

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

**Extracto:**

«LA LOU ha mutado de manera radical el régimen jurídico del profesorado universitario (PDI). Aunque estas transformaciones afectan tanto al profesorado funcional, cuyo régimen tradicionalmente se ha asentado sobre la existencia de una relación especial de función pública profesional, como al contratado, no cabe duda de que lo más relevante para un iuslaboralista es lo sucedido con el PDI contratado. Los cambios no sólo afectan a la naturaleza jurídica de la relación de servicios profesionales, que ha pasado de ser administrativa a entenderse como laboral, sino que incluso incide, no se sabe muy bien con qué alcance real, al propio marco de reparto de competencias normativas entre Comunidades Autónomas y Estado Central sobre todo, pero también entre Autonomías de otro tipo, como son la autonomía universitaria y la autonomía colectiva. Por supuesto, junto a la creación de nuevas figuras contractuales, cuya relación con las ordinarias del Estatuto de los Trabajadores tampoco es lineal o inequívoca, se introducen importantes cambios en los mecanismos de evaluación y selección del PDI contratado –además de funcional–.

Esta inaudita diversificación, casi a pie de igualdad, de regímenes jurídicos de una misma actividad profesional, que hace del profesorado laboral un eje principal de las políticas de personal universitario docente e investigador, a diferencia del papel residual o marginal concedido en la LRU, suscita un catálogo casi infinito, y en todo caso abierto e indefinido, de problemas para su regulación, organización y gestión. Este extraordinario salto dado por el legislador, que algunos no dudan en calificar de «salto en el vacío», significa crear un doble sistema de carrera académico-profesional, sin definir bien sus respectivos espacios. Por tanto, en un momento en el que se anuncia una contrarreforma de la LOU, si bien no afectará a esta opción «laboralizadora», al menos en lo sustancial, es especialmente oportuno, incluso urgente, analizar todos y cada uno de estos aspectos, identificando los problemas pero también aportando soluciones eficaces para seguir desarrollando un Servicio Público tan importante para el desarrollo socio-económico y cultural como de futuro incierto: la Universidad.

La revisión teórica, siempre importante aquí, imprescindible para la comprensión de los problemas y para avistar soluciones, va acompañada en todo momento de una cuidada atención a la práctica, tanto normativa –desarrollos autonómicos– cuanto convencional –convenios colectivos– y universitaria –prácticas de contratación–.

---

## Sumario:

---

1. Introducción.
2. Un nuevo espacio para la dialéctica laboralización vs. funcionarización: la legitimidad constitucional del régimen dual puro de la LOU.
3. El problema de la calificación jurídica de la relación del profesorado contratado: ¿una relación laboral materialmente especial o innominada?
4. La difícil delimitación de las fuentes reguladoras de la relación de PDI contratado: el margen de relectura constitucional para nuevos conflictos de competencias en materia laboral.
5. Una primera verificación práctica del alcance del nuevo sistema de fuentes: problemas y soluciones respecto al régimen transitorio.
  - 5.1. El recurso a la técnica del Derecho Supletorio: la integración de lagunas por el recurso a la legislación laboral «común».
  - 5.2. Las vías de solución en la LOU: la aplicación directa del régimen legalmente previsto para ciertas modalidades.
6. El sistema de contratación del personal docente e investigador a la luz de los recientes desarrollos autonómicos.
  - 6.1. Los contratos de ayudantes (art. 49) y profesores ayudantes doctores (art. 50).
  - 6.2. El contrato de «profesores contratados doctores» (art. 52): ¿nueva modalidad contractual y/o nueva categoría profesional?
  - 6.3. El contrato de profesor colaborador (art. 51).
  - 6.4. Los profesores asociados y eméritos (art. 53).
  - 6.5. Los profesores visitantes (art. 54.2).
  - 6.6. Las reglas laborales «comunes» aplicables a las figuras específicas de PDI contratado.
7. Esbozo de algunos problemas de la ordenación de las relaciones colectivas del PDI contratado.
  - 7.1. Las vías de representación del personal docente e investigador: representación unitaria *versus* representación sindical.
  - 7.2. El sistema de negociación colectiva para el PDI contratado: ¿un paradigma de negociación articulada?
8. Reflexiones finales: ¿hacia un Derecho de la «actividad profesional» del PDI universitario, funcional y laboral?

«La invención era demasiado hermosa y la astucia se apoderó de ella enseguida. Los que dirigían la tribu no tardaron mucho en darse cuenta de las ventajas que para ellos suponía gobernar por medio de leyes, más que a cara descubierta. De un jefe carismático uno termina por aburrirse y una vez que el carisma se disipa queda sólo un hombre tan débil como sus semejantes, odioso si pretende dominar o ridículo cuando ordena. Precisamente en este momento la máscara de las leyes se convierte en algo precioso. (...). El hecho es que entre todos los abusos de derecho que nuestra época ha tratado de combatir, el abuso del derecho de legislar merecería un puesto destacado.»

*Ensayo sobre las Leyes*

JEAN CARBONNIER

## 1. INTRODUCCIÓN

En otros tiempos, no necesariamente mejores, la «perpetuidad» era una vocación característica de la Ley, entendida como aquella «orden sin rostro que quiere ser universal y eterna». Desde hace tiempo, en cambio, vivimos épocas de máxima «efervescencia legislativa», no obstante el flujo de aquellos gélidos vientos de «desregulación» que azotaron nuestras sociedades en la década de los años 80. Podemos pensar, en otras palabras, que por doquier encontramos algo así como una continua «pasión por legislar». Ahora bien, a diferencia de lo que quizás pudo suceder en otras épocas, este proceso está tan plagado de deficiencias, de técnica legislativa y de política jurídica, que sus productos son cualquier cosa menos «literarios», «pedagógicos» y eficaces para resolver los problemas sociales que están en su origen <sup>1</sup>.

Ciertamente no corren buenos tiempos ni para la «estabilidad» ni para la «calidad» de las Leyes. En este contexto no puede sorprender mucho afirmar que, cualquiera que sea la opinión que se mantenga en el plano político de una de las Leyes más contestadas socialmente de nuestra historia reciente, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), lo cierto es que en el plano jurídico adolece de muchos defectos, en gran medida derivados del carácter excesivamente precipitado de su proceso de elaboración. No dudamos en calificar esta norma como de «per-

<sup>1</sup> De interés, aunque muy desigual, J. CARBONNIER. *Ensayos sobre las Leyes*. Civitas. 1998.

fil técnico bajo» y viene a confirmar manifiestamente el referido proceso de decadencia en que se halla inmersa la técnica legislativa. La decisión política se impone a la racionalidad jurídica, lo que además de generar incoherencias impide una eficaz regulación de los problemas a resolver, como también se ha dicho.

Desde esta perspectiva, quizás pueda verse con gran esperanza el anuncio del nuevo Gobierno de la Nación de cambiar de inmediato también esta Ley, para lo cual ya ha creado un «Grupo de Expertos» encargados de tan alto cometido. Sin embargo, entre los aspectos que incluye este nuevo proceso de «contra-reforma» legislativa no está, para desesperación de bastantes –yo no estoy entre ellos–, uno de los que sin duda causaron más perplejidad y están dando más «quebraderos de cabeza» a los responsables de la gestión universitaria: la «laboralización» del régimen del personal docente e investigador contratado por las Universidades. Pese a que la regulación aportada evidencia notables carencias, por defecto (lagunas) y por exceso (incoherencias), no se anuncian cambios de relieve en tan delicada materia <sup>2</sup>.

En consecuencia, el cambio de régimen jurídico de las anteriores figuras contractuales y la aparición de nuevas categorías de PDI contratado, sobre las que la contestada LOU quiso articular una «carrera académico-profesional» paralela a la tradicional «funcionarial», parecen destinados a consolidarse en el nuevo proceso de reformas que en poco tiempo experimentará una Ley de vigencia tan convulsiva como lo fue su elaboración. Ciertamente algunos aspectos del régimen jurídico de acceso y selección del profesorado contratado sí verán cambios de relieve, en línea con lo que se aventura para el profesorado funcionario, como sucede con ese filtro selectivo que se ha dado en llamar «Acreditación» –paralela, aunque con régimen jurídico bien diferente, a la «Habilitación» para el acceso a los cuerpos de funcionarios docentes–, así como la enigmática organización administrativa «ideada» para su gestión, la Agencia Nacional de Evaluación (ANECA). Aunque estas reformas no son en modo alguno irrelevantes para este recién estrenado sistema de contratación laboral, no afecta a los aspectos más sustanciales del mismo que, a lo que parece, permanecerán, como decimos, sustancialmente inmodificados y, por tanto, asumidos por el nuevo Gobierno de la Nación.

La oportunidad de proponer nuevas reflexiones sobre tan sugerente como inaudito régimen jurídico-laboral de empleo público es, pues, cuando menos, doble. Por un lado, porque el «desembarco» –para algunos «vikingo»– de «lo laboral» en tan singular sector docente –para la investigación no resulta ninguna novedad de relieve– no va a ser ninguna suerte de corta visita o de ensoñación pasajera, por lo que convendrá analizar con mayor detenimiento –incluso «seriedad»– las muchas y enjundiosas cuestiones que suscita la puesta en funcionamiento, a comenzar por sus propios sistemas de fuentes reguladoras de la relación del profesorado contratado y terminando por las «perversas» prácticas aplicativas que, de forma sistemática, ha venido generando en tan reducido pero intenso espacio de tiempo. Por otro lado, y precisamente por la elevada conflictividad que ha creado, así como por las comúnmente constatadas deficiencias legislativas, el actual momento de reforma «reflexiva»

---

<sup>2</sup> Esta carencia es ya de por sí muy grave porque ha llevado a una intensa producción normativa de las Comunidades Autónomas «sin orden ni concierto». Así, sea por el rango inadecuado de las normas aprobadas sea por las cuestionables opciones reguladoras se abren demasiadas interrogantes sobre su legalidad –incluso sobre su constitucionalidad–, con lo que se aleja de la deseada y necesaria estabilidad y racionalidad exigidas.

debería ser una buena ocasión para, manteniendo el carácter laboral de estas figuras contractuales, opción bastante menos demoníaca –y más racional– de lo que algunos gestores y responsables quieren ver, proceder a corregir algunas de aquellas disfunciones más notorias de su regulación<sup>3</sup>.

Los problemas en modo alguno se limitan al ámbito de las fuentes reguladoras, por las dificultades de comprensión normativa y las «desviaciones» en su aplicación práctica. A aquéllos se añaden otros muchos, ni prefijados ni mucho menos resueltos, derivados de la interacción entre las innegables peculiaridades de este régimen jurídico del profesorado contratado, no ya sólo por el ámbito organizativo en que se enmarca –*Servicio Público*– sino por la propia naturaleza de su actividad –*Docencia Universitaria*–, y las exigencias, igualmente ineludibles, del carácter laboral atribuido a sus formas de contratación. La principal razón de ser de esta conflictividad reside en la opción flexibilizadora, incluso podría decirse que «desreguladora», esbozada. La opción se ha realizado atendiendo a un criterio de flexibilidad laboral reflejado en la *diversificación de contratos y en su carácter temporal*.

La mayor parte de las cuestiones relativas a las concretas condiciones de trabajo del profesorado han quedado tan ambiguamente redactadas que, como ya evidencian las normas de las Comunidades Autónomas, no pueden dejar de ser fuente de importantes distorsiones además de conflictos seguros entre las partes implicadas. Tales desencuentros y divergencias se producen tanto en el marco regulador de los aspectos individuales de la relación, especialmente en relación a la duración de aquellos contratos respecto de los que la LOU parecería guardar «silencio» –profesor colaborador y contratado doctor– cuanto de los colectivos –ámbito de negociación colectiva; formas de representación...–.

Con este trabajo pretendemos ofrecer, en lo posible y sin huir completamente de un esfuerzo «experimental», un cuadro suficientemente amplio y accesible de análisis de los principales problemas para, una vez analizados los *pros* y *contras* de cada una de las opciones interpretativas, realizar una concreta propuesta que pueda tener el necesario rigor, la inexcusable flexibilidad y las exigibles garantías para conciliar los intereses de todas las partes implicadas en la ordenación de esta relación laboral de nuevo cuño: Estado, Comunidades Autónomas, Universidades, Profesorado, Sindicatos y Sociedad Civil beneficiaria del Servicio Público implicado. Conviene precisar de inmediato, como ya hemos hecho en alguna otra ocasión<sup>4</sup>, que ni es fácil su realización ni puede ser en este momento completo.

No es fácil porque a la inexistencia de referencias judiciales específicas –sí las hay ya en materia de representación de intereses de este colectivo–, lo que resulta natural por la novedad del régi-

<sup>3</sup> Para un amplio e ilustrativo, aunque no completo, catálogo de estas deficiencias, legislativas y prácticas, *vid.* C. MOLINA, M. ÁLVAREZ, A. OJEDA. *Ordenación y gestión del personal docente e investigador contratado: problemas y soluciones*. Universidad de Jaén. 2003.

<sup>4</sup> En relación a la concreta, pero determinante, problemática relativa al complejo sistema de fuentes resultante del actual entramado normativo, *vid.* C. MOLINA. «"Improvisación" de la LOU, "perversión" de la práctica: ¿sabemos quién fija el régimen del PDI Contratado?». *RDS*. Núm. 25/2004.

men regulador, se une la todavía escasa atención prestada por la doctrina jurídica –laboral y administrativa– sobre este punto crucial. En este sentido, reducidos y breves han sido los pronunciamientos sobre la convivencia –nada pacífica– de estos dos regímenes jurídicos en una misma institución, la Universidad Pública, que cuenta con unos perfiles singulares, únicos en su especie, incluso en el campo del Derecho Comparado <sup>5</sup>. Tampoco puede ser completo porque, además de las limitaciones de espacio que marca el contexto de este trabajo, que hace inabordable la infinidad de cuestiones que suscita reconstruir un régimen jurídico tan parca y ambigüamente delimitado en la LOU, constituye una tarea auténticamente colectiva, incluso diríamos que interdisciplinar, pues también concierne a los iusadministrativistas, si bien desde parámetros más realistas que los actuales <sup>6</sup>.

Aquí nos centraremos, pues, en la fijación de las principales opciones interpretativas que han de enmarcar el proceso de regulación que se inició en 2001 y que sin duda tardará varios años más en culminar, cuando haya podido intervenir, como parece que sucederán ante el «aval» del nuevo Gobierno, el entero sistema de fuentes, incluida la negociación colectiva y la jurisprudencia. Por supuesto un papel estelar, si bien aplazado en el tiempo, habrá que reservar, al Tribunal Constitucional cuya participación ya ha sido reclamada a través de diversos Recursos de Inconstitucionalidad, tanto de las Comunidades Autónomas respecto de la LOU, como del Gobierno –cierto que del anterior– respecto de ciertas Leyes autonómicas, como la catalana.

## 2. UN NUEVO ESPACIO PARA LA DIALÉCTICA LABORALIZACIÓN VS. FUNCIONARIZACIÓN: LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN DUAL PURO DE LA LOU

Como se ha señalado, la LOU, en su versión originaria y todavía hoy vigente, supuso una radical modificación del *modelo de regulación del personal contratado*. Éste se conforma ahora en exclusiva con arreglo al Derecho del Trabajo, antes la exclusividad era para el contrato administrativo.

