «sanción» al abuso –masivo– de la contratación (aquí nombramientos administrativos), no hace sino agravar el problema, dándole una actualidad y una gravedad a su situación extrema.

En este trabajo analizamos esta compleja y creciente situación. Daremos cuenta de la gran trascendencia que tanto las últimas reformas laborales como la jurisprudencia comunitaria están teniendo en la delimitación de esa permanente tensión entre las razones de la igualdad y las sinrazones de la persistente diferencia. El resultado final está, sin embargo, por definir.

Palabras claves: indefinido no fijo, derecho de igualdad, jurisprudencia comunitaria y contratación temporal.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016 / Fecha de revisión: 11-10-2016

THE «UNLIMITED NON PERMANENT» WORKERS AND THE EUROPEAN PRINCIPLE OF EQUALITY AND NON- DISCRIMINATION: BETWEEN TRADITION AND RENOVATION

María Rosa Vallecillo Gámez

ABSTRACT

Initially without any legislative prediction, social case-law, unlike the administrative law recognized the dim figure of the «unlimited non permanent worker». This strange kind of public employment relationship was recognized without any development by the Basic Statute of Public Employees (LEBEP). Nearly a decade there isn't a legislator has dared to offer any development of this figure, and they merely to see the exponential growth a new figure that is only a reflection of the spread of deep anomalies in the management of public employment, and that by different ways as judicial, legal or in collective agreements. Consequently, over time, far from clarifying the situation of this growing «cohort» of this misted public employees, it has contributed to get complicate, because the extension of the European principle of equal treatment, recognized in social and community more recent case-law, still find an intense resistance from public managers to get this into practice. Very recent experiences in different regions, as Andalusia, but not only, are showing every day that conflicts are increasingly and leaving «unlimited non permanent workers» in a twilight zone, a sometimes even in no man's land. The most recent case law in Court of Law assumes the legitimacy that in casual administrative public employment can be given this «sanction» to this abuse of administrative appointments that not only worsen the problem but also gives it a new current and serious situation.

In this paper we analyze this complex and growing situation. We will realize the great importance that both the latest labor reforms and European case-law are making on the delimitation of the permanent tension between the reasons of equality and unreason persistent differences. The result is, however, undefined.

Keywords: unlimited non permanent worker, equality rights, European case-law and temporary employment contracts.

Sumario

1. Introducción: Contratación laboral en el empleo público y persistentes usos anómalos
2. El indefinido no fijo como «solución laboral» a problemas de abuso de la contratación y su desbordamiento
 - 2.1. El estado de la cuestión antes de la reforma laboral: Más sombras que luces
 - 2.2. La nueva actualidad legislativa inicialmente ignorada jurisprudencialmente: Breve referencia a la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores
 - 2.3. Una nueva puerta de entrada en zona de penumbra: Los «indefinidos no fijos» por subrogación
 - 2.4. Ocupación de una plaza por parte de los trabajadores indefinidos no fijos
3. El principio comunitario de no discriminación en el empleo público: Nuevos progresos y persistentes resistencias
 - 3.1. El ámbito subjetivo del principio de no discriminación: Vocación de aplicación general de la norma comunitaria a todos los empleados públicos
 - 3.2. Ámbito objetivo de aplicación: El concepto expansivo de condiciones de trabajo
 - 3.3. Nuevas implicaciones a partir de la jurisprudencia comunitaria en la tríada de Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016
4. Experiencia concreta: La Directiva 1999/70/CE y el proceso de integración de personal «externo» en la Junta de Andalucía
 - 4.1. El personal indefinido no fijo al servicio de la Junta de Andalucía
 - 4.2. Un modelo de referencia para el análisis: El caso de la agencia Servicio Andaluz de Empleo
 - 4.3. Aplicación del principio de igualdad a la excedencia forzosa para el personal indefinido no fijo
 - 4.4. La incongruente inaplicación del principio de igualdad en el Servicio Andaluz de Empleo
 - 4.5. La discriminación de los indefinidos no fijos en la Agencia de Medio Ambiente y Agua (AMAYA)
5. Consideraciones finales

1. INTRODUCCIÓN: CONTRATACIÓN LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO Y PERSISTENTES USOS ANÓMALOS

En un tiempo en el que tanto se insiste, no con demasiadas bases racionales (ciencia), sino más bien interesadas (ideología), en la utilidad del «contrato único», quizás no sea ocioso recordar que la pluralidad de formas de contratación siempre han tenido utilidades múltiples, incluso para quienes se vinculan para la prestación de servicios, no solo para quienes lo hacen como empleadores¹. Curiosamente, nadie parece reclamar la atención al respecto para el empleo en las Administraciones públicas, donde conviven, desde hace largo tiempo, aunque no desde siempre, diferentes modalidades o formas de contratación, para realizar, a menudo, un trabajo equivalente, análogo o muy semejante. En efecto, es sabido que, por razones de flexibilidad de gestión evidentes, las entidades público-administrativas han venido recurriendo a la contratación laboral, tanto «temporal» como «fija», de forma estructural, haciéndola convivir con la de tipo administrativo (funcionarial o estatutaria), revelándose a menudo, en especial cuando de empleo temporal se trata, una fuente inagotable de problemas. Ciertamente, esta diversidad nada tiene que ver con las pretensiones o expectativas de las personas contratadas, sino prácticamente solo con el modo en que el empleador público-administrativo interpreta el interés general y el modo de persecución del mismo a través de unas formas u otras de contratación. Por eso, no son infrecuentes, más bien todo lo contrario, los conflictos y disfunciones.

Si bien es cierto que una gran parte de esos problemas derivan del uso anómalo o abusivo de la contratación temporal, con la perplejidad que genera que el empleador público-administrativo sea el primer incumplidor de las leyes laborales –que, bajo veste de autoridad laboral, exigen, con razón, cumplir a todos los empleadores del sector privado–, otra parte está causada en su existencia misma, porque basta con que exista para que se generen tensiones y agravios comparativos, dado que suelen ser «los otros» en relación con los empleados públicos «clásicos», los originarios, los «pata negra»: el personal funcionario o de empleo público-administrativo en general. Aunque también entre esta categoría hay importantes conflictos, por las diferencias de estabilidad creadas por el uso y abuso del empleo público administrativo temporal, diferenciándose netamente entre los viejos de «la plaza en propiedad» y los más nuevos de «la permanente interinidad», es evidente que la sola emersión de los principios contractuales «tuitivos» del Derecho del Trabajo en el «coto público-corporativo» del Derecho administrativo, ya abre constantes

¹ Vid. CASTILLO, J. J.: *La invasión del trabajo en la vida. Del «trabajador ideal» a la vida real*, Catarata, 2015, págs. 54 y ss. Lo recordaba el profesor J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS en su Editorial «Simplificación contractual, contrato "único" y tutela frente al despido», RTSS. CEF, núm. 384, pág. 8.

zonas de resistencia y de contraste, que tuvo, tiene y tendrá su máxima expresión en una conocida y sonada «invención jurídica»: los celeberrimos, tanto como conflictivos, «indefinidos no fijos».

Tan estrambótica es esta figura que ha recibido las más llamativas denominaciones, a cual más expresiva del estado de asombro y confusión que genera: «*indeterinos*»², «interinos indefinidos», «indefinidos temporales»... El artículo 8 del [Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (LEBEP), que establece la clasificación de los empleados públicos, y el artículo 11.1, específico para el personal laboral, consagró la categoría de «personal laboral indefinido pero no fijo», esto es, de «indefinido temporal». Si lo que distingue contractualmente a esta figura de la referencial –personal fijo– está clara, la duración, a partir de ahí todo se vuelve confuso entre los «indefinidos no fijos» y los «indefinidos fijos», hasta tal punto que desde hace dos décadas se viene intentando, a golpe de jurisprudencia, clarificar esa diferencia y llenar los vacíos de los que adolece la legislación; pero la respuesta no solo se ha revelado parcial para una compleja problemática del empleo temporal público, sino que se trata de una labor que está en gran medida por hacer, *in fieri*. De ahí su conflictividad, que no solo crece, sino que cada vez se muestra más intensa y extensa, por razones cuantitativas y cualitativas.

En esta creciente problemática de una figura en sí misma muy conflictiva no menor es el impacto de la normativa y, sobre todo, su interpretación jurisprudencial, comunitaria, en especial a partir de la recepción efectiva por la doctrina judicial y jurisprudencia españolas de la jurisprudencia del TJUE en relación con la [Directiva 1999/70/CE](#) del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre los contratos de duración determinada y que incluye el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada. Primero, porque la inclusión de los indefinidos no fijos en su ámbito, expresada de forma específica por el TJUE a petición, cómo no, de un juez social nacional, ha representado una significativa fuente de innovación jurídica en torno al tratamiento jurisprudencial de los mismos. Esta cobertura expresa ha permitido avanzar, aunque sea muy gradual y lentamente, desde la zona de convivencia con los temporales en la que, incomprensiblemente, quedó anegado (su tratamiento los equiparaba a los interinos, por tanto temporales y huérfanos de protección indemnizatoria, en ese momento, claro), hacia otra zona de progresiva convergencia con las «condiciones de trabajo» –no tanto las de empleo, por la diferencia estructural relativa al procedimiento de acceso– de los «fijos», en aras de una efectividad mayor del principio de igualdad de trato y no discriminación *ex* cláusula 4 de la [Directiva](#) –lamentablemente el art. 14 [CE](#) quedó más abandonado o relegado–, haciendo más creíble su calificación de «indefinidos». Segundo, por la influencia, siquiera indirecta o relativa, en alguna disposición de la reforma laboral –[disp. adic. 16.ª ET](#)– que vuelve a poner en el centro de los debates a los indefinidos no fijos. Tercero, porque la recientísima [STJUE de 14 de septiembre de 2016, asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#), desborda el alcance de esta figura, porque asume su utilidad como sanción también de empleo público-administrativo, no solo laboral.

² Vid. MIÑARRO YANINI, M.: «[Empleo público y contratos de "indeterinos": De la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal](#)», *RTSS.CEF*, núm. 384, 2015, págs. 15 y ss.

2. EL INDEFINIDO NO FIJO COMO «SOLUCIÓN LABORAL» A PROBLEMAS DE ABUSO DE LA CONTRATACIÓN Y SU DESBORDAMIENTO

2.1. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN ANTES DE LA REFORMA LABORAL: MÁS SOMBRAS QUE LUCES

Precisamente, cuando esta extraña «invención jurisprudencial» cumple prácticamente dos décadas (STS, Sala 4.ª, de 7 de octubre de 1996 –RCUD 3307/1995–), dictando que «lo patológico» en la gestión del empleo público se normalice, y sin que haya la debida claridad en los contornos del régimen jurídico aplicable, la jurisprudencia comunitaria abrirá, una vez más, «la caja de Pandora» y dará nuevos bríos, ahora también para el Derecho administrativo, a una categoría jurídico-profesional que lejos de resolver los problemas de falta de seguridad laboral –en las condiciones y en el empleo– más bien los perpetúa en una nueva etapa de incertidumbre. Eso sí, cada vez parecen tener una mayor protección monetaria –a efectos de indemnización–, pero no tanto en relación con la seguridad en el empleo. Cierto, sigue siendo evidente –lo expresa la denominación de «no fijo»– que su normalización como relación de servicios públicos, ya saneada en la forma contractual, tras la conversión de «temporal» en «indefinida», no puede darle la estabilidad plena, pues tal efecto pugnaría con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Pero más allá de esta obviedad, nada hay seguro, ni siquiera el que se garantice el principio de igualdad de trato en todas las «condiciones de trabajo», no en las de «empleo», por la referida diversidad, cuando, fuera de los aspectos, muy pocos, vinculados a esa condición de acceso que impide su consolidación de empleo –fijo laboral; o funcionario–, salvo que se siga un procedimiento específico a tal fin, ninguna diferencia de trato debería darse, menos autorizarse, ni administrativa ni judicialmente. La práctica dicta otra imagen.

Ni siquiera los loables intentos de normalización legislativa y de estabilización a través de procesos –sobre todo autonómicos y socialmente pactados– de integración de un amplísimo número de profesionales hasta hora «externalizados» de las Administraciones públicas territoriales –sobre todo autonómicas– ha servido para progresar en esa convergencia, más bien ha reactivado males que parecían superados. En efecto, si, como se sabe, inicialmente el reconocimiento a esta condición se adquiría –y se adquiere– por reclamación judicial efectuada en virtud de la concatenación de contratos temporales por apreciación de fraude de ley en la causa temporal, con posterioridad se han venido sucediendo situaciones diversas en las que las propias leyes han participado en el reconocimiento de esta figura, creando nuevas sombras, no alumbradas por los tribunales, pese a haberse pronunciado sobre muchas de ellas. Parece como si la contradicción sobre la que se construye esta figura se revelara como una «maldición» en su devenir profesional, de modo que la conquista del calificativo de «indefinido», que le haría partícipe del disfrute de prácticamente todos los derechos y condiciones laborales del Estatuto de los Trabajadores, se encontraría con notables desmentidos ante la cancela de «no fijo», pudiendo más la negatividad administrativa que la positividad laboral. Al respecto, si bien los convenios, progresivamente, han ido incorporando de manera expresa al personal laboral indefinido en su ámbito

subjetivo³, lo que es mejora de las garantías, también han intensificado la confusión o dificultad cuando se traten de aplicar aspectos que no corresponden al personal indefinido, por lo que es importante establecer diferenciaciones aunque sean implícitas. En este sentido parte de la jurisprudencia y de la doctrina consideran que no les serán de aplicación los derechos, ventajas y expectativas que no estén vinculadas a un inicial acceso al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad y especialmente con la propia naturaleza de su temporalidad⁴. Por tanto, se viene entendiendo que existe una condición resolutoria inherente a la propia naturaleza de los contratos indefinidos no fijos, sin que quepa admitir en ningún momento que la Administración pública pueda atribuir directamente la condición de trabajadores fijos a ciertos trabajadores solo por el mero hecho de haber sido objeto de una previa contratación laboral irregular⁵. Veremos, en cualquier caso, que esto no es así, puesto que las reformas de las Administraciones públicas han conllevado la consideración de este tipo de trabajadores a aquellos que se han incorporado como consecuencia de una subrogación establecida por una ley de reordenación del sector público en la que se suprimen determinadas entidades instrumentales al servicio de la Administración, que realizaban, bien encomiendas de gestión de actuaciones, bien programas externalizados.

Con independencia de su creación en el ámbito jurisprudencial, en el año 2007, con la aprobación de la **LEBEP** se gestaron expectativas de regular lo que había sido una respuesta jurisprudencial, de manera que pudiera aplicarse el principio de seguridad jurídica. Pero no fue la respuesta del legislador la esperada puesto que, aunque reconoce en la clasificación de los empleados públicos a los trabajadores indefinidos no fijos⁶, no desarrolla el precepto que correspondería a una asunción del reconocimiento de esta figura como la jurisprudencia la ha venido desarrollando, ni la dota de contenido, naturaleza o alcance, lo que la sigue manteniendo en un limbo jurídico y una constante sujeción a interpretaciones, por tanto carente de la seguridad jurídica que se le demanda⁷. Así las referencias al personal laboral indefinido no fijo están destinadas a recoger situaciones revestidas de ciertas particularidades, como veremos.

³ BOLTAINA BOSCH, X.: «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos en la administración pública», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2002, pág. 532.

⁴ VALDÉS ALONSO, A.: «Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública (Comentario STS 4.ª de 30 de mayo de 2007)», *Relaciones Laborales*. Revista crítica de teoría y práctica, núm. 2, 2007, págs. 825-829.

⁵ La condición resolutoria se concreta en la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura y su cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los artículos 51 y 52 del ET. STS, Sala 4.ª, de 22 de julio de 2013 –RCUD 1380/2012–.

⁶ Artículo 8.2 c) de la **LEBEP**.

⁷ MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C.: «Título II. Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 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*, Granada: Comares, 2008, pág. 149.