En apariencia al menos, la LOU pretende mantener una posición equilibrada en la forma de vinculación del personal con la administración universitaria, optando por una política de plantillas basada en el *dualismo de técnicas organizativas*: la técnica de contratación laboral para el PDI y la

<sup>5</sup> A este respecto sería un error intentar trasladar de forma acrítica y automática todos y cada uno de los análisis y la experiencia, judicial y práctica, acumulada a lo largo de décadas en relación al régimen jurídico del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. No debería desdeñarse o infravalorarse la especificidad de esta actividad docente e investigadora. En general, para este debate, agrío, complejo e inacabado, *vid.* M. MOLINA. *El contrato de trabajo en el sector público*. Granada. 2000; E. ROJO TORRECILLA. «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas». Volumen I del Libro publicado por MTAS, que recoge las Ponencias al respecto realizadas en el XI Congreso Nacional de AEDTSS (2001).

<sup>6</sup> Sin duda, como muy meritorio, incluso modélico, esfuerzo en este sentido han de valorarse las Jornadas tenidas en la Universidad de Burgos, los días 21 y 22 del mes de abril de 2004, monográficamente dedicadas al profesorado contratado conforme a la LOU y normas de desarrollo. No me cabe ninguna duda que el libro que recoja las Ponencias, Comunicaciones e Intervenciones sobre los diferentes aspectos del régimen jurídico del PDI contratado proporcionará un material inestimable para el trabajo legislativo y para el aplicativo.

técnica funcionarial para las categorías de personal tradicionales en régimen administrativo (personal docente e investigador funcionario). La nueva regulación prevé un modelo dual puro de carrera profesional, posibilitándose la prolongada permanencia en figuras contractuales no estables. Sin embargo, esta «laboralización» –reivindicación histórica del sindicalismo– se articula sobre diversas posibilidades de estabilización y carrera profesional. En este sentido, contempla la posibilidad de consolidar su permanencia con carácter paralelo a la vía funcionarial o con la posibilidad de estimular un modelo de carrera profesional que conduzca al tiempo a la condición funcionarial <sup>7</sup>.

En consecuencia, podrá ahora afrontarse en condiciones más idóneas una nueva política de personal que garantice los derechos profesionales y el principio de eficacia administrativa. La contratación en régimen laboral del PDI puede, si se utiliza racionalmente, equilibrar ambas exigencias dentro de la administración universitaria. La opción ha sido fuertemente contestada tanto en su dimensión de política jurídica como en la técnica. En el primer caso, desde el iuslaboralismo se esgrime la «incoherencia» de este modelo regulador, no ya por sus evidentes deficiencias técnicas y sus insuficiencias de regulación, sino por el concreto sentido dado a esta opción reguladora, marcada por la «flexibilidad laboral», además de romper una de las «reglas de oro» de la regulación racional del personal al servicio de las Administraciones Públicas: un único régimen jurídico para un mismo trabajo. En el segundo, desde el iusadministrativismo, de nuevo se desenvaina el sable de la inconstitucionalidad: la expresa renuncia del legislador estatal a determinar las tareas exclusivas del profesorado funcionario, incumpliría la reserva de Ley, *ex* artículo 103.3 CE y STCo. 99/1987, fj. 3 d) <sup>8</sup>.

De este modo, la entrada del contrato de trabajo docente en las Universidades Públicas, casi en pie de igualdad con la relación funcionarial –al menos por lo que atañe a la «relación profesional de servicios», desde luego no así para los «derechos políticos» y de gobierno universitario–, no sólo reeditaría el principal capítulo de una historia que cuenta ya con más de 40 años de recorrido, sino que contribuiría a forjar un auténtico momento de inflexión en la organización de la función docente. El otorgamiento por el legislador a la Universidad de una plena libertad para elegir entre una u otra técnica de organización del trabajo docente, la funcionarial y la laboral, así como la marcada promoción que aquél hace de la carrera académico-profesional de naturaleza laboral, estarían más próximos al proceso de «privatización» de este «mercado de la enseñanza superior» que supuso el reconocimiento, ahora consolidado por la LOU <sup>9</sup>, de las Universidades Privadas. Como sucede en general tanto para las empresas como para los servicios públicos de índole económico, también para

<sup>7</sup> Es la opción de política legislativa reflejada en la Comunidad Canaria; v. gr., Exposición de Motivos del Decreto 140/2002, de 7 de octubre, sobre régimen del personal docente e investigador contratado y sobre complementos retributivos del profesorado de las Universidades canarias.

<sup>8</sup> Cfr. L. PAREJO (coord.). *Informe sobre los aspectos de la LOU cuya constitucionalidad es cuestionable*. 2002, pág. 64. En cambio, también desde esta lógica, no se pone reparo alguno, si bien sin prácticamente reflexión alguna, por J. M.<sup>a</sup> SOUVIRÓN MORENILLA, F. PALENCIA HERREJÓN. *La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la LOU*. Comares. Granada. 2002, págs. 456, 500-501.

<sup>9</sup> La LOU prácticamente no ha dedicado atención al régimen de profesorado de las Universidades Privadas, que por definición es de naturaleza jurídico-laboral, despreocupándose –deliberadamente– de eventuales garantías de calidad del mismo, auténtica obsesión –fundada– respecto de las Públicas. La crítica de esta dualidad de regímenes en J. PAREJO. *Informe... op. cit.*

la Universidad las inexcusables exigencias de adaptación a los modernos sistemas de gestión de mercado competitivo y de calidad estarían en la base de esta peculiar manifestación del proceso de laborización de la prestación de servicios públicos <sup>10</sup>.

Desde luego que la apuesta de la LOU es arriesgada porque en este ámbito existen posiciones altamente contrapuestas e irreconciliables, donde todo se discute. Asimismo creemos adecuada la crítica que se le hace por el notable factor de confusión que introduce en la organización de la prestación de servicios docentes, dada la parquedad reguladora. Pero lo que estamos en completo desacuerdo es en la acusación de inconstitucional que se le hace, sin aportar argumento alguno más allá del puramente formal –además del prejuicio corporativo–. A nuestro juicio, esta opción de la LOU podrá ser más o menos oportuna, gustar más o menos, pero desde luego lo que en todo caso parece cierto es que resulta *válida constitucionalmente* <sup>11</sup>.

Para comprender la legitimidad, incluso para nosotros la oportunidad o conveniencia de esta opción –sin perjuicio de las reservas críticas evidenciadas por la defectuosa técnica con que se ha hecho–, es oportuno recordar sucintamente el significado mismo de la dialéctica laborización vs. funcionarización en la que se enmarca. Así, es conocido que en la Administración Pública contemporánea resalta cada vez más la idea de «Administración servicial», la acción administrativa con fines económicos, sociales y culturales (incluida la educación en todos los niveles, por supuesto el universitario). Este fenómeno es congruente con la creciente complejidad del intervencionismo público en las sociedades desarrolladas. El sistema actual de Administración comprende, así, un conjunto más amplio de cometidos estatales que se añaden a las actividades que integran la función pública estricta tradicional <sup>12</sup>.

Desde el punto de vista técnico-jurídico ello se traduce en *la necesidad de diferenciar las nociones de función pública y de servicio público*, que se sitúan en planos distintos. El crecimiento de la Administración que lleva consigo el desarrollo extraordinario de este último concepto, difícil

<sup>10</sup> Recientemente tenemos ejemplos imponentes, como el relativo al servicio de correos y telégrafos, hoy constituido en una Sociedad Estatal tras su corto período de Entidad Pública Empresarial, y que acaba de concluir el Convenio Colectivo 2003-2004. Para una actualización y revisión crítica de la actual dialéctica laborización/funcionarización SALA FRANCO, T. «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», Ponencia General presentada al XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen I, MTAS, 2001, págs. 29 y ss. La lectura del conjunto de los trabajos contenidos en esta obra, editada en dos volúmenes, ilustra bien sobre algunos de los problemas aquí analizados aunque, como se ha dicho, no siempre puedan proyectarse sus soluciones al ámbito de la relación laboral del profesorado contratado.

<sup>11</sup> Aunque el «Oráculo de delphos» en que se ha convertido el TCo. –imprevisibilidad de sus decisiones al renunciar a forjar doctrina– y la inercia histórica que viene arrastrando desde 1987, de modo que parece seguir convencido del carácter excepcional o excluyente de la relación laboral en las Administraciones Públicas, no permita garantizar el resultado frente a los recursos de inconstitucionalidad planteados.

<sup>12</sup> Lo que está en la base de este dualismo peculiar «con un sector de funcionarios y otro de trabajadores operando hombro con hombro». Vid. OJEDA, A. Prólogo al libro de RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*. Granada. 1997, pág. XXII. Para un reciente e ilustrativo análisis de los criterios que han ido marcando el cambio de preferencias entre personal funcional y laboral en España vid. ROJO TORRECILLA, E. «La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», págs. 47 y ss., en el Volumen I del Libro Colectivo del MTAS que recoge las Ponencias y Comunicaciones del XI Congreso Nacional, *cit.*

de aprehender técnicamente donde los haya pero cuya consolidación es incuestionable, explica la expansión del empleo público y ha producido un fenómeno de contractualización masiva del mismo. Estos «empleados públicos», funcionarios y personal laboral, quedan alejados del ejercicio de autoridad o potestad pública (reservado sólo a la alta función pública que desarrolle actividades soberanas). Ello traslada una cierta idea de confrontación de intereses en la relación de empleo público, cualquiera que sea su régimen <sup>13</sup>.

Si desde este plano estrictamente conceptual, que distingue entre «función pública» en sentido estricto y «servicio público», la opción de la LOU encontraría plena cobertura –la Universidad realiza «el servicio público de la educación superior», ex artículo 1 LOU–, también lo haría en el plano estrictamente normativo, pese a las evidenciadas deficiencias, que justifican la crítica técnica pero no la descalificación por inconstitucional. Así, la manida preferencia legal evidenciada por el TCo. –arts. 1 y 29 y disposición adicional novena Ley 30/1984; art. 47.1 de la LOFAGE para organismos autónomos– a favor del sistema de «carrera administrativa» parece proyectarse también aquí, como por ejemplo el límite cuantitativo que impida su mayoría o el diseño de determinadas figuras contractuales de modo específico –aunque no realiza propiamente una reserva de puestos sino que restringe las modalidades laborales de acceso– <sup>14</sup>.

Otros elementos pueden servir de referencia para expresar esta misma opción de política del Derecho, como la preocupación por garantizarle el control de los órganos de gobierno y representación –garantía de la mayoría absoluta–. Se marcaría así legalmente una importante diferencia: el perfil de la gestión y el gobierno –«lo político»– quedaría fuera de esta figura en principio, reservándose un papel más estrictamente profesional, docente e investigador, para el profesorado laboral <sup>15</sup>.

<sup>13</sup> La evolución legislativa y práctica en nuestro país en orden a la apertura de los empleos públicos, también los que implican alto grado de cualificación e implicación personal, como por ejemplo en el sector sanitario y en el sector docente, en relación al requisito de la nacionalidad ilustra bien este cambio. Como se sabe, tal apertura ha tenido la fuente directa de inspiración en el concepto moderno de empleo público derivado de una consolidada jurisprudencia del TJCE, forjada para convertir una regla con vocación de ser general excluyente –un límite a la libertad de circulación de trabajadores cuando se trate de empleo en la Administración Pública (art. 48.4 TCEE, hoy 39.4 TCE/consolidado)– en una norma excepcional. Vid. MONEREO, J.L., VIDA, J. *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. MAP. 1991; GÓMEZ, J.M. *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*. CES. 1996. En este sentido se entendería tanto la modificación sustancial operada en 1999 de la Ley 17/1993, en cuanto al régimen de acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos en la Administración Pública cuanto el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 4/2000, respecto del acceso al personal laboral de los no comunitarios.

<sup>14</sup> Vid. número IX de EM de la LOU. Algunas Comunidades Autónomas –ej. Canarias– siguen apostando por el modelo funcional, lo que lo hace más bien de la contratación laboral «una fase» previa que dote de estabilidad la relación antes de llegar a la de funcionario, si bien para otros esta fase puede suponer una dilatación extrema e innecesaria de una carrera ya de por sí larga, *una auténtica carrera de obstáculos antes de estabilizar su relación de empleo público como funcionario*.

<sup>15</sup> El derecho de este personal a participar activamente en la gestión de la Universidad podría verse de esta manera seriamente comprometido o notablemente mermado, como sucederá si los Estatutos no garantizan un adecuado porcentaje de representación. He aquí que se produce una interferencia disfuncional de la naturaleza del vínculo profesional con la problemática enteramente diversa de la gestión, cuya significación político-jurídica no acaba de estar razonablemente justificada y supone una minoración del derecho de participación en la gestión universitaria. También desde la normativa laboral, especialmente la negociación, debería garantizarse este derecho.

En segundo lugar, tampoco hay opción favorable en relación al PAS –respecto del que no evidencia gran preocupación por asegurar su representación en los órganos de gobierno–. Sin embargo, las funciones de ambos tipos de personal están descritas de forma conjunta (art. 70.2 de la LOU: asistencia, asesoramiento, gestión y administración). Aunque hay quien deduce de esta redacción –opción genérica y definición conjunta de tareas, ausencia reguladora– o la existencia un nuevo dato de inconstitucionalidad, dada la evidenciada preferencia genérica por lo funcional, o la constatación de un nuevo vacío legal cuando menos, a integrar, también expresaría a nuestro juicio una cláusula de remisión a la normativa laboral (art. 73.3 LOU) <sup>16</sup>.

En tercer lugar, hoy no se puede negar que la «contaminación es recíproca» derivada de las exigencias de la división del trabajo social y su gestión en el seno de las Administraciones Públicas. Este innegable proceso de «convergencia» de estatutos jurídico-profesionales explicaría la búsqueda cada vez más frecuente de marcos comunes de organización de los recursos humanos, no obstante las resistencias formales convalidadas e incluso ensalzadas judicialmente (STS 3-06-1994).

Si como cualquier otra relación de empleo público la relación funcional de profesor universitario aparece imbuida de elementos reguladores propios de la relación laboral, ésta ve igualmente alterada su conformación «común» u ordinaria por un mismo dato organizativo relevante a los efectos de determinar el régimen jurídico, en todo caso «particular»: incorporación de la prestación a una estructura organizativa pública constitucionalmente construida para servir los intereses generales. Esto no permite pensar que esta sujeción a la legislación laboral, una vez decidida legalmente, es plenamente disponible por el propio legislador o resulta muy diluida o neutralizada por el dato organizativo. El sometimiento a la legislación laboral cuando actúan como sujetos de una relación laboral es indeleble, sin perjuicio de notables «peculiaridades».

En cuarto lugar, y finalmente, parece carente de sentido considerar inconstitucional la falta de reserva de funciones docentes e investigadoras –no así las propiamente participativas en el gobierno de la institución– para los profesores de carrera funcional cuando esta pretendida reserva ya quebró con la legitimidad de las Universidades Privadas. De conformidad con la legislación vigente, y también con la precedente, se reconoce plena libertad a las Universidades Privadas para prestar todas y cada una de las actividades que integran el servicio enseñanza superior, pudiéndolo organizar conforme a relaciones de empleo completamente privadas –régimen laboral– (*vid.* arts. 1 y ss. LOU). Se nos hace muy difícil comprender, salvo mantenernos en una obsoleta visión formalista carente de todo realismo, que sea plenamente constitucional privatizar por completo el servicio universitario y, sin embargo, no pueda convivir en una misma institución pública.

<sup>16</sup> La indefinición de la LOU debería resolverse en la legislación autonómica que, hasta el momento, viene reproduciendo prácticamente el texto legal estatal, aunque no tiene carácter básico. Se integrará así el artículo 73 LOU con el artículo 15 LMRFP, y el artículo 16 que obliga a fijar esa relación, que tiene «naturaleza normativa» –STS de 25 de abril de 1995–.

### 3. EL PROBLEMA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL PROFESORADO CONTRATADO: ¿UNA RELACIÓN LABORAL MATERIALMENTE ESPECIAL O INNOMINADA?

Ahora bien, el ordenamiento laboral no es hoy un conjunto regulador de las relaciones laborales absolutamente uniforme, antes al contrario está atravesado por múltiples *factores de diversificación* de los regímenes jurídicos que integra. Por tanto, dentro de su ámbito de aplicación tienen cabida regulaciones significativamente dispares. Esta tendencia diferenciadora, aun dentro de ciertos principios y reglas comunes, se concreta en algunas de estas tres posibilidades técnicas:

1. Las *relaciones laborales especiales*, nominadas (legalmente típicas) o innominadas (atípicas) –art. 2 de la LET–.
2. Las *relaciones laborales comunes con particularidades* o «peculiaridades» de origen sectorial –trabajo en el mar, en el campo, *en el sector público...*–.
3. Las *modalidades contractuales* de la relación laboral (arts. 10 a 13, que la LET sitúa bajo la rúbrica «modalidades del contrato de trabajo»; art. 15)–.

La LOU poco ayuda a determinar en cuáles de estos ámbitos se sitúa la relación laboral del personal docente e investigador contratado en la Universidad, lo que no deja de plantear importantes problemas prácticos (de regulación). La LOU se ha contentado con aportar las siguientes reglas:

- a) Prevé dos *cláusulas de limitación de la libertad de contratación* de las Universidades:
  - No pueden elegir ya entre contratación administrativa y laboral, pues el personal contratado sólo puede responder a este último vínculo <sup>17</sup>.
  - Provee el listado de formas contractuales de naturaleza laboral al que podrán acogerse ¿tasadamente? las Universidades.
- b) Establece de forma genérica las principales *peculiaridades* del régimen jurídico del profesorado universitario contratado (vinculación a los principios de igualdad y mérito; atribución del carácter temporal a determinadas modalidades contractuales).
- c) *Remite* principalmente a las Comunidades Autónomas la tarea de desarrollar este régimen jurídico (*¿técnica de remisión normativa por delegación de competencias?*), sin perjuicio de realizar ciertas remisiones, de segundo grado, a los Estatutos Universitarios.

<sup>17</sup> La disposición derogatoria única 1, párr. 2.º, de la LOU ha dejado sin vigencia el soporte legal de la contratación administrativa de personal en las Universidades al derogar la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1984. Alguna Comunidad Autónoma ha olvidado esta elemental regla para afrontar situaciones transitorias.

Poco más puede extraerse de la LOU. Pero aquí comienzan los problemas, como antes decíamos, tanto por la extremada indefinición o generalidad de sus cláusulas, cuanto por sus ambigüedades o contradicciones.

La LOU con estas previsiones no sólo mantiene grandes vacíos reguladores sino que introduce una enorme inseguridad jurídica, porque ciertas interpretaciones, perfectamente plausibles, de su texto pueden levantar una tempestad en las, por el momento, relativamente tranquilas aguas de la legislación laboral en materia de reparto de competencias, llevando a una absoluta deriva la legislación autonómica y estatutaria de desarrollo. La reciente experiencia normativa de desarrollo confirma esta agorera observación, pues evidencia una radical divergencia de regulaciones, lo que *conculca el derecho a la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de derechos fundamentales*.

Desde un estricto plano de coherencia reguladora y racionalidad normativa, así como desde exigencias de eficacia práctica, no tenemos ninguna duda que la opción más adecuada a lo que la LOU representa básicamente, una norma reguladora del derecho fundamental a la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), sería la de calificar el diseño legal básico del régimen laboral del personal docente e investigador universitario como «*relación laboral especial*». Esta calificación encuentra importantes argumentos en la posición doctrinal que hoy parece decantarse mayoritariamente en orden a la regulación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en general <sup>18</sup>.

Pero sobre todo, en un plano más particular, tal comprensión vendría respaldada por una lectura detenida y sistemática de la propia LOU, que parece diseñar un régimen jurídico particular o especial para el profesorado contratado. A tal fin la LOU se limitaría a fijar unas bases mínimas –catálogo propio de figuras contractuales, con determinación de las inequívocamente temporales; garantía de la concurrencia de una serie de requisitos de titulación y capacidad que permita cumplir con los principios constitucionales de igualdad y mérito en el acceso al empleo público; límite cuantitativo...–, cuya concreción se dejaría formalmente, y aquí reside el principal problema normativo, a la autonomía territorial –vía legislación autonómica– en primera instancia y, en segunda, a la autonomía universitaria –vía Estatutos–. Qué duda cabe que hubiese sido más adecuado reconocer tal naturaleza de forma expresa y remitir los desarrollos a un Real Decreto del Gobierno Central, pero esta deficiencia no excluiría de raíz tal calificación, al otorgar cobertura formal implícita a una *relación laboral jurídico-materialmente especial*, con las importantes consecuencias que ello tendría en orden a legitimar peculiaridades de regulación <sup>19</sup>.

Resurgiría de este modo la categoría de las denominadas «*relaciones laborales especiales innominadas*» o atípicas. Por tales se entiende aquellas relaciones laborales «materialmente» especiales pero que «formalmente» el legislador no ha establecido como tales, aunque sí ha cuidado de dotar de un régimen jurídico sustancialmente diferenciado del régimen común, si bien este distanciamiento variará en cada caso. En este caso, se entiende que no habrá más peculiaridad que la legal-

<sup>18</sup> El carácter especial de la relación parece más que evidente. *Vid.* LÓPEZ GÓMEZ, J.M. *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*. Madrid. 1995, págs. 294 y ss.

<sup>19</sup> En el uso de la habilitación legal del artículo 48.1 LOU, la Comunidad Valenciana ya se ha atribuido tal calificación (*cfr.* Preámbulo y art. 2.2 Decreto 174/2002, de 15 de octubre).

mente establecida, de modo que su desarrollo reglamentario no puede apartarse de las que fije la Ley o de las que razonablemente se infiera de su texto. En todo caso, es obvio que, cualquiera que sea la comprensión teórica de estas categorías, en la práctica será mucho más fácil justificar un desarrollo reglamentario amplio si se encuadran dentro de las figuras de la relación laboral especial, por supuesto si fuese formalmente tal pero en gran medida también si fuese innominada <sup>20</sup>.

En gran medida la especialidad del sistema de contratación del PDI respecto de la LET deriva de tres órdenes de motivos. Por un lado, del ámbito donde se inserta la relación laboral del PDI (organización universitaria para la prestación el servicio público de docencia), que responde a un singular derecho de autonomía normativa y de gestión. Por otro, se intenta conferir un margen de flexibilidad mayor que el actualmente conferido en la legislación laboral común u ordinaria, hasta el punto que la principal razón esgrimida para justificar la dualidad de regímenes es dotar a las Universidades, en coherencia con ese respeto a la autonomía, de la «máxima flexibilidad» en la planificación de sus necesidades docentes y en la definición de sus políticas de profesorado. Finalmente, la propia actividad de servicios del profesorado universitario que, en su vertiente funcional, siempre ha dispuesto de una regulación específica que presupone su configuración como relación profesional de carácter especial, en la misma línea de otras relaciones especiales de función pública profesional, como la de médicos y personal sanitario en general. Esta especialidad no desvirtuaría en absoluto la importante *función de suplencia* de la LET, aplicándose la regulación de éste en lo que no contradiga la regulación específica y en lo que no desnaturalice la lógica que motiva la especificidad (remisión genérica al «régimen –¿común?– laboral», ex art. 48.1) <sup>21</sup>.

#### 4. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LAS FUENTES REGULADORAS DE LA RELACIÓN DE PDI CONTRATADO: EL MARGEN DE RELECTURA CONSTITUCIONAL PARA NUEVOS CONFLICTOS DE COMPETENCIAS EN MATERIA LABORAL

La LOU ha reordenado los diversos ámbitos competenciales de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Universidades. Esta atribución competencial dota de una especial complejidad al tratamiento jurídico de las relaciones laborales del PDI contratado por estas últimas. Máxime si se tienen en cuenta las perspectivas de colaboración inter-normativa que abre la

<sup>20</sup> La LOU tampoco habría cumplido la exigencia de dar un plazo preclusivo para el ejercicio del mandato de desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas. Aunque es bien conocida la azarosa historia que marcó el ejercicio por el Gobierno de la potestad reglamentaria en orden a regular las relaciones laborales especiales, tardando media década hasta su cumplimiento, ello no es razón para relativizar este argumento, que pone un nuevo obstáculo para la calificación de la relación del profesorado contratado docente como relación laboral especial. Vid. OJEDA AVILÉS, «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria». *RL* 1990. Núms. 6 y 7.

<sup>21</sup> Cierto, puede considerarse que una diferente calificación como «modalidad contractual» puede ser más coherente con la opción por la máxima laboralización de este tipo de relación contractual. Pero entendemos que la cuestión jurídica no reside en buscar la vía que garantice el sometimiento pleno a la regulación común, sino la que permita el necesario equilibrio entre el régimen de *estabilidad* característico de la legislación laboral y el de *flexibilidad* insito tanto en las peculiaridades «constitutivas» como «declarativas» introducidas por, o derivadas, del entero sistema de fuentes.

opción por la laboralidad en la contratación de personal. En este sentido, tanto desde una interpretación literal cuanto desde una interpretación teleológica se podría mantener que la LOU parece formular **una suerte de «norma de transferencia» a las Comunidades Autónomas**, *ex* artículo 150.2 CE. Además, en coherencia con el carácter materialmente especial de esta relación, cuya formalización también ha silenciado, la LOU renunciaría al desarrollo reglamentario del régimen básico y mínimo diseñado en favor de las Comunidades Autónomas.

En efecto, la LOU no es sólo una *norma de habilitación* a las Universidades para la creación y dotación del personal en régimen laboral, sino que se configura igualmente como un *complejo sistema de reenvío o remisiones a fuentes normativas de distinta naturaleza*, con objeto de regular de forma completa y precisa la nueva relación laboral de profesorado que constituye la LOU. Pero la fórmula de regulación «en cascada» para realizar este reparto de competencias desde luego difícil y delicado, no ha podido ser más desafortunada.

*Del tenor literal* parecería desprenderse un mandato de desarrollo normativo, a través de una auténtica *técnica de remisión normativa* explícita y de primer grado a la legislación autonómica e implícita y de segundo grado a los Estatutos, tan contundente como confuso y arriesgado, tal y como confirma la reciente experiencia reguladora de la mayor parte de las Comunidades Autónomas. Éstas han asumido ya plenas competencias reguladoras en esta materia, haciendo uso de la pretendida «delegación» amplia de competencias que le hacía el artículo 48.1 CE. Ahora bien, la cláusula general de remisión legislativa a las Comunidades Autónomas, en principio absolutamente comprensible y muy razonable desde el principio de *Autonomía Territorial* que rige la ordenación universitaria, no deja de suscitar en estricta técnica jurídico-constitucional una gran perplejidad, por cuanto puede incluso orillar el esquema de distribución competencial establecido en la Constitución (art. 149.1.7.<sup>a</sup>).

Asimismo, el favor de la LOU y de las normas autonómicas de desarrollo por la técnica de remisión en segundo grado a los Estatutos Universitarios, igualmente razonable en el marco constitucional del derecho fundamental a la *Autonomía Universitaria* (art. 27 CE), vuelve a colisionar con un gran principio-derecho ordenador de las relaciones laborales, el principio de autonomía colectiva (art. 37 en relación art. 28 CE). En consecuencia, de nuevo en buena técnica jurídico-laboral, no sería el Reglamento –forma normativa en que se concreta el Estatuto Universitario, por tanto heterónoma y unilateral– sino el Convenio Colectivo –norma autónoma y bilateral– el llamado a protagonizar la regulación de las condiciones de trabajo del profesorado contratado.

A este respecto, no puede haber duda sobre la voluntad del legislador estatal de habilitar a las Comunidades Autónomas para realizar el correspondiente desarrollo normativo de las figuras contractuales que prefigura, de modo que se asegure una estricta correspondencia entre la competencia financiera en materia de Universidades y los instrumentos «*normativos que ahora asumen*» (apartado IX, párrafo 5 *in fine* de la EM LOU). No obstante, el propio legislador ha cuidado en acotar esa pretendida «delegación» al «marco de sus competencias». En los escasos –pero muy autorizados– trabajos doctrinales disponibles hasta la fecha se ha advertido del carácter puramente «tautológico»

de este enunciado legislativo, pues las Comunidades Autónomas, desde una posición estrictamente ortodoxa, no pueden tener en materia laboral más competencias que las fijadas en la CE, so pena de inconstitucionalidad <sup>22</sup>.

Pero lo cierto es que la práctica choca frontalmente con tal apreciación, en la medida en que la práctica totalidad de las Autonomías *ha dictado ya su propia legislación*. Es verdad que el argumento fáctico –lo que sucede en la realidad– no desautoriza en sí mismo el argumento normativo –lo que debe suceder desde la representación normativa de un ordenamiento dado–. Sabido es que la «vigencia» de una regulación en modo alguno garantiza su «validez», que depende del respeto estricto a lo dispuesto, formal y materialmente, en las normas superiores. Que una Ley «educativa» de rango «infraconstitucional», como la LOU, contradiga lo dispuesto en aquéllas sólo suministra un ejemplo más, el enésimo, de ineffectividad del ordenamiento constitucional, pero en modo alguno subsanaría esta eventual violación <sup>23</sup>.

Ahora bien, no menos verdad es que la interpretación de una norma, en un ordenamiento complejo y evolutivo como el nuestro nunca es, como acredita un simple repaso a la jurisprudencia constitucional, lineal ni está exenta, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, fácticas y jurídicas, de importantes matizaciones. No son escasas las ocasiones en que el Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una interpretación extensiva de las competencias «de ejecución», aceptando integrar incluso ciertos contenidos normativos más allá del ámbito meramente organizativo, siempre que no desnaturalice la institución regulada en la norma estatal y se vean afectadas materias donde hay concurrencia de títulos entre la Administración General y la Autonómica del Estado <sup>24</sup>. Del mismo modo, y si bien es cierto que aquí la doctrina constitucional no permite identificar una línea evolutiva suficientemente inequívoca, es conocido el favor del Tribunal Constitucional por las interpretaciones «antiformalistas», en particular si con ello se salva la constitucionalidad de una norma legislativa, pues siempre ha de preferirse la lectura compatible o conforme a la Constitución a aquélla que postula su inconstitucionalidad.