Podía pensarse, no obstante, que el mero hecho de inclusión en la redacción de la norma sugiere un tácito reconocimiento legal y por tanto sujeto de aplicación de la misma. Pero la inclusión por sí sola, obviando el desarrollo, no aclara la situación, más si se tiene en cuenta que su incorporación al texto no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, ni en el que el Congreso remitió al Senado, sino que se incorporó en la tramitación en esta cámara como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, con las que se pretendía añadir el personal indefinido junto al fijo y al temporal, con el fin de que «también el profesorado de religión estuviese incorporado en este artículo»⁸.

En cualquier caso, el personal indefinido no fijo se encuentra reconocido como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, lo que no lo convierte en un reconocimiento indirecto de que a esta modalidad contractual se pueda recurrir por parte de estos empleadores según su conveniencia. En este sentido, parte de la doctrina⁹ sigue caracterizándolo por ser consecuencia de una declaración derivada de determinadas irregularidades producidas en una previa contratación temporal y que sigue cesando por cobertura de vacante. Pero como ya hemos avanzado, la casuística va más allá del reconocimiento de este contrato como una transformación tras una sucesión de contratos temporales.

2.2. LA NUEVA ACTUALIDAD LEGISLATIVA INICIALMENTE IGNORADA JURISPRUDENCIALMENTE: BREVE REFERENCIA A LA DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La situación de crisis en la que nuestro país se ha visto inmerso ha puesto en cuestión la viabilidad de las Administraciones públicas. Estas, en el tiempo previo a las reformas que traen causa de estas circunstancias, no estaban afectadas por determinadas situaciones de extinción de los contratos previstas en el [artículo 49 del ET](#), y ello porque se entendía que la propia naturaleza de estas entidades impedía su quiebra presupuestaria, evitando, por tanto, la concurrencia de causas económicas frecuentes en cualquier otra empresa. El imperativo económico de supervivencia las ha obligado a adaptar sus dimensiones para moderar su nivel de gasto y reducir los servicios que se prestaban por el personal laboral, por eso y para dar cobertura a estas situaciones la [Ley 3/2012](#), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introdujo una regla destinada a un cambio radical: la [actual disposición adicional decimosexta del ET/2015](#).

⁸ La regulación específica de este profesorado estaba contenida en la disposición adicional tercera de la [Ley Orgánica 2/2006](#) y en los artículos 3, 4 y 6 del [Real Decreto 696/2007](#), y según esta, estos profesores no son temporales pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección contemplados en el artículo 61 de la [LEBEP](#).

⁹ SELMA PENALVA, A.: «El trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2014, pág. 80.

Como es conocido, en su «virtud», se reconoce la concurrencia de causas económicas motivadoras de la extinción de contratos de trabajo en la Administración pública, por causa de insuficiencia presupuestaria acreditada. Es evidente que esta medida es de aplicación a la Administración pública solo en su actuación como empleadora, esto es, afecta solo al personal con vinculación contractual y nunca al funcionariado que, por sujeción al régimen estatutario de la función pública, cuenta con un «derecho a la inamovilidad en su condición de funcionarios de carrera»¹⁰. Pero la introducción de esta disposición adicional establece también una garantía de estabilidad en el empleo, en la forma de típica preferencia en la permanencia en el puesto, adjudicada a favor del «personal laboral fijo» –por adquirir esta condición de acuerdo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades–. Esta preferencia tiene, sin duda, un sabor agríndice para «el personal laboral indefinido no fijo».

Dulce porque supone que, media década después, vuelve a reconocerse su existencia, siquiera tácitamente, por alusión tácita o implícita, diferenciándolos claramente del «personal laboral temporal», la tercera y más insegura categoría profesional de empleo público laboral. Agrio, porque perpetúa, incluso agranda, la brecha con la primera categoría, la más protegida, el personal laboral fijo. A partir de aquí, como luego sucedería en la jurisprudencia social, a diferencia de la doctrina judicial de la Audiencia Nacional, se abría la posibilidad de que la distancia entre la primera y la segunda categoría creciera, manteniéndose esta próxima a la tercera, al eslabón más débil de la cadena del empleo público laboral, ensombreciéndose de nuevo su reconocimiento¹¹. Desde luego no tendría por qué ser así, en la medida en que, como se ha dicho, hay que diferenciar «las condiciones de trabajo», donde debería regir el principio de igualdad de trato más intenso, de las «condiciones de empleo», donde, en efecto, la ley, y la Constitución, han querido que se mantengan algunas diferencias, en virtud del modo de acceso –la diferente condición de acceso al empleo llevaría a una mejor condición de permanencia en el empleo–. No sería correcto ni justo confundir ambos planos, como parece si sucedió, si bien, como luego se dirá, sabido es que en virtud de esa disposición adicional decimosexta, la jurisprudencia social pareció dar un cierto giro en el tratamiento tradicional, reconociendo también al indefinido no fijo la garantía de estabilidad que supone tanto el imperativo de ruptura causal *ex* artículo 51 o *ex* artículo 52 del ET –no ya la libre amortización dictada por la potestad de auto-organización administrativa– cuanto el de indemnización. Otra cosa es que tampoco por ello se abría hueco alguno con los temporales, pues la rectificación se hizo primero en relación con los trabajadores interinos. En cualquier caso, para bien o para mal, es ya figura consolidada en la estructura de las Administraciones públicas.

¹⁰ Artículo 14 a) de la [LEBEP](#).

¹¹ SELMA PENALVA, A.: «El trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública. Cuestiones comprometidas...», cit., pág. 80.

2.3. UNA NUEVA PUERTA DE ENTRADA EN ZONA DE PENUMBRA: LOS «INDEFINIDOS NO FIJOS» POR SUBROGACIÓN

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no son infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular. Las «recorte-reformas» producidas en los últimos años y vinculadas a la crisis económica también han tenido consecuencias en el tratamiento de estos supuestos de contratación que no han estado, ni están, exentos de polémica y de litigios. Con motivo de la crisis económica, el redimensionamiento de los servicios públicos o los que se prestan directamente por la Administración ha sido algo habitual y casi obligado. Una de las mayores problemáticas surgidas ha sido, sin duda, la de la subrogación de trabajadores de entidades liquidadas por el compromiso de adelgazamiento de los denominados «entes instrumentales» de la propia Administración, en la plantilla de un organismo ya existente o modificado en su configuración. La sucesión de empresas legal del [artículo 44 del ET](#), tanto en su modalidad clásica como en su variante jurisprudencial de la doctrina de la «sucesión de plantillas», genera una obligación de subrogación *ope legis*, con excepción de directivos, gerentes y personal no vinculado directamente al contrato. Estas supresiones de entes se realizan en aras del interés público basadas en la eficiencia presupuestaria que se centran en el redimensionamiento de lo público y la gestión propia.

Analizamos sobre todo la adquisición de la consideración de trabajador indefinido no fijo por reversión a la Administración pública de una actividad externalizada pero competencia de esta última, a entes instrumentales creados al objeto bajo la justificación del cumplimiento del principio de eficacia de la Administración en la prestación de servicios. La reversión se instrumenta, en un gran número de casos, a través de una ley que reordena el sector público¹² y por la que se vienen a suprimir los entes instrumentales que proveían el servicio financiados por la propia Administración que los pone en marcha. Antes de pasar a la concreción de supuestos para ilustrar el tema de análisis, conviene realizar un breve repaso por las condiciones establecidas en la norma e incluso por la jurisprudencia, en los casos de subrogación por parte de las Administraciones públicas de actividades que le son propias y que, como hemos comentado, habían ido externalizando por mor de la eficiencia de la gestión pública.