Desde luego no pretendo en este momento entrar en un análisis detenido de esta cuestión, que en parte ya he realizado en otros lugares <sup>25</sup>. Lo que en este momento me importa reseñar es que, dentro del marco constitucional, cabe un margen importante de relectura del tradicional entendimiento del reparto competencial en materia laboral que, sin «dar patente de corso» a la legislación autonó-

<sup>22</sup> No dejan margen alguno de relectura ni M. ÁLVAREZ (*La contratación laboral del profesorado en la LOU*. Universidad de La Laguna. 2002) ni L.E. DE LA VILLA («¿Qué competencias puede tener una Comunidad Autónoma para determinar el régimen de su profesorado laboral?», Burgos. 2004).

<sup>23</sup> Vid. L. FERRAJOLI. *Derecho y Razón*. Trotta. 1995.

<sup>24</sup> Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias legislativas en materias conexas a las laborales (STCo. 66/1998). Este ámbito de competencias, más amplio de lo que suele pensarse, incide significativamente en la ordenación jurídica e institucional de aspectos relevantes de las relaciones laborales, así como en materias socio-laborales «conexas» a las mismas. En este sentido, no ya el **régimen retributivo**, sino la **evaluación del profesorado**, o el propio **porcentaje de plantilla de profesorado** contratado –siempre que no sea superior al legal–, son cuestiones, entre otras, dejadas a la regulación autonómica.

<sup>25</sup> Vid. MOLINA, ÁLVAREZ, OJEDA. *Ordenación y gestión... op. loc. cit.*; C. MOLINA. «"Improvisación" de la LOU...», *op. cit. passim*.

mica de desarrollo, permite defender la constitucionalidad de la opción legislativa favorable a ampliar la intervención reguladora de las Comunidades Autónomas en la relación del PDI contratado. Ya sea mediante el juego combinado del artículo 150.2 CE y el carácter materialmente especial de esta relación, que hace de la LOU un sistema de remisión/transferencia en materia de competencias, si bien deficiente en lo formal, ya sea desde una relectura del concepto de «ejecución», es posible defender la constitucionalidad de la LOU sin neutralizar por completo las cláusulas que expresan, aunque no formalicen, adecuadamente, la voluntad de remisión/delegación. Naturalmente, eso no significa que ni todas las normas autonómicas ni todos los preceptos de cada una de ellas pasen, en su versión actual, el test de constitucionalidad.

En esta misma dirección expansiva de las competencias autonómicas debe tenerse en cuenta que la propia negociación colectiva, por incluirse dentro de un ámbito de actividad pública, encuentra limitaciones que no tiene en los ámbitos estrictamente privados. Ahora bien, al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que tampoco la legislación autonómica –por más amplia que se entendiera su competencia normativa, aquí limitada constitucionalmente–, puede «invadir» un espacio de regulación típico de la autonomía colectiva, como es el desarrollo de las condiciones de trabajo. El sentido de las relaciones entre ambos productos normativos debe ser, en todo caso, de limitación recíproca, de modo que la autonomía territorial no tenga la tentación de dejar una participación meramente residual para la autonomía colectiva.

Sin embargo, esto es lo que parece estar sucediendo, en particular a través de la preferencia dada por las normas autonómicas a la autonomía universitaria, realizada mediante esos Reglamentos singulares que son los Estatutos, en detrimento de la autonomía colectiva, a través del convenio colectivo y demás productos convencionales. Esta opción de política jurídica es expresión tanto de la inercia anterior, que configuraba como vínculo administrativo la relación del profesorado, por tanto «legal» y «reglamentariamente» predeterminada, cuanto de su reconocimiento como derecho fundamental (art. 27.10 CE, STCo. 75/1997). Se dibuja así un nuevo escenario conflictivo para la autonomía colectiva que aquí sólo me limitaré a hacer referencia.

La autonomía universitaria, *ex* artículo 27.10 CE, tiene la misma naturaleza de derecho fundamental (SSTCo. 55/1987, fj. 2.º; 26/1987, fj. 4.º; 235/1991, fj. 1.º), de modo que las Universidades «interfieren» en el reparto de competencias que en esta materia se establece entre el Estado y las Comunidades Autónomas (STCo. 146/1980). La Universidad es titular de una *potestad de autonormación –raíz semántica del concepto– y de autoorganización* (STCo. 130/1991, fj. 3.º). Los «Estatutos» de las universidades son la expresión formal típica de la potestad universitaria de autoordenación de su actividad, que cuenta con un núcleo indisponible tanto para el legislador, estatal o autonómico, como para cualquier otro poder de regulación, incluido el poder de autonomía colectiva (STCo. 75/1997).

La autonomía universitaria comprende, dentro de los límites establecidos por la ley, la selección de personal docente e investigador (SSTCo. 82/1994; 215/1991), y las situaciones profesionales del profesorado universitario (SSTCo. 99/1987; 82/1994). Asimismo, las Universidades serán las que determinen el ámbito de sus necesidades de PDI y también son las que tendrán encomendada su selección efectiva. En su calidad de empleador público, las Universidades ostentan un poder de dirección con el alcance y en los términos previstos en la legislación laboral (art. 20 LET).

En esta dirección, las disposiciones autonómicas suelen establecer un reparto de competencias entre la ordenación autonómica y la ordenación estatutaria de las universidades, por lo general con clara marginación de la autonomía colectiva. Por ejemplo, en el Decreto 174/2002, de 15 de octubre, del Gobierno Valenciano se regula el régimen retributivo del personal docente e investigador contratado, estableciendo unos conceptos retributivos homogéneos para todas las figuras contractuales, dejando a las Universidades la posibilidad de establecer un complemento específico variable en función de las particularidades de cada plaza, en algunas de las figuras contractuales previstas. Por otra parte, se establece la posibilidad de que las Universidades Públicas Valencianas, en el marco de sus disponibilidades presupuestarias y del límite del coste de personal autorizado por el Gobierno Valenciano, asignen retribuciones adicionales al profesorado.

A los Estatutos corresponde igualmente la determinación específica de las obligaciones docentes e investigadoras del PDI, atendiendo a los diversos regímenes de dedicación o a las previsiones concretas de cada tipo contractual. Pero es muy distinto de todo esto pretender una regulación directa y sustantiva de las relaciones de trabajo de este personal. Por más que quepa entender que la LOU actúa como norma legal habilitante de competencias reguladoras o normativas a favor de los Estatutos –ya hemos dicho que se trataría de una técnica de remisión implícita y de segundo grado en materia laboral, *ex art. 48.1 LOU*–, tal «habilitación» sólo podrá hacerla la Ley, a su vez, respetando el reparto del bloque de la constitucionalidad.

La autonomía universitaria ejercida mediante el poder reglamentario en que se concreta la elaboración de los Estatutos encuentra ahora un nuevo ámbito de limitación, en orden a regular las condiciones de trabajo del PDI, a diferencia de lo que sucedía cuando la relación era administrativa. En la regulación de esta materia los Estatutos deberían **ceder su protagonismo** –salvo ciertas materias legalmente atribuidas a su competencia– **a la negociación colectiva**. Ésta, sin ostentar un monopolio, sí constituye fuente principal de regulación junto a la normativa estatal. Una vez más, las relaciones entre la ley, los Estatutos y la negociación son complejas y llamadas a coexistir no siempre de modo pacífico. Pero en el actual momento de incertidumbre normativa, pero de intensos procesos de negociación en las diferentes autonomías, quizás no sea ocioso recordar *que la autonomía colectiva no precisa de ninguna habilitación ni legal ni mucho menos reglamentaria para regular las condiciones de trabajo, al margen de sus conocidos límites en relación al respeto de la legalidad*. Por consiguiente, de nuevo, es preciso ver más allá de la pura literalidad del marco legal de competencias.

Pero, aparte de esta verificación técnico-jurídica, es de hacer notar, igualmente, que la «tentación» de relegar a la negociación colectiva acabaría siendo disfuncional para la misma ordenación de este tipo de relaciones laborales. La negociación colectiva se ha mostrado como un elemento idóneo de flexibilidad y eficiencia también en el ámbito de las Administraciones Públicas, siendo un instrumento consensual y dinámico de gestión del personal en dicho ámbito <sup>26</sup>.

<sup>26</sup> A este respecto, por ejemplo, es conocida la mayor capacidad que tiene la negociación colectiva para ampliar el margen de maniobra empresarial en orden a la configuración de las modalidades contractuales legalmente establecidas, del mismo modo que ha permitido «inventar» fórmulas más flexibles de acceso al empleo público, así como diseñar y practicar instrumentos que faciliten la gestión «conjunta» de los diferentes colectivos de empleados públicos.

Ciertamente este tipo de críticas, orientadas a hipervalorar el papel de la Ley autonómica y los Estatutos –potestad reglamentaria– hasta prácticamente ignorar o asfixiar a la autonomía colectiva, recuerda mucho a las que se oponen habitualmente por la doctrina iusadministrativista a la penetración de la negociación en el trabajo público, por lo que ya han sido superadas por la propia realidad. Pero lo que está fuera de toda duda es que la LOU ha hecho una clara elección favorable a la «laboralización» de una determinada relación de prestación profesional de servicios públicos profesionales, por lo que en vía interpretativa no nos parece legítima la búsqueda de subterfugios para mantener la situación precedente a la LOU.

La evidenciada, e innegable especialidad de esta nueva relación laboral, por más que no se haya expresado con la claridad debida, lo que verdaderamente implica es el reconocimiento de un *pluralismo de las fuentes de regulación* a la hora de regular las relaciones del PDI contratado, por lo que en vez de perder el tiempo discutiendo sobre qué autonomía pesa más –la autonomía universitaria (y de paso la autonomía territorial) o la autonomía colectiva–, bien haríamos en buscar las mejores fórmulas para una ordenación articulada entre normas heterónomas y la negociación colectiva. En este sentido, incluso dentro del espacio de autorregulación que le incumbe a la Universidad, es claro que un canal adecuado de manifestación de la autonomía universitaria en relación al régimen de su PDI contratado es la negociación no su ejercicio unilateral, incluso como garantía de eficacia del servicio público docente (art. 103.3 CE; STCo. 235/2000).

En definitiva, a la Comunidad Autónoma principalmente, y en buena medida también a las Universidades, incumbe definir una carrera académico-profesional para este colectivo. Una decisión que bien puede realizarse como alternativa en igualdad sustancial de condiciones –régimen dual puro– bien como complementaria a la del profesorado funcionario –régimen estatutario prevalente–.

A tal fin puede –y debe– contar con la participación de los trabajadores en los diferentes niveles de representación y negociación, pero sin que ésta asuma, en aras del principio de autonomía colectiva y en detrimento de la autonomía universitaria, un papel absoluto. Ahora bien, esto es bien distinto de lo que está sucediendo actualmente. Pese a esto, como veremos, ha ocurrido justamente todo lo contrario. La flexibilidad tolerada y buscada por la LOU ha sido interpretada por diversas Comunidades Autónomas como una auténtica patente para la «contratación a la carta», de la que no cabe deducir racionalidad alguna.

## **5. UNA PRIMERA VERIFICACIÓN PRÁCTICA DEL ALCANCE DEL NUEVO SISTEMA DE FUENTES: PROBLEMAS Y SOLUCIONES RESPECTO AL RÉGIMEN TRANSITORIO**

### **5.1. El recurso a la técnica del Derecho Supletorio: la integración de lagunas por el recurso a la legislación laboral «común».**

Un primer banco de pruebas de la corrección y utilidad del nuevo sistema, que da entrada a la legislación laboral, en virtud del juego de remisiones normativas mediante la cláusula general del

artículo 48.1 de la LOU, lo podemos encontrar a la hora de plantear las soluciones a un gravísimo problema de funcionamiento del servicio docente universitario: la *ausencia de un específico régimen transitorio* hasta el completo desarrollo de la LOU. La imprevisión del legislador está teniendo como consecuencia el que hayan aparecido numerosas disfunciones en la práctica totalidad de las Universidades.

Este vacío, más aparente que real, está distorsionando la propia comprensión del nuevo régimen regulador pues, ante la presión que supone dar respuesta inmediata a la necesidad de nuevas contrataciones, cada Universidad, cuente o no con un desarrollo autonómico específico, ha procedido a «tejerse» o confeccionarse un traje «a medida»<sup>27</sup>. Asimismo, el cambio normativo ha supuesto la *apertura de un período de tránsito* de un sistema de contratación, el administrativo, a otro, el laboral, que no sólo plantea cuestiones técnico-jurídicas, sino que también suscita una significativa cuestión de política socio-laboral, en cuanto que está en juego la estabilidad en el empleo de un importante colectivo de trabajadores públicos.

Si en el plano de la política jurídica nos encontramos con un nuevo recurso a los típicos *acuerdos colectivos de estabilidad del empleo público*, dadas las nutridas «bolsas de empleo precario» generadas durante la aplicación de la LRU, en el plano de la técnica jurídica estas lagunas y deficiencias de regulación de las que adolece el nuevo régimen de contratación de profesorado, tanto en relación al régimen transitorio<sup>28</sup> cuanto a la ordenación futura de estas modalidades de contratación nuevas, obliga necesariamente a acudir a los instrumentos de integración, en especial a la denominada *técnica del Derecho Supletorio*. A tal fin, la clara opción del artículo 48.1 de la LOU por el «régimen laboral» para ordenar la relación del personal docente e investigador contratado por las Universidades significa que es en el ordenamiento laboral «común» u ordinario donde hay que encontrar las principales pautas interpretativas y de comprensión para el desarrollo e integración de aquel régimen de contratación.

Así las cosas, es obvio que las Universidades están obligadas a garantizar la continuidad del servicio público que prestan en modo tal que no se distorsione o dificulte su normal desenvolvimiento. Pero no menos cierto es que, para cumplir tal fin, no puede ignorar, desnaturalizar o deformar las figuras contractuales previstas actualmente, ni prescindir de los requisitos de acceso establecidos directamente por la LOU, como hasta el momento se ha venido haciendo casi de forma generalizada y sistemática.

<sup>27</sup> La presentación de una Proposición de Ley de adición de una Disposición Transitoria a la LOU, al margen del mayor o menor acierto de su contenido, evidencia ya lo difundido y acertado de este convencimiento. Presentada por el GPS está publicada en el BOCG, Serie B: Proposiciones de Ley, núm. 198-1, 08-02-2002: «**disposición transitoria novena. De la contratación de profesores. Las Universidades Públicas podrán contratar profesorado conforme a la legislación vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, en tanto que las Comunidades Autónomas no hayan desarrollado lo dispuesto en el artículo 48 ...**».

<sup>28</sup> Para un catálogo no exhaustivo de las mismas puede repararse en:

- Vigencia de los contratos administrativos de ayudante y asociado realizados en la vigencia de la LRU: disposiciones transitorias cuarta y quinta.
- **Régimen de conversión** de los contratos administrativos en las nuevas figuras de régimen laboral. Legalmente dependerá de que se alcance o no la condición de doctor.
- Contratos de asociados que traen causa del nombramiento en virtud del artículo 105 Ley General de Sanidad (LGS), según la disposición adicional duodécima LOU.

Una primera cuestión suscitada, precisamente en relación a un aspecto que sí cuenta con un régimen transitorio específico –ayudantes y asociados a la entrada en vigor de la LOU, *ex* disposición transitoria cuarta; quina y duodécima–, es determinar si este régimen alcanza a aquellos ayudantes o asociados cuyo procedimiento se inició con anterioridad a la entrada en vigor de la LOU, pero su formalización sólo se produjo con posterioridad. En estos supuestos, ¿cabe sostener sólo la naturaleza laboral de este contrato?

En principio con posterioridad a la LOU no cabe la contratación en régimen administrativo, lo que llevaría a una aplicación retroactiva de la misma para estas situaciones –art. 57.3 Ley 30/1992, PAC–. Ahora bien, también puede defenderse la ultraactividad de la LRU para estos casos, en virtud de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima: si las bases de la convocatoria y su aceptación son la ley del contrato, es legítimo proteger la confianza de quienes concursaron y accedieron, aunque sin formalizarla contractualmente, a una plaza de empleo público temporal, teniendo en cuenta, además, que la perfección del contrato se produce con su adjudicación no con su firma en el ámbito administrativo –art. 53 Ley de Contratos Administraciones Públicas–.

Problemático podrá ser en su momento el arbitrario plazo señalado para la finalización de esta situación, por cuanto al elegir como referencia la fecha de entrada en vigor de la LOU ha olvidado que por lo general el límite de los contratos de asociado está en el final del curso académico, y no en la finalización del primer cuatrimestre. La convocatoria de contratos para ese período habría de contemplar esta situación para no producir vacíos de contratación.

Confusa es la regla prevista para ambos tipos de contratados administrativos en orden a facilitar su incorporación, alcanzado el título de doctor, a la figura de ayudante doctor. Una interpretación literal del mismo podría llevar a entender que tal previsión, que supone inaplicar el período de desvinculación o «movilidad», sólo es predicable si se es doctor a la entrada en vigor de la LOU. Una lectura más detenida evidencia que esta interpretación no es correcta, de modo que tal posibilidad está prevista igualmente si se alcanza el título de doctor una vez finalizado el período transitorio («no obstante...»). En esta misma lógica de facilitar el acceso de los actuales profesores contratados a tiempo completo a las nuevas figuras, especialmente a la de profesor contratado doctor, algunas normas autonómicas establecen moratorias adicionales del plazo disponible para alcanzar los requisitos <sup>29</sup>.

Naturalmente, esta posibilidad no puede implicar en modo alguno que los profesores que no reúnan tales requisitos permanezcan en sus contratos administrativos, cuando éste sea el caso, pues la continuidad de tales relaciones se rigen estrictamente por las disposiciones transitorias de la LOU, que no pueden ser modificadas, ni en perjuicio ni en beneficio de los destinatarios, por las normas autonómicas. La aprobación de normas autonómicas no puede alterar el régimen de transitoriedad establecido en la LOU. Distinto es que quepa o no establecer una condición de temporalidad para el contratado doctor, tal y como sucede en ciertas normas autonómicas y que luego analizaremos, por supuesto en términos radicalmente críticos por desconocer una regla de estabilidad imperativa.

<sup>29</sup> La mejor fórmula de conversión debe venir no tanto de la vía legislativa sino de la convencional, en la línea de los acuerdos establecidos en el *Plan de Estabilización y Promoción del Profesorado firmado entre el MECD y Sindicatos (2000)*.

En todo caso, es igualmente palmario que al margen de estas previsiones no cabe realizar ninguna contratación administrativa tras la LOU, que desaparece radicalmente, ni se puede acudir a las nuevas figuras previstas en la LOU para resolver determinados problemas de transición del régimen derogado al régimen nuevo sin que se den estrictamente los requisitos previstos en la LOU. Esta idea no ha sido comprendida correctamente por algunas Comunidades Autónomas que, en un mal entendimiento de la carta dirigida por el Consejo de Universidades (11-01-2002) en que proponían la aprobación de Decretos para permitir el contrato de profesores de forma provisional de acuerdo con las normas de la LRU si bien con el carácter laboral exigido por la LOU, ha llevado a prorrogar la posibilidad de realizar nuevos contratos administrativos (*vid.* Castilla y León), en línea con la propuesta realizada por el Grupo Parlamentario Socialista a través de su Proposición de Ley. Otras Comunidades Autónomas se han lanzado a abrir netamente la vía de la LOU pero con importantes flexibilizaciones del régimen jurídico, ignorando radicalmente las limitaciones que a tal efecto se derivan de la norma estatal y su nuevo sistema regulador, de nuevo haciendo un uso extremo de la técnica de remisión normativa –que no de delegación o transferencia–, *ex* artículo 48.1 LOU.

Esta idea de autorrestricción sí ha sido plenamente comprendida por la mayor parte de las Comunidades Autónomas que han excluido de la normativa reguladora de este régimen transitorio las figuras o modalidades contractuales más problemáticas, en cuanto que presuponen la existencia de un órgano externo e independiente de Evaluación de la calidad y acreditación, al día de hoy no constituido ni configurado en la mayor parte de las Comunidades Autónomas: el profesor ayudante doctor, el profesor colaborador y el profesor contratado doctor<sup>30</sup>. Sin embargo, diferentes Comunidades Autónomas lo han aceptado con derogaciones excepcionales o transitorias de los requisitos legales de informe y/o evaluación previos<sup>31</sup>.

Como veremos más adelante esta opción normativa no deja de ser extremadamente arriesgada. Por un lado se exige de un requisito considerado como presupuesto de acceso al concurso, por

<sup>30</sup> Así, han excluido su uso el **Decreto 183/2002, de 23 de julio**, sobre contratación del personal docente e investigador universitario para el curso académico 2002-2003 –BOPV, de 29 de julio–, que ha optado por la doble vía del profesor asociado y del profesor ayudante (art. 1), y con carácter subsidiario (art. 2.2), el **Decreto 224/2002, de 25 de junio, del Gobierno de Aragón**, por el que se adoptan medidas para la contratación de Personal Docente e Investigador por la Universidad de Zaragoza –BOA, 12 de julio de 2002–, que tras la exclusión de esta triple figura (art. 2) opta por los ayudantes y asociados (arts. 3 y 4), si bien la de ayudante la entiende con una duración por lo «estrictamente necesaria para cubrir las necesidades de la Universidad y en ningún caso superior a un año» (art. 3), la **Orden 64/2002, de 15 de julio**, de la Consejería de Educación, Cultura y Juventud y Deportes, por la que se autoriza a la Universidad de **La Rioja** la contratación del personal docente e investigador aludido en la LOU –BOR, 27 de julio de 2002–; el **Acuerdo de 7 de febrero de 2002, del Consejo de Gobierno de Madrid**, por el que se adoptan medidas para la contratación por las Universidades Públicas de la Comunidad de **Madrid**, de profesores asociados y ayudantes, en las condiciones establecidas en la LOU –BOCM, núm. 35, 11 de febrero de 2002–, el **Acuerdo del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias** por el que se autoriza la contratación de PDI en la Universidad de Oviedo –BOPA, 5 de agosto de 2002–.

<sup>31</sup> Así, la disposición transitoria segunda del Decreto 94/2002, 8 de julio, relativo al régimen del personal docente e investigador contratado de la Universidad Extremeña. Esta norma dispone que «*con la finalidad de atender nuevas necesidades urgentes de carácter docente, dentro de sus disponibilidades presupuestarias, podrán contratar de forma interina y provisional a profesores ayudantes doctores y profesores colaboradores, que cumpliendo con los requisitos exigidos para su contratación y siguiendo el procedimiento de selección establecido en este Decreto, no hayan sido acreditados en los términos previstos en los artículos 50 y 51 de la Ley 6/2002, de 21 de diciembre, de Universidades, hasta tanto la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación proceda a su constitución y pueda formalizar la acreditación de estos profesores. Estas contrataciones tendrán carácter temporal, con una vigencia no superior al curso académico 2002-2003*».

tanto indisponible reglamentaria y convencionalmente, como es la Evaluación Previa, por otro se convierte en temporal de forma transitoria una relación laboral que el propio Decreto declara indefinida, como la de profesor colaborador. Aunque no puede ignorarse en un trabajo de estas características las posibilidades interpretativas abiertas tanto para sostener el carácter de mera irregularidad formal subsanable *a posteriori* del primer requisito, y la incertidumbre en torno al carácter temporal o indefinido de la figura del profesor colaborador, lo cierto es que la apuesta normativa de algunas Comunidades Autónomas y Universidades puede hacer naufragar estas contrataciones en el mar de la LOU y de la legislación laboral, por lo que, a nuestro juicio, convendría ensayar caminos más viables.

En este sentido, es obvio que las Universidades tendrán que hacer frente del mejor modo posible a las nuevas necesidades de carácter docente que, dentro de sus posibilidades presupuestarias y política de profesorado, resulten ineludibles o inaplazables, o bien no satisfechas con otras técnicas de gestión diferentes a la contratación (ej. reorganización de efectivos). Desde este punto de vista, las posibles soluciones podrían llegar, al menos teóricamente, desde un doble ámbito normativo: mediante el reclamo al Derecho Supletorio, en este caso la legislación laboral común, por un lado, a través de la aplicación de aquellas figuras de la LOU que permitan una puesta en práctica más fácil e inmediata, por otro.

A nuestro juicio, para afrontar correctamente esta cuestión hay que retomar algunas cuestiones que ya apuntamos algo más arriba. A este respecto, ya se advirtió que los primeros intérpretes del texto legal parecen inclinarse por una interpretación rígida de su redactado literal, de modo que el listado del artículo 48.1 de la LOU sería completo y cerrado, con lo que quedarían excluidas cualesquiera otras figuras de contratación provenientes de la legislación laboral común, en particular las modalidades temporales del artículo 15 de la LET –incluso las modalidades de contrato a tiempo parcial del artículo 12 de la LET, distintas a las previstas en la propia LOU–.

Aunque no cabe descartar alguna otra opinión aislada que parece sugerir todo lo contrario, permitiendo a las Universidades celebrar contratos de duración determinada previstos en el artículo 15 de la LET, o contratos fijos discontinuos de los previstos en el artículo 12.3 de la LET, lo cierto es que la mayor parte de los intérpretes optan claramente por la cláusula de autolimitación legal de su ámbito aplicativo. Como ya anunciamos no es ésta nuestra posición. Creemos que en este planteamiento ha habido un grueso error de partida que convendría aclarar, por razones de comprensión y sobre todo prácticas.

Por un lado, ya advertíamos que la LOU no ha querido cercenar un ápice el margen amplio de contratación que requiere una política de personal plenamente adaptada a sus necesidades particulares. En este sentido, la EM de la LOU es suficientemente contundente cuando afirma sin ambages que «*se da la máxima flexibilidad para que las Universidades puedan desarrollar su política de profesorado y planificar adecuadamente sus necesidades docentes e investigadoras...*». En realidad, lo único que le preocupa realmente a la LOU, y éste es el límite mínimo indisponible *in peius* –Derecho Necesario Relativo–, es que no se supere en ningún caso el máximo del 49% del total del profesorado, siendo su regulación y régimen jurídico competencia de las Comunidades Autónomas, en los términos ya referidos y luego analizados.

Ciertamente, se esgrime usualmente, por lo general con una simplicidad interpretativa extrema, que el artículo 48.1 de la CE dice «claramente» que podrán contratar las Universidades «entre las figuras siguientes...», con lo que ha querido cerrar –*primera y general cláusula de autolimitación*– cualquier paso a otras modalidades propias de la legislación laboral. En esta dirección restrictiva se añade –*segunda y particular cláusula de autolimitación*– la salvedad contenida en el artículo 48.3 de la LOU, que autorizaría tan sólo la contratación de obra o servicio determinado para personal docente, investigador o técnico en caso sólo de «proyectos concretos de investigación científica o técnica». Consecuentemente, se concluye linealmente, fuera de estas modalidades ya no le cabe a la Universidad ninguna otra opción contractual, ni laboral ni administrativa. Se aducirían aquí razones de seguridad jurídica y de adecuación de la modalidad contractual prefigurada a su funcionalidad en el marco de la actividad docente.

Esta primera impresión, resultado razonado y razonable del criterio literalista, resulta menos cierta de lo que podría parecer, insistimos. La cuestión es de extraordinaria relevancia práctica, especialmente en orden a valorar las posibilidades que ofrece el actual marco jurídico para cubrir las eventuales necesidades de nuevas plazas de profesorado sin un desarrollo completo, ni tan siquiera cierto, de las figuras previstas en la Ley.

En primer lugar, la propia LOU establece una nueva figura contractual para las Universidades en su artículo 48.3 (contrato por obra o servicio determinado para realización de proyectos específicos). Aunque puede entenderse que se trata de una pura excepción a la regla general, en realidad ni tiene un valor constitutivo, sino más bien puramente declarativo, pues ya podían las Universidades acogerse a esta modalidad a tenor del artículo 15 a) de la LET y disposición adicional séptima Ley 12/2001 que modificó el artículo 17 a) Ley 13/1986, de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, ni en realidad hace nada más que recordar la vigencia del principio de causalidad que inspira la contratación laboral. Esto es, a nuestro juicio, lo que la LOU quiere es cerrar el paso a cualquier contratación temporal sin causa que ella misma no haya previsto, pero no están en su intención, ni tendría sentido, el excluir radicalmente cualquier fórmula contractual laboral que pueda exigir la Universidad sin forzar ni un centímetro la regulación laboral. En segundo lugar, y en esta misma línea de apertura, no es dudoso que la Universidad puede igualmente acudir a otra modalidad de contrato en prácticas: incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología <sup>32</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que el legislador no ha querido en absoluto limitar las posibilidades contractuales de la Universidad, sino que, antes al contrario, ha querido dotarla de **«la máxima flexibilidad para que... puedan desarrollar su política de profesorado...»**. Otra cosa es que quiere garantías de que esa política es coherente para «planificar adecuadamente sus necesidades docentes e investigadoras», de ahí que contenga un claro mensaje limitador de las posibilidades de contratación temporal acausal o por razones no inherentes a la propia actividad de la Universidad.

<sup>32</sup> Las particularidades son: estar en posesión del grado de doctor –aunque hayan pasado más de 4 años desde la obtención del grado–, duración no inferior a 1 año ni exceder de 5 años, que admite prórroga, estar sometido a una condición resolutoria (superación de una evaluación de al menos cada 2 años).

A nuestro juicio, sólo respecto de aquélla y no de la contratación temporal causal o estructural rige la cláusula limitativa. Desde nuestro punto de vista aquí puede haber un claro error interpretativo, que tiene consecuencias prácticas, sin duda de gran relevancia.

En todo caso, es obvio que el recurso a una modalidad contractual requerirá en todo caso que exista la realidad que justifica su acceso, especialmente en el ámbito de la contratación temporal. Esto tiene consecuencias para los contratos de obra o servicio e interinidad –el eventual carecer de razón de ser en la actividad docente porque ésta no se puede improvisar sino que ha de planificarse, con mayor o menor antelación–.