En lo que se refiere a aspectos laborales de la subrogación, como cuestión principal, se estará a lo previsto en el [artículo 44 del ET](#) en relación, en su caso, con el artículo 120 del [Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público](#), adquiriendo el personal subrogado la condición de personal laboral indefinido no fijo. Esta es la razón del análisis de la cuestión, la adquisición

¹² Sirvanos como ejemplo ilustrador la [Ley 1/2011, de 17 de febrero](#), de reordenación del sector público de Andalucía, tanto por las casuísticas a las que nos remite su aplicación, como por la numerosa jurisprudencia que acumula en relación precisamente a los indefinidos no fijos.

de la condición de trabajador indefinido no fijo por reversión a la Administración de funciones externalizadas con carácter previo. Mediante este mecanismo de protección de los derechos de los trabajadores se produce el mantenimiento de los derechos y obligaciones que el primer empresario ostentaba frente a sus empleados, de modo que el adquirente debe respetar las condiciones de trabajo existentes en la empresa adquirida. Por tanto, aplicación del mencionado precepto estatutario a las Administraciones públicas. Lo que suscita más controversia como veremos es en qué circunstancias y bajo qué condiciones se incorporan estos trabajadores a la Administración pública y la problemática que conlleva esta situación en relación con el ejercicio de sus derechos.

Es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa –el ente instrumental o el adjudicatario de la contrata– para otra –la Administración– la que hace que esas relaciones inter-empresariales, en principio extra-laborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social¹³, motivo por el cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el ente público y dicho titular del ente instrumental, la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su dispensa indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato.

Creemos necesario hacer un inciso para definir qué puede considerarse «actividad propia» de las Administraciones públicas, considerando como tal toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la externalización administrativa de funciones propias puede tener cualquier objeto siempre que «su necesidad para los fines del servicio público» se justifique en la encomienda o en el contrato, de modo que cualquiera de ellos cumpliría el requisito señalado.

Es evidente que el régimen jurídico derivado debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el ente, contratista o concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la externalización. Sin duda el artículo 42 del ET no fue redactado pensando en el ámbito público, pero pretende en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de «actividad empresarial», supone

¹³ GOERLICH PESET, J. M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate¹⁴.

Tradicionalmente se ha visto en estas externalizaciones de gestión pública una huida de los controles y un cierto desorden que ha incidido negativamente en la consideración del personal que ha prestado en ellas sus servicios. Pero podía razonarse que no contar con estos instrumentos organizativos obliga a que bajo una misma organización, con un mismo acuerdo de condiciones de trabajo, desarrollen sus tareas empleados de servicios y requerimientos muy distintos que hacen muy difícil encontrar la eficiencia en cada uno de ellos. Esta es la problemática con la que nos encontramos en referencia a la cuestión que nos ocupa y que analizamos, de ahí la constante intervención de los tribunales para resolver cuestiones que el legislador ha ido apuntando sin «rematar».

Su alcance es más amplio, pues el 44.1 del ET señala: «Quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones». Por tanto, los trabajadores son subrogados de modo que la nueva adjudicataria debe respetar todas sus condiciones (antigüedad, salario, grupo profesional, etc.). En cambio, la sucesión convencional y la sucesión *ex pliegos* pueden incluir limitaciones al modo en que se produce la subrogación.

2.4. OCUPACIÓN DE UNA PLAZA POR PARTE DE LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS

En los casos de subrogación a una Administración pública desde un ente instrumental extinguido o liquidado, los trabajadores subrogados no ocupan una plaza de las previstas en la relación de puestos de trabajo (RPT) que configuran la plantilla de la entidad pública. Esto viene suscitando grandes problemas tanto de asignación de funciones como de su interpretación.

¿Por qué? Porque no hay obligación de incluir en la RPT los puestos ocupados por los trabajadores temporales, y esta figura tiene esa consideración. Y si estos trabajadores están ocupando un puesto no previsto en la RPT, ¿significa esto que nunca se podrá convocar, puesto que no existe, y por tanto tampoco existe plaza alguna que amortizar? ¿Cuál es entonces el procedimiento de extinción que se establece? Recordemos que la jurisprudencia reconoce la temporalidad de este tipo de trabajadores con base en los procedimientos de extinción previstos, esto es, amortización de la plaza o cobertura reglamentaria por convocatoria. Por otra parte, no podemos obviar que se trata de un empleado público y por tanto al servicio de una Administración pública, para la que nuestro ordenamiento jurídico prevé que los puestos de trabajo existentes se incluyan en una RPT previamente aprobada siguiendo el correspondiente proceso administrativo.

¹⁴ SANTOR SALCEDO, H.: «Contratación administrativa y subcontratación: Supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales», en AA. VV., *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: El «outsourcing»*, Aranzadi, 2003, pág. 196.

De momento no existen decisiones jurisprudenciales en las que se trate específicamente esta cuestión, si bien podemos inferirla de la [STS, Sala 4.ª, de 22 de julio de 2013 \(RCUD 1380/2012\)](#), en la que expresamente se considera constitutiva de cumplimiento de la condición resolutoria inherente al contrato, no solo la amortización de la plaza, sino también la desaparición de la necesidad que justificaba la prestación del servicio que hasta ese momento desempeñaba el trabajador indefinido no fijo. Considera pues que el «cese de la actividad del servicio» es equivalente a la amortización de «todos los puestos del centro suprimido». Resulta fácil esta interpretación en el caso de la supresión de un centro y por tanto de las actividades que desarrollaba, el problema se agudiza cuando el centro no desaparece y se resuelven contratos o el centro desaparece y las actividades las asume otra institución por delegación de competencias, por ejemplo.

Nos queda la resolución en aplicación de la [disposición adicional decimosexta del ET](#), que establece como cauces extintivos los previstos en los artículos 51 y 52 c) del ET, pero tampoco exenta de discusión porque aquí entrarían en conflicto los intereses de la Administración pública, centrados en la eficacia de su gestión, y los del trabajador, que giran en torno a su estabilidad laboral. Esta última sigue siendo la parte más débil de la relación jurídica y por tanto merecedora de un nivel de protección más elevado. Resulta interesante en este caso la [STS de 24 de junio de 2014 \(rec. núm. 217/2013\)](#) que reconoce la decisión de amortización de una plaza de indefinido no fijo como «un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo e, incluso, de ganar en concurso la plaza que ocupa». Parece pues que apuesta porque la única vía de resolución del contrato sea la de cobertura de la plaza, en caso de que esta exista, claro.

En estos casos las expectativas del trabajador son que se incluya la plaza en la correspondiente RPT y poder optar a cubrirla reglamentariamente. De momento, al no existir pronunciamiento judicial al respecto habrá que esperar a que el mismo se produzca, lo que sería deseable para clarificar situaciones estancadas. Mientras tanto parece que el juzgador mantiene la intención de no realizar distinción y aplicar el principio de igualdad de trato. El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración pública que se asimila a una forma de relación temporal, sin perjuicio que durante el desarrollo de la relación laboral el tratamiento en sus condiciones de trabajo deba ser igual a la de los indefinidos fijos. No es, por tanto, cierto que no esté sometida a término, como a veces ha intentado poner de manifiesto el propio Tribunal Supremo, porque si la cobertura de la vacante, o en su caso, la amortización de la plaza, es obligación de la Administración, es claro que el término ha de producirse aunque este sea incierto¹⁵.

¹⁵ VALVERDE ASENCIO, A. J.: «La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública», *Temas Laborales*, 86/2006, págs. 219-220; MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales: Irregularidades en la contratación y legislación de emergencia», *Revista de Derecho Social*, núm. 67, 2014, pág. 24.

3. EL PRINCIPIO COMUNITARIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO: NUEVOS PROGRESOS Y PERSISTENTES RESISTENCIAS

3.1. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: VOCACIÓN DE APLICACIÓN GENERAL DE LA NORMA COMUNITARIA A TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Definida y cuestionada la figura del trabajador indefinido no fijo, no es el único conflicto interpretativo que puede suscitar la misma, como además venimos apuntando y se puede inferir del título de este trabajo. Tanto el desarrollo de la prestación de servicios como su interrelación con otras instituciones laborales conlleva numerosos conflictos prácticos de absoluta actualidad, que merecen un análisis y una concreción en su regulación jurídica. Y todo, por su más que frecuente utilización por parte de las Administraciones públicas. Pero como paso previo a introducirnos en la instrumentación del principio de igualdad y su aplicación al personal indefinido, recordamos la primacía del ordenamiento comunitario sobre el nacional, consagrado este principio en el artículo 93 de la CE, puesto que este principio y su desarrollo, aunque aún en algunos casos difuso y desconcentrado, nos servirá de base referencial en nuestro análisis. Invocaremos la [Directiva 1999/70/CE](#), del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada y a las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas en estas problemáticas.