Ahora bien, y sería nuestro segundo argumento en contra de tal radical lectura, cuando se concluye de esta manera se olvida en buena medida que la LOU es una «Ley Especial» que nace para incrustarse, en lo relativo al personal contratado, en un ordenamiento más amplio que es el Derecho del Trabajo común u ordinario, al que no puede derogar ni contradecir, por seguridad jurídica, aunque sí puede restringir, modalizar o incluso excluir algunas de sus reglas. Pero para ello es preciso que exista un pronunciamiento expreso en tal sentido o que se desprenda con total nitidez del texto legal, pues de lo contrario queda abierto a diferentes lecturas siempre y cuando sean razonables dentro del nuevo sistema jurídico en el que la propia LOU, para bien o para mal, ha decidido integrarse, el orden jurídico-laboral, alejándose en este punto del anterior orden jurídico-administrativo.

Desde esta perspectiva razonable o condicionadamente abierta, como veremos, algunos ejemplos pueden darse para acreditar su viabilidad. Así, por ejemplo, la LOU no ha podido en ningún modo suponer la exclusión de otras modalidades formativas que no contempla expresamente pero que tienen cabida en la Universidad en virtud de la aplicación de otras leyes, como por ejemplo, una concreta modalidad de contrato formativo, el contrato de trabajo en prácticas para la inserción o incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología [art. 17.1 b) de la LFC-GICT], si bien en las condiciones restrictivas que la propia norma reguladora de esta modalidad, no de la LOU, se establece <sup>33</sup>.

Para nosotros la ausencia de referencia alguna a esta modalidad, a diferencia de lo que sucede en relación al contrato para la ejecución de un proyecto específico de investigación (art. 48.3 de la LOU en relación art. 17.1 de la LFCGICT), no tiene sentido excluyente alguno porque en realidad tal mención legal es puramente nominal o declarativa. En efecto, de no haber hecho la LOU referencia alguna se entendería igualmente aplicable en virtud de la Ley 13/1986, conforme a la redacción dada por la Ley 12/2001, salvo que la LOU hubiera derogado esta norma para las Universidades, lo que no ha hecho, y si algún sentido tiene esta regla expresa es reforzar aquella posibilidad legal, conforme a la opción flexibilizadora manifestada en la EM de la LOU.

Además, entendemos que se da una excesiva importancia a la fórmula «podrán contratar... **entre** las figuras siguientes...». Sin duda que de una primera, y para nosotros superficial lectura (por lo que atiende al dato exclusivo –excluyente– de la simple literalidad del precepto), bien podría deducirse lo

<sup>33</sup> La disposición adicional decimotercera remite de forma incondicionada al artículo 17 de la Ley 13/1986, en la versión dada por la Ley 12/2001.

que casi todo el mundo dice: sólo puede elegir la Universidad de entre el elenco que se le lista expresamente, sin que haya más margen de contratación. Ahora bien, y al margen de lo que ya se ha dicho respecto de las dos figuras anteriores –contrato para obra de investigación y en prácticas para investigadores–, es posible sostener otra lectura, para nosotros más correcta conforme a los criterios del artículo 3.1 del Código Civil –interpretación teleológica y sistemática *versus* interpretación literal–.

En efecto, por un lado, debe tenerse en cuenta que textos de esta guisa son conocidos en el Estatuto de los Trabajadores y, sin embargo, ni la doctrina, al menos en su totalidad, ni sobre todo la jurisprudencia, han deducido de ello que tenían un sentido excluyente. Nos explicamos con mayor claridad. La doctrina jurídica solía decir a la vista de la siguiente expresión estatutaria que la lista del artículo 15.1 de la LET era limitada, *numerus clausus*, cerrada o tasada, como quiera denominarse a esta cláusula limitativa de la contratación temporal:

«Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos...».

Si se observa atentamente se verá que la fórmula es muy parecida a la del artículo 48.1 de la LOU, en la medida en que parece dar a entender que el empresario –para la empresa privada– sólo podrá elegir entre las figuras que recoge el artículo 15.1 de la LET cuando reúnan los requisitos allí previstos, ni una más ni una menos. Pues bien, andando el tiempo, un importante sector doctrinal<sup>34</sup> y, por lo que resulta más relevante en la práctica, la jurisprudencia absolutamente mayoritaria, ha entendido que **no estamos ante ninguna cláusula cerrada**. En este sentido, cierto que con ciertas cautelas, la jurisprudencia ha admitido ciertas vías que amplían los supuestos de contratación temporal del artículo 15.1 de la LET, entre otras razones legales por la propia posibilidad legal de someter el contrato a condiciones resolutorias, naturalmente siempre que no sean abusivas de forma manifiesta [art. 49.1 b)] de la LET, al tiempo que la temporalidad deriva a veces de la incidencia de normas que preferentemente atienden a otros intereses. La misma admisión de la posibilidad de someter el contrato de trabajo a prueba supone someterlo a una condición resolutoria que puede suponer, en la práctica, un contrato de vigencia limitada<sup>35</sup>.

En definitiva, con esta argumentación y ejemplos hemos querido poner de relieve que en absoluto cabe inferir del texto legal una única interpretación, ni tan siquiera que la más correcta, por razones sistemáticas y teleológicas, sea la restrictiva radical o excluyente. Por tanto, es hora ya de proponer la lectura alternativa inferida de estos criterios: para nosotros, lo que la LOU ha afirmado con claridad es que *no está dispuesta a tolerar ninguna contratación acausal o no estructural en la Universidad al margen de la que ella indica*. En consecuencia, no ha afectado, ni vemos cómo podía en realidad afectar negativamente al principio de causalidad que es regla de oro de la contratación laboral común.

<sup>34</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SANUDO, F., GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*. Madrid. 2002.

<sup>35</sup> En el primer caso, son casos relevantes la aceptación por la jurisprudencia de la inclusión en el contrato de condiciones que supeditan su vigencia a la obtención de un rendimiento mínimo por parte del trabajador (STS 23-02-1990), o a la consolidación de un producto o línea de producción (STS 28-02-1996). Interesante, aunque polémico, es el efecto de temporalidad atribuido al acto de nombramiento de profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza, que tiene carácter anual pese a ser relación puramente laboral y reproducirse año a año (STS 05-06-2000).

Esto es, en términos más sencillos, la LOU ha dicho que para contratos temporales que no respondan estrictamente a las características de la actividad no hay más camino que el que ella traza, sin perjuicio de que cuando las propias razones inherentes a la actividad universitaria puedan requerir otra modalidad contractual, por tanto plenamente justificada, la Universidad pueda –y deba– acudir a ellas. Precisamente, esta interpretación es la única coherente con algunas consecuencias prácticas en materia de contratación que parece aceptar casi todo el mundo pero que casi nadie explica. Nos referimos concretamente a:

1.º Que se acepte el contrato de interinidad, previsto en el artículo 15.1 de la LET, pese a no estar recogido expresamente en la lista.

Desde luego no faltan quienes niegan con radicalidad esta posibilidad. Así, el Informe elaborado por encargo de CC.OO. afirma con rotundidad que no son de aplicación los contratos de interinidad *ex* artículo 15 LET, de modo que, a juicio de estos profesores, el «carácter especial de las figuras contractuales LOU hace... inaplicable el contrato temporal de sustitución con reserva de puesto de trabajo, que es el que se emplea en estos casos en el PAS laboral». Estos profesores continúan afirmando que «una interpretación distinta además de su ilegalidad supondría defender la profundización y la falta de control del grado de precariedad» (pág. 20).

Desde luego la afirmación es tan rotunda como infundada, en nuestra opinión. No ya porque no se esgrime más razón que el obvio carácter «especial», lo que carece de justificación razonable, sino porque no es ésta la mejor interpretación del texto legal, salvo una opción favorable por su lectura más rígidamente literal, lo que igualmente carece de sustento en términos jurídicos. El artículo 3.1 Código Civil, que marca las pautas interpretativas, deja con claridad meridiana afirmado el predominio de la interpretación sistemática y teleológica sobre la literal, y a estos efectos no hay ninguna quiebra de principio jurídico-laboral alguno si se admite el contrato de interinidad, ya sea por vacante ya por sustitución <sup>36</sup>.

2.º Que se acepte someter los contratos que figuran en el listado de la LOU a un período de prueba (art. 14 de la LET), con lo que ello conlleva de legitimación de desistir de un contrato por la Administración sin alegar causa específica.

3.º Que se acepte la figura del contrato fijo periódico o discontinuo regular (art. 12.3 de la LET), cuando se contrate sólo para asignaturas cuatrimestrales, cuando la LOU nada dice al respecto.

En este sentido, la LOU contiene varias figuras de contratación temporal que sí pueden obedecer a razones estructurales, como el de ayudante, otras que ofrecen una causa mixta, como el de ayudante doctor, pues es obvio que se parece a un contrato en prácticas pero dado el perfil del contratado evidencia una temporalidad no estrictamente justificada en causa formativa, y otras cuya tem-

<sup>36</sup> Así lo afirma una abundantísima jurisprudencia, pues no se olvide que el contrato de interinidad por vacante *carece de asidero legal expreso, pero esto nunca ha sido obstáculo para que se legitime por la jurisprudencia (SSTS, Sala 3.ª, 9-12-1998; Sala 4.ª, 7-2-2001)*.

poralidad no se debe a la naturaleza de la actividad desempeñada, sino a otros intereses –ej. fomento de profesores visitantes, fomento de la continuidad de profesores jubilados de gran valía, fomento del contacto entre Universidad y Sociedad–. Como puede apreciarse, aunque éste no es el ámbito para profundizar en este punto, en realidad la LOU lo que hace es proyectar, adaptándolas a su contexto, en la Universidad el microsistema de contratos laborales recogido en el Estatuto de los Trabajadores, de ahí que más que excepcionar la contratación laboral lo que ha querido, como Ley Especial que es, no Ley Excepcional, es singularizar las modalidades contractuales estatutarias. Esta idea justificaría el rechazo del calificativo de relación laboral especial, aunque sea innominada, de las mismas, si bien éste es un problema que ahora no interesa analizar, sin perjuicio de remitir a las reflexiones realizadas al respecto al analizar el sistema de fuentes.

En conclusión, entendemos que no es posible apreciar en el artículo 48.1 de la LOU una cláusula absolutamente excluyente de otras modalidades no referidas expresamente en la misma LOU, sin perjuicio de que pueda atribuírsele un sentido restrictivo, pero que no va más allá de asegurar el principio de causalidad, que actuará como límite a otras opciones contractuales a seguir por la Universidad en caso de que el listado no resuelva todos sus problemas de contratación.

Consecuentemente, ello significa que la legitimidad o no de acudir a otras figuras no depende tanto, o no depende sólo del dictado de la LOU, sino también y sobre todo, de que concurren o no los presupuestos de las figuras previstas en el Estatuto, y especialmente, por ser las más flexibles, de las modalidades de contratación temporal (art. 15). Una interpretación de la finalidad de la norma dentro del sistema normativo laboral en que se inserta, en atención a que no se trata en sentido técnico-jurídico de una relación especial, sino de una relación laboral común con peculiaridades, debe arrojar una conclusión más abierta respecto de las fórmulas contractuales. Pero precisamente en coherencia con esa calificación tipológica determinante de su ubicación en el sistema legal del Estatuto de los Trabajadores, el cual resulta de aplicación directa en lo que no contradiga las peculiaridades introducidas por la LOU.

A este respecto, es obvio que de las cuatro figuras que ahora contempla este precepto a nuestros efectos –contrato de obra o servicio determinado, contrato eventual, contrato de inserción y contrato de interinidad–, al que habría que sumar el contrato fijo discontinuo irregular –art. 15.8 de la LET–, sólo dos podían tener teórica y prácticamente posibilidades de uso en el ámbito universitario: el contrato de obra o servicio determinado, por un lado, el contrato de interinidad, por otro. Ni el contrato eventual ni el contrato de inserción, ni tampoco el contrato fijo discontinuo irregular, tienen a nuestro juicio oportunidad alguna de utilizarse en la contratación de personal académico, dadas sus características.

Desde luego puede causar cierta perplejidad de entrada afirmar que el contrato de obra o servicio determinado podría utilizarse en la Universidad fuera de la singular modalidad contemplada en el artículo 48.3 de la LOU. Si esta norma ha referido expresamente a esta figura, aunque ya hemos dicho que con valor más declarativo que constitutivo dado que ya está previsto en otra Ley no afectada por la LOU, podría bien interpretarse como que ha querido excluir la posibilidad de contratar «personal docente» para actividades universitarias que no sean las propiamente investigadoras y en el marco de proyectos concretos –obras o servicios de investigación concretos–.

Esto significa que la Universidad puede contratar laboralmente bajo las modalidades que precise su actividad sin más límite que el principio de causalidad, esto es, que el que efectivamente concurra una concreta causa objetiva y estructural que lo legitime, como en el caso del contrato de obra o servicio determinado para investigación. De este modo, lo que parecía a los ojos de los que leen el artículo 48.1 en sentido excluyente como una excepción aparece ahora, incluso con nitidez, como concreción del principio jurídico general, lo que tiene la ventaja de admitir interpretaciones extensivas: la Universidad puede contratar bajo modalidades temporales no previstas en la LOU a condición de que posea una concreta justificación, específica y objetiva, al margen del simple acuerdo de las partes –profesor y Universidad–.

Desde luego no ocultamos que la simple idea de acudir a esta figura puede suscitar notables recelos sindicales, en la medida en que tal modalidad contractual está sirviendo como «cajón de sastre» en el que parece caber prácticamente todo. Este uso masivo (y abusivo) no sólo viene registrado en las cifras, absolutamente escandalosas de uso del mismo, sino también por el favor que encuentra en la jurisprudencia e, incluso, en ciertos convenios colectivos, donde aparecen listados enormes de supuestos que sin serlo se reconducen a los presupuestos definidos en el artículo 15.1 a) de la LET.

Una buena prueba de este amplísimo margen de flexibilidad que deja el contrato de obra o servicio determinado lo encontramos, dentro de la función docente, si bien no universitaria, en la doctrina del TSJ de Andalucía (ej. *Sentencia, Sala Granada, 11-06-1997, ar. 3117*). Como se sabe, por tal contrato se entiende aquel que permite la realización de una obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad propia, aun dentro de la actividad normal de la empresa, y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, resulta en principio de duración incierta, por lo que la previsión de un plazo determinado dentro del contrato no deja de ser puramente estimativo u orientativo.

Pues bien, este Tribunal, hasta la corrección hace bien poco tiempo, venía admitiendo la licitud de acudir a tal modalidad para la contratación de un profesor para impartir regularmente clases durante el curso ordinario en un Colegio Concertado. Una afirmación que apoyaba especialmente en la flexibilidad con que el Convenio Colectivo recogía esta figura, lo que por lo demás es habitual.

No obstante, el TS no ha aceptado esta interpretación, y ha entendido que es un contrato indefinido, lo que desde luego cierra la posibilidad de acudir al contrato de obra o servicio determinado para la contratación de actividades docentes regulares u ordinarias en la Universidad (STS 26-10-1999, ar. 7838) <sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Para el Alto Tribunal, las tareas que realiza una profesora en un Colegio, centradas en la impartición de «materias obligatorias y comunes, pues no consta especialidad alguna de su puesto de trabajo...» –reténgase este matiz por lo que luego diremos–, constituyen «en principio, la actividad natural y ordinaria y no es posible calificarla de autónomas y diferenciadas de las cotidianas, normales y permanentes del centro (...) tampoco es acertado decir que la actividad docente de la demandante sea de duración incierta, ni tampoco limitada en el tiempo. La división de la docencia en cursos escolares afecta a los alumnos y a su relación académica con el centro, pero no al vínculo laboral de la actora, que año tras año tendrán similares cometidos que realizar como profesora, materializando así el único objetivo de la empresa que se dedica a la enseñanza».