Nos encontramos en un contexto en el que se cuestiona de manera repetida la capacidad de nuestro Tribunal Constitucional para el aseguramiento de las leyes, de manera que la materia socio-laboral adquiere una «muy innovadora y apenas transitada dimensión transnacional»¹⁶. En este espacio, no podemos de dejar de tener presente que esta directiva ocasiona continuos fallos del TJUE contrarios a las regulaciones nacionales, no solo en nuestro país, también en otros Estados miembros. Se enfatiza por el tribunal comunitario la necesidad de que la aplicación de las medidas adoptadas por el derecho interno deban respetar el principio de equivalencia, es decir, no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter externo. Igualmente deben respetar el principio de efectividad de manera que no pueden hacer imposible o dificultar excesivamente, en la práctica, el ejercicio de los derechos adquiridos por el ordenamiento jurídico de la Unión.

En relación con la equivalencia, el Acuerdo marco anexo a la directiva tiene por objeto establecer una referencia para evitar abusos en las relaciones laborales de duración determinada –cláusula 1.b–, además de imponer a los Estados miembros la obligación de introducir una o va-

¹⁶ MOLINA NAVARRETE, C.: «La "vinculación" a la jurisprudencia comunitaria como condición de efectividad de la tutela judicial: Impacto socio-laboral. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 232/2015, de 5 de noviembre)», *RTSS.CEF*, núm. 394, 2016, págs. 161-162.

rias de las medidas que incluye, para aquellos casos en los que no existan medidas equivalentes, con el fin de prevenir dichos abusos –cláusula 5.^a–. Estas medidas tienen que tener en cuenta las necesidades de los distintos sectores o categorías de trabajadores. Las medidas se centran en:

- Razones objetivas que justifiquen la renovación de los contratos.
- Duración máxima total de los contratos de duración determinada.
- El número de renovaciones de tales contratos.

En cualquier caso, al extenderse la aplicación de la norma al ámbito público las sanciones consistentes en la conversión de la relación en indefinida no son posibles en el caso de los trabajadores indefinidos no fijos por respeto a los principios de mérito y capacidad exigidos constitucionalmente para el acceso al empleo público y, por tanto, ineficaz desde la perspectiva de temporalidad del vínculo¹⁷, vínculo cuyo carácter temporal está sometido a condición resolutoria. Dicho lo cual, y en lo que a contenido de nuestra propia legislación se refiere, conviene recordar que el artículo 23.2 de la CE ampara el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los empleos públicos con las limitaciones que establezcan las leyes¹⁸.

Ya hemos tratado este tema ampliamente en los apartados precedentes en relación con el tratamiento que se dispensa tanto por parte de la Administración como de la jurisprudencia, a los trabajadores indefinidos no fijos. Pero, en lo que a la aplicación del principio de igualdad se refiere, conviene no perder de vista que esta exigencia de igualdad, no otorga, sin embargo, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a participar, cuando proceda, bajo las mismas condiciones en las pruebas de selección (SSTC 293/1993, de 18 de octubre; 38/2004, de 11 de marzo o 31/2006, de 1 de febrero, entre otras). Además, lo hace de forma concluyente, concediendo un derecho de carácter fundamental y un contenido específico y diferente al reconocido en el mismo precepto a los cargos públicos. Dicho lo cual nos centraremos en el análisis, no ya de las condiciones de acceso sino de los derechos vinculados al desempeño del puesto de trabajo.

La garantía de la igualdad en las condiciones de trabajo y empleo de los indefinidos no fijos ha encontrado en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, un firme y creciente asidero. Concretamente la cláusula 4.^a del Acuerdo establece tal principio. Si inicialmente se pudo plantear la duda acerca de la aplicación del término trabajadores a los que lo son del sector público, una consistente jurisprudencia comunitaria interpretativa de sus preceptos

¹⁷ VALVERDE ASENCIO, A. J.: «La limitación de la sucesión de contratos temporales. Un análisis del art. 15.5 del Estatuto de los Trabajadores (y II)», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008.

¹⁸ PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, 1991, págs. 42-52; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 1993, págs. 56-57.

evidenció el peculiar, y expansivo, concepto comunitario de trabajador, que incluye de forma plena a los empleados públicos (SSTJUE de 4 de julio de 2006, asunto C-212/04; 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05, *caso Del Cerro Alonso*, apdo. 29; 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10). En esta equiparación del ámbito subjetivo viene insistiendo una y otra vez (para el personal interino STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 y para el eventual STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-177/14). Una senda que no cesa, a juzgar por el ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (asunto C-631/15), que considera discriminatoria la normativa autonómica relativa al Plan de Evaluación docente por no dar cabida al personal interino.

Pues bien, en este contexto proclive a la equiparación, no sorprende que el [Auto del TJUE, asunto C-86/14, de 11 de diciembre de 2014](#), por el que se resuelve la cuestión prejudicial sobre si el trabajador indefinido no fijo está incluido en la [Directiva 1999/70/CE](#), diera una respuesta expresamente afirmativa. Por lo tanto, también que los «indefinidos no fijos», figura desconocida en otros países –como Italia o Francia–, se incluyeran en su ámbito de protección, abriendo una auténtica «caja de Pandora» a partir de ese momento.

3.2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN: EL CONCEPTO EXPANSIVO DE CONDICIONES DE TRABAJO

Delimitado e ilustrado el ámbito subjetivo de aplicación en relación directa a los empleados públicos de las distintas categorías y sentada la premisa de su aplicación extensiva, recordamos que el [Acuerdo marco](#) no prohíbe las diferencias de condiciones de trabajo entre personal fijo y temporal, sino solamente aquellas que no estén justificadas por razones objetivas. Se impone por tanto analizar qué debe interpretarse como razones objetivas. Descartado *a priori* el hecho de tener suscrito un contrato de duración determinada como un hecho objetivo, la pregunta sobre si la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos supone por sí sola una razón objetiva que justifique la diferencia de condiciones de trabajo, se realizó expresamente ([asuntos C-444/09 y C-456/09](#)). La citada [sentencia Del Cerro Alonso](#) estableció que tampoco es una razón objetiva el que la diferencia de trato esté recogida en una norma nacional general o abstracta como una ley o un convenio colectivo, sino que es necesaria la existencia de elementos precisos y concretos que caracterizan la condición de trabajo de que se trata en el contexto específico en que se enmarca y con criterios objetivos y transparentes, con el fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, permite alcanzar el objetivo perseguido y resulta indispensable al efecto. Añade que tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social. En el caso de admitir que la mera naturaleza temporal de la relación laboral bastaría para justificar tal diferencia, estaría privando de contenido los objetivos de la [Directiva 1999/70/CE](#) y del Acuerdo marco. Recurrir a tal criterio supondría una equivalencia a perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable.

Por tanto, cualquier condición de trabajo que suponga un trato menos favorable, sin ninguna justificación objetiva, que el trato dispensado a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable es contraria a la directiva. Siendo así, la naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, en el sentido de la cláusula 4.ª del [Acuerdo marco](#). Sobre esta cuestión volveremos en el asunto concreto que nos ocupa sobre aplicación al personal propio de las agencias de la Junta de Andalucía de la excedencia por incompatibilidad. En la medida en que la no discriminación supone tratar igual a quienes se encuentren en situaciones comparables, «un trabajador con un contrato [...] de duración indefinida, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña»¹⁹, no puede ser tratado de distinta manera.

Las razones objetivas hay que buscarlas, por tanto, en la naturaleza de las funciones realizadas o eventualmente en la persecución de un objetivo de política social legítimo, pero nunca en la naturaleza temporal de la relación laboral ni en la mera previsión normativa. Esta doctrina es crucial también para el empleo público, por el efecto directo de la [directiva](#) en este punto. Si bien la [LEBEP](#) no contiene ninguna referencia a la directiva, queda claro que está directamente atravesada por ella ([STJUE de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09](#), apdos. 67 y 90)²⁰, pues regula «condiciones de trabajo» para los diversos tipos de empleados públicos. Pero ¿qué se entiende por condiciones de trabajo a estos efectos?