Por lo tanto, aplicando esta reciente jurisprudencia –luego confirmada por otras posteriores– de forma extensiva a la Enseñanza o Docencia Universitaria, parece claro que no prosperaría la doctrina del TSJ Andalucía y habría de excluirse el recurso a la modalidad de obra o servicio determinado, no porque la LOU lo prohíba sino porque no se dan los presupuestos.

Ahora bien, la jurisprudencia analizada contiene unos matices muy interesantes hacia el futuro para legitimar un cierto uso, desde luego restrictivo y en todo caso negociado, de esta modalidad. En efecto, en el último párrafo del fundamento jurídico 3.º la STS de 26 de octubre de 1999, abre una vía de uso de la modalidad en el ámbito de los Centros de Enseñanza, y es la que representa el artículo 17 del VI Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, en virtud del cual *«se reconocen algunos supuestos en los que, siempre que se trate de actividades con autonomía y sustantividad propia dentro de la empresa, se pueden celebrar contratos temporales para obra o servicio determinado, como cuando se trata de impartir asignaturas de planes de estudios a extinguir o no contempladas en los nuevos planes, impartir asignaturas optativas o docencia en niveles que la empresa ha decidido su extinción y hasta el total cierre de los mismos»*.

Es claro que algunos de estos supuestos no cabe aplicarlos, al menos de momento, a la Universidad, pero desde luego otros sí –planes a extinguir, enseñanza basada en optativas que pueden tener una duración limitada o incierta en atención a su «éxito» entre los alumnos, puestos muy especializados aun dentro de su carácter docente (y por supuesto investigador)...– y en todo caso **abre una vía de regulación convencional muy interesante para flexibilizar la contratación universitaria**, lo que por cierto aparece como principio general expresado en la LOU.

Por supuesto que no hay que interpretar esta habilitación legal a la negociación colectiva, bien en el ámbito autonómico –desde luego preferible– bien en el ámbito universitario –por supuesto no descartable y en ocasiones recomendable desde la autonomía–, como una patente de corso, pues la determinación de los supuestos de contratación temporal constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes (STS 07-10-1999). Pero no menos cierto es que se hace una llamada, a una mayor implicación desde la negociación para adecuar las modalidades de contratación a las necesidades concretas de la Universidad.

En el actual momento de mutación del sistema universitario en una dirección que busca su eficacia, eficiencia y calidad esta comprensión suscita un marco de actuación a explorar muy amplio. En conclusión, **de forma normal u ordinaria no cabe acudir al contrato de obra o servicio para la contratación de personal docente –sí investigador** exclusivamente y cuando se vincule a proyectos, obras o servicios específicos o concretos, o cuando menos dotados de cierta autonomía–, **pero sí para determinados supuestos específicos**. Esta posibilidad será **más amplia cuando lo prevea un convenio colectivo de aplicación** a la Universidad, de ahí que haya que promover esta vía convencional en las futuras Mesas de Negociación. En este mismo marco de razonamiento teórico, pero aquí las conclusiones prácticas son muchísimo más relevantes, es obvio que encuentra

plena justificación el recurso incondicionado, al margen de los requisitos legales establecidos en el Estatuto, a la figura del **contrato de interinidad, en su doble modalidad: contrato por sustitución y contrato por vacante** <sup>38</sup>.

Una precisión. Entendemos, a diferencia de lo que se ha entendido en ciertas Universidades, que esta figura no puede utilizarse de forma «promiscua» o indiscriminada para cualquier puesto de trabajo pendiente de cobertura definitiva, incluidas plazas para la provisión de cuerpos docentes del Estado. La jurisprudencia viene siendo muy reacia a utilizar instrumentos comunes entre laborales y funcionarios, porque muy diferentes –al menos eso dicen– son ambos regímenes de personal. Consecuentemente, es difícilmente aceptable que una plaza convocada de funcionario docente sea cubierta interinamente mediante un contrato laboral <sup>39</sup>.

En realidad, y puesto que la Ley de Funcionarios Civiles del Estado no ha sido derogada por la LOU, **hay que entender que sigue vigente la figura del funcionario interino**, aunque la LOU no dice nada al respecto, aunque así se concluiría de la jurisprudencia citada y de la aplicación de la legislación común de la función pública –LFCAE, Reglamento de Ingreso del Personal Funcionario de la Administración del Estado–. Esta afirmación tiene enorme repercusión práctica. Primero porque una de las principales reivindicaciones realizadas por el profesorado universitario pendiente de celebrar un concurso es su reconocimiento como profesor titular interino, si bien ven una y otra vez cómo, al menos en la mayor parte de las Universidades, se les niega esgrimiendo una pretendida derogación de la figura por la LOU.

Segundo, porque alguna doctrina judicial ya decantada parece aceptar sin más tal tesis. Así, la *Sala Jurídico Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid, 23 de enero de 2003*, ha considerado que «*la vigente norma reguladora de las Universidades... no contempla ya al «profesorado funcionario interino», cuyo régimen jurídico, a la fecha, es inexistente: de ahí que resulte imposible mantener la creación de unos puestos de trabajo y/o de categorías profesionales que carecen de toda base legal siendo así que cualquiera que sea la clase y categoría del personal adscrito a las Universidades Públicas –como en general, a todas las Administraciones Públicas– ha de ser regulado por Ley. Es cierta la autonomía de las Universidades, ex artículo 2 de la Ley Orgánica ... pero ha de desenvolverse en los términos de la propia Ley la selección de su personal, sea docente, investigador o de administración y servicios [art. 2.2 e)]*» <sup>40</sup>.

<sup>38</sup> La referencia a la figura del profesor interino es habitual en las regulaciones autonómicas. Así: «Artículo 18. Cobertura temporal de necesidades docentes e investigadoras. 1. La Universidad de Extremadura podrá celebrar contratos temporales de interinidad para sustituir a trabajadores que tengan derecho a reserva del puesto de trabajo o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección. (...) 2. En cuanto a la modalidad de contratación se regirá por lo dispuesto en la legislación laboral vigente, en categoría que no exija la previa evaluación externa de la actividad» (Decreto 94/2002, 8 de julio, por el que se regula el régimen del personal docente e investigador contratado de la Universidad de Extremadura –DOE 11 de julio–). También alude a los profesores interinos por sustitución –no a los de vacante–, la disposición adicional del Decreto gallego, apartado 2 *in fine*. Ambas modalidades se recogen igualmente en el artículo 19 Decreto madrileño.

<sup>39</sup> De contraria opinión es BARREIRO, G. «La laboralización de determinadas categorías docentes en la Universidad: análisis de un supuesto concreto». *La Ley*, 182/2003.

<sup>40</sup> El Magistrado utiliza como argumento *ab abundantia* para llegar a tan sorprendente tesis las propias dudas de la Universidad en tal sentido, en cuanto que recoge el Acta de la Comisión de Departamentos de la Universidad de Alcalá de Henares –25-07-2002– en la que queda constancia del ruego «a los Departamentos a que hagan el esfuerzo de asumir el inicio de la docencia, de forma que tan pronto como se desbloquee la inseguridad jurídica que comporta convocar plazas de profesorado contratado en el momento actual, se convocará lo necesario para compensar el exceso de la docencia que ahora asuman».

Partiendo de esta lectura radicalmente laboralizadora, un significativo número de Universidades han procedido en la práctica a la combinación de los dos listados de figuras contractuales disponibles tras la LOU para atender a estas necesidades docentes: *del catálogo de categorías profesionales* docentes previstas para la contratación de un profesor según la LOU y del *modelo contractual laboral* adecuado según la legislación laboral, ha salido la figura híbrida del *profesor colaborador interino*. El proceso de contratación ha sido de lo más ágil y flexible por cuanto se ha convertido de forma automática a los profesores que están –o estaban– pendientes de la cobertura de «su» –una– plaza funcionarial conforme a la LRU. El recurso a la categoría de profesor colaborador se explica por el menor número de requisitos exigido por la LOU y por el balón de oxígeno temporalmente dado por el Gobierno a las Universidades al generalizar el listado de áreas que pueden acudir, hasta 31 de septiembre de 2003, a esta figura. La combinación de la «legislación especial» con la «legislación laboral común» no ha podido ser ya más fructífera, aunque, claro está, de nuevo al precio de deformado el entramado normativo.

Una misma o análoga solución apunta ya la práctica respecto de otra cuestión especialmente espinosa y, somos sinceros, de no fácil solución en el actual marco normativo. En efecto, parece claro que las categorías docentes previstas por la LOU admiten tener sustitutos en los términos previstos en el artículo 15 LET, por cuanto su eventual baja temporal –incluso la vacante creada– puede precisar de la suplencia por otro trabajador docente. Ahora bien, por la misma razón, parecería igualmente lógico exigir los mismos requisitos de titulación, evaluación o acreditación requeridos en cada caso al «titular» de la plaza con derecho a reserva de puesto de trabajo –o pendiente de cobertura reglamentaria –. No obstante, las dificultades para encontrar en el «mercado de trabajadores docentes» sustitutos idóneos –ej. catedráticos, titulares, doctores–, exige encontrar una solución más matizada, pues o se acepta una cierta flexibilización o será imposible en algunos casos <sup>41</sup>.

Por último, conviene igualmente recordar que es posible acudir a la figura del *fijo discontinuo periódico* regular (art. 12.3 de la LET) para la cobertura de ciertas necesidades docentes, como por ejemplo cuando se trate de impartir materias exclusivamente de un solo cuatrimestre que se prevea se reitera de modo cíclico en sucesivos años. Esta figura no es recomendable, desde el punto de vista de la eficiencia de la contratación para la Universidad, cuando estos profesores estén vinculados para determinados años solamente, como sucede en relación a las plazas vinculadas de carácter sanitario (por lo general 2 años según concierto) <sup>42</sup>.

<sup>41</sup> De ahí que algún autor haya entendido sin más que la «categoría docente del profesor sustituto no tiene por qué ser la misma o equivalente a la del sustituido...». Cfr. BARREIRO, *op. cit.* pág. 2. Aunque una opinión tan incondicionada nos genera reservas, sí nos apuntamos, aunque eso implicará un cambio sustancial de la planificación del trabajo docente universitario, a día de hoy prácticamente inexistente, a una solución aportada por este autor: a fin de evitar paralización de docencia es conveniente seleccionar a los potenciales profesores sustitutos con antelación razonable y suficiente al comienzo del curso académico (lista de profesores «en reserva» o bolsa de trabajadores docentes).

<sup>42</sup> En estos casos, que ya están planteando notables problemas a las Universidades, cabría pensar en diferentes soluciones, que van desde el contrato de obra o servicio determinado en aplicación de aquella jurisprudencia, ciertamente criticable, que descausaliza este contrato cuando se vincula a factores de financiación externos –ej. concesiones, conciertos...–, hasta la posibilidad de acudir al contrato de trabajo a tiempo parcial, en la categoría de asociado, modalizando anualmente el cómputo de la jornada.

## 5.2. Las vías de solución en la LOU: la aplicación directa del régimen legalmente previsto para ciertas modalidades.

Ahora bien, no cabe tampoco duda que las Universidades cuentan con la posibilidad de acudir directamente a las nuevas figuras de la LOU. Naturalmente siempre que concurren los requisitos exigidos en la norma. En este sentido, y sin perjuicio de las dudas que derivan de la indefinición legal de este régimen conviene poner de relieve que las Universidades están legitimadas para cubrir sus necesidades de contratación con el recurso a los artículos 47 a 55 de la LOU.

Otra cosa es que la prudencia exigible en un momento de incertidumbre, desregulación y de innovación obligue a un uso moderado y en todo caso selectivo de las mismas, hasta tanto no se desarrolle de forma completa tanto por el Estado, en el ejercicio de su potestad reglamentaria, sólo parcialmente realizada, y/o las Comunidades Autónomas. Una vez que se han implantado ya, tanto en el ámbito estatal como en muchos autonómicos, aunque con muy poca fortuna, los mecanismos de evaluación que se exigen con carácter previo a la contratación de Profesores Ayudantes Doctores, Profesores Colaboradores y Profesores Contratados Doctores, las Universidades disponen, a día de hoy, de todas las figuras previstas. Sin embargo, las anomalías generadas por la aplicación práctica de la normativa anterior a la existencia de la ANECA, así como las derivadas de la nefasta experiencia que ha supuesto este primer año de funcionamiento de la misma, ha llevado a que se perpetúen incluso hoy.

De este modo, el profesor asociado ha sido propuesto para la:

- Cobertura de necesidades derivadas de la implantación de nuevas titulaciones.
- Cobertura de puestos de profesor asociado cuyo titular hubiera causado baja por cualquier circunstancia [art. 2.1, letra b) Decreto 183/2002, 23 de julio, vasco] <sup>43</sup>.
- Cobertura de vacantes temporales correspondientes a puestos provistos por funcionarios de los cuerpos docentes universitarios <sup>44</sup>.

Algunas Comunidades Autónomas, sin embargo, han autorizado a las Universidades Públicas de la Comunidad a contratar mediante esta figura. Pero «conforme a las normas, procedimientos, categorías y retribuciones establecidas en el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre Régimen de Profesorado Universitario, en el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario y en los Estatutos de cada Universidad» <sup>45</sup>.

<sup>43</sup> En realidad, como se ha visto, esta exigencia da lugar a un contrato de interinidad por sustitución a secas *ex* artículo 15 LET.

<sup>44</sup> Por las razones también antes esgrimidas esta opción nos parece de muy dudosa –por no decir nula– legalidad.

<sup>45</sup> *Vid.* Acuerdo de 24 de enero de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León, por el que se autoriza a las Universidades Públicas de esta Comunidad la contratación de Profesores Asociados –BOC y L, núm. 18, de 25 de enero–.

La vigencia de esta regulación reglamentaria ha sido, sin embargo, fuertemente cuestionada. En realidad la solución más correcta es considerar su derogación automática tras la promulgación de la LOU, puesto que existiría una incompatibilidad de principio entre el modelo que subyace a esta regulación –administrativo y unilateral– y el que presupone el legal –laboral y convencional–.

De ahí, que se haya propuesto desde diferentes sectores la ilegalidad de cualquier regulación autonómica que establezca directamente o por remisión a la norma administrativa de la LRU aspectos no previstos en la LOU o el ET en materia de contratación o condiciones de empleo (por ejemplo salario, funciones). Coherente con este planteamiento se ha formulado una indicación o consigna sindical de impugnar cualquier normativa provisional autonómica en este sentido, por tratarse pretendidamente de una norma manifiestamente contraria a la LOU. La práctica, incluso con connivencia sindical, ha apuntado provisionalmente por otros derroteros.