Bien es sabido que la misma amplitud con que define su ámbito subjetivo se proyecta, por la jurisprudencia comunitaria, a la hora de fijar el ámbito objetivo, esto es, el concepto de condiciones de trabajo a garantizar con una regulación igual, no discriminatoria. De especial interés es la [STJUE de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10](#). Se trata de la reclamación presentada por el Sr. Rosado Santana contra la Junta de Andalucía en relación con una convocatoria de promoción interna para el ingreso al Cuerpo general de Administrativos de dicha comunidad autónoma, de la que se excluye al demandante por no cumplir el requisito de antigüedad como funcionario de carrera, no habiéndose tenido en cuenta en este cómputo el tiempo que prestó servicios como personal interino.

De un lado, recuerda su doctrina sobre el efecto directo de la cláusula 4.ª del [Acuerdo marco](#), que impone, por lo que respecta no solo a las condiciones de trabajo sino también a «los criterios de antigüedad relativos a las condiciones de trabajo», la prohibición de tratar a los trabajadores temporales de una manera menos favorable que a los «fijos comparables» por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada. De otro, consecuentemente, concluye que «el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos periodos de servicio sobre la base de

¹⁹ Cláusula 3, apartado 2 del [Acuerdo](#) y apartado 37 del [Auto de 18 de marzo de 2011, asunto C-273/10](#).

²⁰ «Aunque el EBEP no hiciera ninguna referencia a la Directiva 1999/70/CE, no puede excluirse que sea considerado como una medida de transposición de esta al ordenamiento interno» (apdo. 67). «La cláusula 4.ª del Acuerdo Marco permite reclamar los complementos salariales devengados...».

una relación de servicio de duración determinada no constituye [...] razón objetiva» para establecer diferencias. Consecuentemente, el TJUE se reitera en la prohibición de interpretación restrictiva de la normativa comunitaria, por su carácter de principio de Derecho Social de la Unión Europea, situando la clave para identificar el concepto de «condiciones de trabajo» en el sentido de la cláusula 4.^a del [Acuerdo](#) en una noción global del empleo, esto es, de toda «la relación laboral entre un trabajador y su empresario (SSTJUE de [12 de diciembre de 2013](#), [Carratù](#), C-361/12, apdo. 35, y [13 de marzo de 2014](#), [Nierodzik](#), C-38/13, apdo. 25), desde su inicio hasta el final, pasado por todos los aspectos que conforman la prestación. Desde luego los conceptos retributivos –como trienios, sexenios...– y de tiempo de trabajo, pero no menos relevante son también los de inicio y finalización –condiciones de empleo–.

3.3. NUEVAS IMPLICACIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN LA TRÍADA DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Precisamente, esta doctrina expansiva, que incluye la fase de terminación del contrato dentro de las condiciones de trabajo a garantizar bajo el principio de no discriminación, está en la base de la reciente y muy trascendental «doctrina De Diego Porras» (STJUE de [14 de septiembre de 2016](#), [asunto C-596/14](#)). Como es bien conocido, esta doctrina está suponiendo que los tribunales nacionales reconozcan a los interinos –la mayoría empleados públicos– una indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Aunque esta es la sentencia más mediática, junto con la del [asunto 16/15](#) –considera que también la utilización de nombramientos de duración determinada sucesivos, en el caso en el Servicio Madrileño de Salud, para atender necesidades permanentes es contraria al Derecho de la Unión–, de gran impacto social y económico está llamada a ser la [STJUE de 14 de septiembre de 2016](#), [asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15](#). En ella, el TJUE precisa que la sanción de «indefinida no fija» de una relación de servicios abusiva es tan válida en el Derecho laboral como en las regidas por el Derecho administrativo, pese a que se había negado hasta el momento por la jurisprudencia contencioso-administrativa.

Consecuentemente, como vemos, no solo se amplía el principio de igualdad de trato en el ámbito del empleo público, para abarcar toda condición de trabajo y de empleo –cláusula 4.^a de la [directiva](#)–, sino que también se amplía el principio de prohibición útil del abuso del empleo temporal público, equiparando la técnica de la sanción de conversión en indefinida no fija de la relación de empleo público temporal en los contratos laborales y en los nombramientos de tipo administrativo. Como puede verse en la sección [Foro de Debate](#) de este número de la Revista, ya son diversas las sentencias de tribunales nacionales que aplican esta técnica, con lo que se abre un efecto de transformación desbocada del tratamiento del abuso del empleo público administrativo de consecuencias impredecibles. El problema es mucho mayor si se tiene en cuenta que, como aquí se viene analizando, la sanción de indefinición, pero sin fijeza, por el abuso, no lleva a una solución real, de tutela efectiva y equiparada con el trabajador fijo comparable, sino que crea una creciente nueva categoría de trabajadores sin una delimitación mínimamente precisa y que se ven abocados a más problemas y conflictos, sin que ganar la inicial batalla por la indefinición acabe con su calvario profesional.

4. EXPERIENCIA CONCRETA: LA DIRECTIVA 1999/70/CE Y EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE PERSONAL «EXTERNO» EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA

4.1. EL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO AL SERVICIO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

El contexto económico actual, marcado desde hace ocho años por la crisis económica, no ha hecho sino exponer la necesidad de operar cambios estructurales en la organización del sector público ante las exigencias de racionalización de la expansión de los entes administrativos y el control de la situación de déficit presupuestario. Al igual que en otros ámbitos territoriales, en Andalucía, las medidas de reestructuración del sector público se han acompañado de otras de carácter coyuntural²¹ que limitan estrictamente la negociación colectiva en este ámbito. Las medidas se instrumentan en legislación de urgencia²² y se concretan en: reducciones de salarios y de jornada, prohibiciones de contratación, limitación de las ofertas de empleo público, fomento de la promoción interna para la cobertura de vacantes y favorecimiento de los mecanismos de despido de los empleados laborales por necesidades de funcionamiento de la Administración.

En los supuestos vinculados a esta legislación de emergencia podemos partir del a [Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril](#), de Estabilidad Presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas públicas, modificada por la [Ley Orgánica 4/2012, de 28 de septiembre](#), que enlaza y desarrolla las previsiones del artículo 135 de la CE²³. Esta norma nos puede resultar útil para tener una composición de lugar a la hora de atender a las transformaciones actuales del Derecho del Trabajo y a la tendencia hacia el cambio de modelo que se viene operando a través del uso disfuncional y abusivo de la técnica normativa de los sucesivos y «urgentes» reales decretos-leyes.

No obstante, es la [Ley 1/2011, de 17 de febrero](#), de reordenación del sector público andaluz, la que marca las circunstancias que generan más problemática y más jurisprudencia en el reconocimiento de la figura y de los derechos del trabajador indefinido no fijo. Como ya hemos comentado la crisis «obliga» a la reestructuración del sector público en general, y en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía su Gobierno se compromete al «adelgazamiento» de la misma a través de la supresión y liquidación de un número importante de entidades instrumentales que tenían contra-

²¹ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales:...», cit. pág. 14

²² Sirvanos como claro ejemplo el [Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio](#), de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (BOJA núm. 122, de 22 de junio de 2012).

²³ MONEREO PÉREZ, J. L.: «El Derecho del Trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del Derecho Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 38, 2014.

tadas en torno a 20.000 personas. Es la propia ley la que suprime pero también «crea» una serie de agencias de distinto régimen jurídico que serán las entidades que asuman, vía subrogación en la mayoría de los casos, al personal que prestaba servicio en esa denominada «administración paralela».

Por supuesto que este personal laboral se integra con la consideración de indefinido no fijo e inicia una nueva generación de relaciones laborales no exentas de conflicto, como ya hemos ido sugiriendo. Todo ello se enmarca en un Derecho del Trabajo «de emergencia» que está introduciendo cambios estructurales no transitorios, si bien con una primacía creciente de la lógica administrativa de reducción y contención del gasto público que deja en suspenso algunos derechos laborales e instituciones colectivas²⁴.

4.2. UN MODELO DE REFERENCIA PARA EL ANÁLISIS: EL CASO DE LA AGENCIA SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

Centramos la concreción del análisis en la figura del indefinido no fijo por subrogación consecuencia del proceso de reordenación del sector público llevado a cabo por la [Ley 1/2011, de 17 de febrero](#), desarrollada por el [Decreto 96/2011, de 19 de abril](#), por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, y por la [Resolución de 20 de abril de 2011](#), de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el Servicio Andaluz de Empleo. En virtud de este proceso 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 (FAFFE). Consecuencia de dicho proceso, en fecha 3 de mayo de 2011, la fundación entró en proceso de liquidación, por lo que todos sus medios y efectivos pasaron a integrarse en el Servicio Andaluz de Empleo constituido como agencia administrativa de régimen especial. De este modo, el Servicio Andaluz de Empleo se subrogó, por virtud del artículo 44 del ET en todos los derechos y obligaciones de la extinta fundación, manteniendo la antigüedad, retribución y categoría profesional del personal.

Como hemos comentado con anterioridad al analizar la figura del trabajador indefinido no fijo por subrogación, en este caso el personal subrogado en la agencia Servicio Andaluz de Empleo, lo hace con la categoría de trabajadores indefinidos no fijos. Esta consideración viene avalada por una norma autonómica, la [Ley 3/2012, de 21 de septiembre](#), de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico financiero de la Junta de Andalucía, que incluye al personal laboral indefinido no fijo declarado como tal por resolución judicial o administrativa, junto a funcionarios interinos, personal estatutario temporal y personal laboral temporal, como grupo objeto de su ámbito de aplicación. En este sentido el artículo 15 de la citada ley expresa el siguiente tenor literal:

²⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Aspectos laborales de la interconexión entre Administraciones Públicas y entes instrumentales:...», cit. pág. 15.

«Artículo 15. Reducción de la jornada de trabajo con efectos en las retribuciones.

1. La jornada de trabajo del personal funcionario interino, del personal estatutario temporal, del personal laboral temporal y del personal laboral indefinido no fijo que haya sido declarado como tal por resolución judicial o administrativa, incluidos en las letras a) y b) del artículo 3 de la presente ley, se reduce en un 10 %, reduciéndose en el mismo porcentaje sus retribuciones fijas y periódicas, excepto en aquellos ámbitos en los que en virtud de la regulación establecida por la normativa estatal básica resulte inaplicable».

No obstante este reconocimiento, las medidas que contiene la ley para los empleados públicos temporales, incluidos los indefinidos no fijos, es contraria a las disposiciones de la [Directiva 1999/70/CE](#), «por el trato diferenciado que se le permite dispensar a un concreto empleador respecto de sus trabajadores temporales, en comparación con el que se le reserva a su personal fijo e indefinido, sin que se salvaguarde expresamente tampoco el necesario elemento de voluntariedad en la transformación de la dedicación de tiempo completo a tiempo parcial, por muy temporal y no definitiva que sea la medida»²⁵. Lo desgranamos en casos concretos.

4.3. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD A LA EXCEDENCIA FORZOSA PARA EL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO

En relación con las situaciones administrativas de excedencia en sus diferentes tipologías, la Administración pública resulta arbitraria o carente de un criterio clarificador a la hora de la concesión de las mismas a un trabajador laboral indefinido, amparadas la mayor parte de las decisiones exclusivamente en el puesto que ocupan. Existen, no obstante, pronunciamientos judiciales que reconocen el derecho, aunque con sujeción a unas estrictas y amplias limitaciones como consecuencia de la condición de personal no fijo de plantilla. Si tenemos en cuenta que la figura del trabajador indefinido no fijo surgió como forma de conciliar las consecuencias de esas irregularidades y la aplicación de las garantías de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público, esta figura se aproxima a la interinidad por vacante desde el momento en que la existencia del vínculo pende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales o de la amortización del mismo, salvando determinadas cuestiones ya comentadas. La excedencia funciona como una garantía de estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador indefinido no fijo, que ostenta un estatuto precario, sin embargo se reconoce la excedencia voluntaria que se caracteriza por otorgar al trabajador excedente únicamente un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría.

²⁵ DE SOTO RIOJA, S.: «Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el sector público», *Revista Temas Laborales*, núm. 120/2013, pág. 528.

En puridad, esta concesión se podría entender contradictoria con la consideración de personal indefinido con fijo, porque este solo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo y no en otras, ya que esto excluiría la condición de preferencia puesto que las vacantes han de ser cubiertas con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad²⁶. Siendo así, la excedencia forzosa no plantearía ningún problema puesto que el ingreso se produciría en el puesto ocupado por la persona excedente.

No se trata pues del reconocimiento de la aplicación de la [directiva](#) a trabajadores con contrato de duración determinada, cual es el caso de los indefinidos no fijos, sino en determinar si la cláusula 4.^a del [Acuerdo marco](#) debe ser interpretada en el sentido de servir de fundamento a una pretensión dirigida a que se conceda a un trabajador con un contrato de duración determinada una excedencia por incompatibilidad, toda vez que le viene reconocida la aplicabilidad en la [Ley 53/1984, de 26 de diciembre](#), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo al principio de no discriminación. La respuesta ha de ser sí sin ninguna duda, tanto por el reconocimiento judicial de «empleado público» de quien lo solicita, y por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la propia ley, como del principio de no discriminación recogido en la cláusula de referencia. El no reconocimiento de esta excedencia en el ámbito de lo estimado como condiciones de trabajo equivaldría a reducir, haciendo caso omiso del objetivo asignado a dicha cláusula, el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a las discriminaciones, basada en la naturaleza de las condiciones de trabajo, que los términos empleados en esta cláusula no sugieren en absoluto.

Otras sentencias (SSTS de [27 de febrero –RCUD 955/2008–](#) y [17 de marzo de 2009 –RCUD 1507/2008–](#)) establecen que la carrera profesional se sitúa en un contexto de «permanencia indefinida» en el desempeño de las funciones, que se compadece mal con la transitoriedad que por definición es aplicable al personal interino o al personal laboral indefinido. Esta diferencia intrínseca en la proyección temporal de ambos tipos de colectivos se justifica en que la carrera profesional se limite a quien en principio va a prestar servicios para la Administración con vocación de permanencia, y por tanto se excluya a quien por propia definición legal tiene con la Administración pública una vinculación laboral limitada en el tiempo. El Tribunal Constitucional no considera esta diferencia discriminatoria al considerar que no basta con que las tareas asignadas a dos categorías distintas sean idénticas o análogas, sino que es necesario considerar las exigencias de preparación o el correspondiente sistema de acceso ([STC 77/1990, de 26 de abril](#)). Tampoco considera discriminatoria la no concesión de la excedencia por incompatibilidad el Tribunal Supremo ([STS de 23 de mayo de 2014 –RCUD 179/2013–](#)).

Pues bien, esta exigencia de igualdad de situaciones no puede sostenerse que concurra entre los que la jurisprudencia ha venido en considerar «trabajadores indefinidos no fijos» y los «trabajadores fijos», y no existe tal igualdad porque los primeros son trabajadores contratados para cubrir las exigencias que la propia Constitución requiere para el ingreso en la función pública,

²⁶ STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2010 (rec. núm. 1547/2009).

como es el que el ingreso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad –art. 103.3 CE–, de donde deviene que su estatuto jurídico sea distinto del de los fijos propiamente dichos, que al haber accedido a la función pública conforme a las exigencias constitucionales gozan de una situación de empleado público con todas las garantías; el indefinido no fijo pudo tener en origen su justificación en una necesidad temporal determinada de empleados por parte de una Administración, que cuando la misma desaparece lo sitúa en una situación de precariedad que no puede alcanzar al que fue contratado por las vías legales para una actividad con visos de permanencia. Todo ello se traduce en una diferencia de situaciones que no justifican la aplicación del principio de igualdad. Discrepamos de los criterios argüidos por estos tribunales puesto que la temporalidad en el puesto de trabajo, aunque tenga consideración de *sine die*, no es razón suficiente para negar la excedencia que en cualquier caso tendría la misma fecha de caducidad que el contrato.

4.4. LA INCONGRUENTE INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO

Ilustramos estas reflexiones con un caso real pendiente de resolución por parte de la agencia Servicio Andaluz de Empleo. Se trata de una trabajadora que ostentando la categoría de personal propio de la agencia y por tanto personal indefinido no fijo –por subrogación desde la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo en virtud de la Ley de reordenación del sector público de la Junta de Andalucía a la que ya hemos hecho referencia–, que solicita excedencia por incompatibilidad para incorporarse a una plaza de ayudante doctor, plaza de carácter temporal y a tiempo completo, en una universidad pública andaluza, Administración pública por tanto. La citada trabajadora ostentaba una plaza de profesora asociada a tiempo parcial para la que tenía reconocida la compatibilidad. La Resolución de la Secretaría Provincial del Servicio Andaluz de Empleo reconoce a este personal en el ámbito de aplicación de la [Ley 53/1984, de 26 de diciembre](#), de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (art. 2.1), sin embargo resuelve negativamente la solicitud amparándose en el convenio colectivo de aplicación a este personal desde la subrogación y que se encuentra prorrogado por ultraactividad, y que no contempla esta situación de excedencia, concediendo excedencia voluntaria de acuerdo con el convenio.

El argumento dado por el empleador público para denegar la situación solicitada no solo resulta incongruente, pues reconoce la aplicación de la [Ley de Incompatibilidades](#) a la situación, pero considera que no puede llevarse a efecto por no tener previsión convencional, sino que quiebra el más elemental principio de jerarquía normativa. A tenor de los artículos 9.1 y 3 de la CE, y 3 del ET, la ley es fuente jerárquica superior, imponiendo su contenido de derecho imperativo, como es el caso, a toda norma, convencional o contractual. Eso es así cuando hay una contradicción entre ley y convenio. Pero es que, en este caso, no hay ninguna antinomia o contradicción entre ambas normas, sino que son plenamente conciliables. En efecto, el convenio colectivo de aplicación es anterior al proceso de subrogación y, en consecuencia, no se le puede exigir que prevea una situación que, en hipótesis, no era posible cuando se tenía la condición de emplea-

do privado. Ahora bien, la situación cambia cuando se produce el proceso de subrogación. Ciertamente, el convenio colectivo pudo prever esta nueva situación, pero para eso debería haberse renovado. Sin embargo, como se ha indicado, ese convenio sigue en vigor por ultraactividad y, en consecuencia, no ha habido oportunidad de que entre en juego el principio de modernidad.

Entendemos, pues, de aplicación a la solicitante la [Ley 53/1984](#) de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas, por la regulación contenida en el artículo 2.1, situación además reconocida por parte del Servicio Andaluz de Empleo en el fundamento de derecho segundo de la resolución emitida. En la medida en que, reuniendo, tras el proceso de integración, la condición de empleado público, y existiendo incompatibilidad entre dos empleos públicos, siendo uno de ellos, el de nuevo acceso, temporal, no hay motivo racional alguno para que se produzca la exclusión de una situación de excedencia específica a tal fin. En otro caso, no solo se vulneraría el artículo 14 de la [CE](#), tratando de forma diferente situaciones, a estos efectos, sustancialmente iguales –la norma legal se aplica tanto a los funcionarios como a los laborales–, sino también la cláusula 4.^a de la [Directiva 1999/70/CE](#), sobre contratos de duración determinada, que establece este principio de igualdad de trato. Así lo entiende una copiosa jurisprudencia del TJUE ya asumida como propia, en virtud del artículo 93 de la [CE](#), y su principio de primacía, por el Tribunal Supremo (SSTJUE de [22 de diciembre de 2010](#); [Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres](#), asuntos acumulados [C-444/09](#) y [C-456/09](#) y [8 de septiembre de 2011](#), asunto [C-177/10](#); [ATJUE de 11 de diciembre de 2014](#), asunto [C-86/14](#); [STS de 6 de octubre de 2015](#), [RCUD 2592/2014](#), que aplica dicho auto, si bien a otros efectos, indemnizatorios, pero cuya doctrina es aplicable al caso).

A fecha de cierre de este trabajo, la solicitante había presentado reclamación previa a la vía judicial laboral con base en los argumentos esgrimidos, sin haber obtenido contestación hasta el momento.

4.5. LA DISCRIMINACIÓN DE LOS INDEFINIDOS NO FIJOS EN LA AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA (AMAYA)

En febrero de 2016, el sindicato CGT interpuso una demanda de conflicto colectivo –sin avenencia hasta la fecha– en el Servicio Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), por lo que entiende como discriminación hacia los trabajadores indefinidos no fijos, en el seno de la Agencia de Medio Ambiente y Agua (AMAYA), adscrita a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía²⁷. El objeto de la reclamación es un informe de la Consejería de Hacienda que niega a este colectivo cualquier posibilidad de reclasificación profesional, informe al que se presentaron previamente más de 300 alegaciones. Tanto el sindicato CGT como el sindicato UITA reclaman igualdad de derechos para el personal indefinido no fijo. Este último sindicato invoca la [Directiva 1999/70/CE](#) para la apli-

²⁷ <http://www.20minutos.es/noticia/2683922/=/presentado-conflicto-colectivo-por-discriminacion-indefinidos-no-fijos-amaya/>

cación a las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía, con independencia del tipo de contrato, fijo o indefinido no fijo. Los argumentos de la reclamación se centran en el establecimiento por parte de la Consejería de Hacienda de férreos límites a la carrera profesional del personal indefinido no fijo, en el caso de los trabajadores de AMAYA, para el reconocimiento de los mismos como bomberos forestales, tareas que no entroncan en absoluto con las establecidas para la función pública.

El sindicato UITA, en el ámbito de esta reclamación, recuerda el caso que previamente hemos apuntado sobre la reducción de jornada y salario al personal temporal de la Junta de Andalucía, así como denuncian las medidas que impiden la movilidad entre agencias, la reclasificación profesional y la asignación de funciones al personal indefinido no fijo, entre otras medidas discriminatorias. Otro caso sin resolución hasta la fecha y que desmiente en la práctica el fervoroso reconocimiento legal y jurisprudencial del principio de igualdad de trato.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Entendemos que este tratamiento «como si fuese temporal» del «indefinido no fijo», aunque resulte paradójico, ha servido para que el TJUE repare en su existencia, hasta ahora muy huera de protección efectiva, y, a partir de ahí, promover una creciente equiparación útil, con eficacia, en relación con el trabajador «fijo comparable». Sin embargo, los cambios producidos en los modelos de configuración y desarrollo de los servicios prestados por las Administraciones públicas y sus intentos de racionalización han relanzado aquella figura por encima de lo controlable, marcando más claramente las contradicciones de su falta de específica regulación.

Pero ordenar tan trascendental y compleja cuestión de empleo público y de atención de los servicios públicos no puede llevarse a cabo a «golpe de sentencia», estableciendo un modelo de extrema judicialización que lejos de avanzar en la solución perpetúa, e incrementa incluso, el problema. Pese a las muchas décadas pasadas, este tema no solo no está zanjado sino que cada vez se complica más, en la doble dirección que la directiva comunitaria quiso racionalizar: sea el principio de no discriminación sea el principio de protección efectiva frente al abuso. Deslizar el manto protector de la [Directiva 1999/70/CE](#) sobre esta categoría, en extremo creciente –por declaración jurisprudencial, ahora también en el empleo público administrativo; e imperativo legal, sobre todo autonómico, en el marco de la normativa sobre subrogación empresarial–, de empleados públicos, no parece haber servido, hasta el momento, para poner fin a la situación de extrema incertidumbre y vulnerabilidad en el día a día de miles y miles de trabajadores a los que se obliga a una permanente batalla judicial por adquirir una razonable estabilidad y dignidad de trato –igual–. Mucho nos tememos que habrá que seguir contando nuevas historias de este sinsentido, tanto organizativo como jurídico.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0