En nuestra opinión, y sin perjuicio de reconocer una vez más la dificultad del tema, **tal conclusión, en los términos radicales en que se formula no es aceptable**. Para nosotros, y aun conscientes del cambio tan significativo que supone la mutación del contrato administrativo en contrato laboral, puesto que el sistema de fuentes varía sustancialmente, entendemos que es posible sostener su vigencia, al menos en ciertos aspectos, como la retribución y la carga docente, hasta tanto en cuanto no sea adecuadamente sustituida su regulación por los convenios colectivos, al objeto de evitar vacíos de regulación. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta el poder de autorregulación que queda a la autonomía individual, especialmente vía poder de determinación de las condiciones de trabajo, máxime cuando no existe regulación autonómica adecuada, y siempre que se respeten los mínimos legales del ET. Naturalmente, estas condiciones tienen carácter plenamente dispositivo para la negociación colectiva en cuanto norma preferente, siempre dentro del marco de regulación normativa estatal. En todo caso estas nuevas contrataciones siempre tendrán la consideración de laboral.

La figura de **profesor ayudante** sirvió de inmediato, para algunas normas autonómicas, con dudoso fundamento, para proveer sustituciones o vacantes producidas de forma imprevisible y por un plazo no superior a dos meses (art. 4 RD 183/2002, vasco)<sup>46</sup>. **Por lo que refiere al profesor ayudante doctor y profesor colaborador «interinos»**, algunas comunidades admiten la contratación aunque no hayan sido acreditados en los términos previstos en los artículos 50 y 51 de la LOU, con «carácter temporal, con una vigencia no superior al curso académico 2002-2003» (disp. trans. segunda Decreto 94/2002, Extremadura). Otras admiten que el «informe de evaluación positiva... en contrataciones de personal laboral de nuevo ingreso en el curso 2002-2003, se podrá aportar durante el período de prueba del contrato que no excederá de 6 meses» (disp. trans. tercera Decreto madrileño).

**Por lo que atañe a profesores asociados a tiempo completo y ayudantes ya contratados**, algunas legislaciones autonómicas, con dudosa legalidad, llegan hasta excepcionar el requisito del artículo 50 para los actuales ayudantes doctores –y asociados– para ser contratados como tales bajo la nueva legislación (disp. trans. primera Decreto gallego; disps. trans. primera y segunda Decreto 85/2002 de Castilla y León).

<sup>46</sup> La inadecuación de la figura contractual a este perfil es también evidente por lo comentado más arriba.

A la vista de esta «práctica normativa autonómica» y con la aprobación de la normativa estatal relativa a algunos de los requisitos o presupuestos exigidos por la LOU para acudir a otras figuras contractuales en ella previstos, como son la creación de la ANECA –RD 1052/2002, 11 de octubre; Resolución 17 de octubre de 2002– y la publicación de una lista de áreas de conocimiento idóneas –RD 774/2002, 26 de julio–, ningún obstáculo legislativo puede existir para recurrir a los contratos de ayudante doctor, contratado doctor y colaborador. Dejando al margen la figura del ayudante doctor, pues dado el período de «nomadismo» ha sido inicialmente una modalidad esquinada o evitada, en «beneficio» del ayudante no doctor, incluso para profesores ya doctores, lo que es un fraude de ley más que notorio, el problema se plantea básicamente respecto de las figuras *a priori* configuradas como estables.

A este respecto, dos son las cuestiones principales que se suscitaron en principio:

- 1.<sup>a</sup> ¿Puede la regulación autonómica dispensar provisionalmente de la evaluación externa de una Agencia Especializada a tal fin hasta tanto no se haya creado la misma en la concreta Comunidad?
- 2.<sup>a</sup> ¿La publicación efectiva de una lista indiscriminada de Áreas de Conocimiento adecuadas para la contratación de profesores colaboradores para un período de dos años supuso configurar este contrato como sometido a término?

La primera cuestión creemos que admite dos variantes: por un lado, la legalidad de una dispensa provisional de este tipo para toda la vigencia del contrato, por otro, el aplazamiento del cumplimiento de este requisito hasta tanto sea posible por crearse la referida Agencia de Evaluación. La primera opción significaría lisa y llanamente excluir un presupuesto de cualificación exigido por la Ley hasta tanto no se haga efectivo el otro presupuesto legal, la existencia de tal Entidad Evaluadora, la segunda supondría someter el contrato a una condición resolutoria, de modo que el contrato pendería de la referida Evaluación Positiva, a realizar en el momento en que sea normativa y organizativamente posible. Mientras que la primera posibilidad interpretativa, aun posible, nos parece de muy dudosa legalidad por ir radicalmente en contra de un presupuesto legalmente afirmado –actúa como autorización para contratar–, la segunda posibilidad, **aun discutible, nos parece perfectamente defendible**<sup>47</sup>.

El segundo escollo nos parece bastante más difícilmente salvable. Ciertamente puede interpretarse la concesión reglamentaria de un período de dos años (hasta 31-09-2003) como expresión del carácter temporal que, al menos provisionalmente, asumiría este contrato, de modo que los contratos realizados de colaborador estarían sometidos a término. Sin embargo, esta interpretación literalista no deja de plantear, a nuestro juicio, importantes interrogantes, en la medida en que, como se verá, y si bien no hay acuerdo en las normas autonómicas, todo parece apuntar que estamos ante una figura contractual de duración indefinida.

<sup>47</sup> Se trata de una evaluación individual. El carácter individual de este proceso lo diferencia de las otras actividades descritas, aunque el hecho de conducir, igualmente, a un resultado binario, lo asemeja a la acreditación y certificación. Estas especiales características han aconsejado un tratamiento separado de los demás procesos de evaluación, que quedará reflejado en el marco de un Programa de Evaluación del Profesorado. La Ley de Universidades diferencia dos tipos de actuaciones de evaluación del profesorado, aquellas que conducen a **la autorización previa para poder ser contratado** por las universidades en unas determinadas figuras, y aquellas cuyo fin es evaluar la capacidad investigadora, docente o de gestión del profesor.

Consecuentemente, la interpretación más viable o factible de tal cláusula de apertura indiscriminada a tales contratos es la de flexibilizar durante este período transitorio el acceso a esta modalidad contractual, pero en los términos contractuales que se desprenden de la LOU, pues el Reglamento no podría alterar la naturaleza del contrato dado el principio de jerarquía que rige esta cuestión. Lo que quiere decir, como hipótesis más probable, aunque no segura, que a la finalización de este período transitorio la persona contratada como tal colaborador debería seguir en su puesto salvo que concurriera una causa de extinción del artículo 49 LET, pero de las previstas para las relaciones indefinidas no para las temporales. A partir de esta fecha sólo se podrá contratar mediante tal figura en las Áreas que aparezcan en la nueva regulación reglamentaria a tal efecto.

Por lo tanto, entendemos «peligroso» para la Universidad que contrate mediante esta modalidad utilizarla de forma indiscriminada para cubrir cualquier necesidad de profesorado, dado el alto riesgo de éxito que tendría una impugnación judicial de la eventual extinción a septiembre de 2003. Sólo aquellas situaciones que evidencien continuidad en la contratación, y aplicando a esta modalidad lo afirmado respecto al criterio de la evaluación externa por la ANECA –o Entidad análoga de la Comunidad Autónoma–, resultarán aconsejables para ser formalizadas mediante este contrato, mientras que se desaconseja el recurso a esta figura para necesidades netamente temporales.

Aunque como veremos la regulación autonómica es muy dispar, y la regulación legal incierta, la más que viable semejanza de esta figura con la funcionarial de «Titular de Escuela Universitaria», parece decantarse el proceso a favor de su consideración como relación indefinida. En definitiva, a la vista de estos razonamientos entendemos, pese a la práctica contraria desarrollada en diversas Universidades,

- a) Que no es posible legalmente: convertir a ayudantes en colaboradores; a ayudantes doctores en interinos laborales para cubrir plazas vacantes pero pendientes de cobertura conforme al viejo sistema.
- b) Sí es posible: acudir a ayudantes, y a asociados.
- c) Es muy dudoso: acudir a profesores colaboradores para cubrir plazas temporales.

## 6. EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR A LA LUZ DE LOS RECIENTES DESARROLLOS AUTONÓMICOS

### 6.1. Los contratos de ayudantes (art. 49) y profesores ayudantes doctores (art. 50).

Por lo que refiere a su razón de ser, constituye el primer peldaño profesional –el primero académico será, en su caso y en teoría, la beca– de esta teórica carrera diseñada o prefigurada, no con mucha coherencia o cuando menos no con la debida claridad, en la LOU. De ahí que por su **prevalencia de la componente formativa** sea simultáneamente a tiempo completo y de duración deter-

minada (guarda cierta analogía en su estructura con la modalidad formativa estatutaria, *ex art. 11 LET*, si bien su objeto es distinto en cuanto que éste presupone la ausencia de formación, mientras que la LOU presupone una formación cualificada pero no completa).

La regulación estatal específica se limita a los siguientes elementos o presupuestos del contrato:

- a) Objeto. El objeto se circunscribe no a una obligación de prestar servicios dentro de la organización que lo contrata –la Universidad– sino a «completar su formación investigadora».
- b) Presupuestos subjetivos: requisitos de cualificación. El acceso mediante esta modalidad contractual presupone la superación de todos los elementos que integran los Estudios de Doctorado <sup>48</sup>.
- c) Duración del contrato: fija un límite máximo de 4 años improrrogables.

Acorde con la causa formativa que domina este contrato se entiende, como es habitual, que tiene una duración limitada: 4 años improrrogables. Sin embargo, no fija ningún período mínimo de duración, como suele ser habitual. Tampoco fija un régimen de prórrogas para el caso en que se contrate por un período inferior al máximo. Esta ausencia de un sistema de prórroga en la LOU sólo puede ser llenado, en principio, por una norma reglamentaria estatal –al estilo del art. 19 RD 488/1998, 27 de marzo, para los contratos formativos de régimen común, que permite dos prórrogas, salvo disposición en contra del convenio colectivo aplicable–. A falta de este desarrollo, tanto en lo que refiere al período mínimo cuanto a las posibilidades de prórroga, no son competentes ni la Comunidad ni la Universidad, sí la negociación colectiva, de modo que cualesquiera que sea el período fijado –contrato sometido a término–, se extinguirá, salvo prórroga automática en los términos del artículo 49.1 c) LET.

- d) Duración de la jornada: sólo parece admitir el contrato a tiempo completo.

La jornada ha de ser a tiempo completo, con lo que se limita la posibilidad de acudir a modalidades a tiempo parcial. Esta limitación es, por lo demás, conocida en algunas modalidades formativas del régimen laboral común. Consecuentemente, ni la legislación estatal de desarrollo, ni la legislación autonómica, ni los Estatutos ni la Negociación Colectiva pueden establecer una modalidad de ayudantía que contemple el tiempo parcial.

Fuera de estas previsiones no hay más regulación específica. Por tanto, habremos de acudir, en tanto no haya una negociación colectiva suficientemente rica y articulada al respecto, a la legislación laboral común. En este ámbito encontraremos la regulación de cuestiones tales como la exigencia de forma escrita, aunque no diga nada la LOU –art. 8.2 y 5 de la LET; art. 33 RD 364/1995, para Administraciones Públicas–, la obligación de entrega de una copia básica a la representación de los trabajadores –art. 8.3 LET–.

<sup>48</sup> Ciertas Universidades requieren tan sólo «haber superado el período de docencia de tercer ciclo» (art. 5. Decreto madrileño).

Asimismo, las vicisitudes del contrato –suspensión y extinción– quedan reguladas enteramente por la legislación laboral –arts. 48 a 56 LET–. Se plantea el reconocimiento del derecho a la indemnización en atención al artículo 49 de la LET, si bien no queda claro dado el carácter restrictivo que tiene esta regulación. Ésta es una cuestión interesante a analizar, pues la referencia genérica a «los contratos formativos» permitiría excepcionar la regla general de la indemnización de los contratos temporales. Por tanto, *si se quiere garantizar el derecho a una indemnización de ruptura debe establecerse así expresamente en la negociación*.

También cabe plantear hipotéticamente el tema de la modificación sustancial, especialmente en relación a una modificación de tareas ante determinadas necesidades organizativas (de organización académica). El carácter unilateral de la medida –que lo deja a la decisión de la Universidad– y los límites a la novación contractual pone de relieve las dificultades para aceptar en este caso el recurso a esta vía, si bien en principio la declaración de laboralidad así lo permitiría.

Igualmente caben otros pactos contractuales. Así, cabe referir al de permanencia (art. 21 LET). Esto puede ser interesante en orden a retener durante un cierto tiempo tras el contrato a una persona que se ha beneficiado de una importante inversión en formación, al menos teóricamente. Naturalmente, ello sería posible siempre que reuniese las condiciones para acceder a otra vía contractual (por adquirir la condición de doctor...). Otro problema es el del «pacto del período de prueba» por cuanto es admisible genéricamente aunque no deja de plantear especiales problemas en el ámbito del empleo público, en la medida en que está prohibida la arbitrariedad o el dejar la relación jurídica a la voluntad del empleador, pues la Administración Pública «en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1)...» (STCo. 161/1991, de 8 de julio).

De este modo, aplicada con rigor esta doctrina constitucional, **no ya se reduce en gran medida, sino incluso se neutraliza**, la función reguladora del contrato de trabajo en el empleo público –el contrato se limita sólo a la función constitutiva y a remitir a un ordenamiento heterónomo, estatal y convencional–, por cuanto que no cabe aquí el fenómeno aceptado en el empleo privado de la «individualización» de las relaciones de trabajo. Consecuentemente, lo más apropiado es establecer de forma general estos pactos para todos los contratados o, así se estima vía convenio, excluir tal posibilidad, pero también de forma generalizada. Aunque pudiera haber una interpretación más matizada de esta doctrina constitucional es claro que ha de partirse de la existencia de una importantísima limitación al juego de la autonomía individual de la voluntad reservada por el artículo 3.1 c) LET. En todo caso, la situación no es muy diferente del tratamiento que ya se tiene para el resto del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

El siguiente paso en la carrera académica sería la celebración, con solución de continuidad, de un contrato de profesor ayudante doctor, sin que ello represente la culminación contractual de la misma, pues tal fase está reservada para el contrato de profesor doctor, al tener éste un carácter permanente. No obstante no se entiende bien su razón de ser y su deslinde respecto del profesor doctor, salvo la exigencia de la condición de movilidad («período de exilio» o «nomadismo»). Comparte en principio la misma causa formativa que el anterior –pues de lo contrario no se comprende bien su sentido en relación al indefinido–, si bien añade elementos que lo aproximan más a un singular «contrato en prácticas» una vez alcanzado el grado de doctor.

La regulación estatal recalca en dos cuestiones básicamente. Por un lado, fija los requisitos subjetivos que autorizan el recurso a esta modalidad <sup>49</sup>. Éstos son requisitos previos inexcusables para concurrir al proceso de selección, conforme a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 48.2 LOU). Asimismo, se preocupa la LOU de afirmar su naturaleza temporal, volviendo a fijar un período de duración máxima improrrogable: 4 años. La ausencia de un período de duración mínima del contrato y de reglas sobre la prórroga se resolverá de la misma forma que el anterior: remisión a lo fijado en la legislación estatal de desarrollo, necesaria en este caso, y/o a la negociación colectiva. Ni la legislación autonómica ni los Estatutos son normas apropiadas para fijar estas reglas, pese a ser ésta la tendencia mayoritaria en los Estatutos y legislación autonómica –no lo hace así el Proyecto de Ley Andaluza, lo que ha de valorarse positivamente– <sup>50</sup>.

Asimismo es por tiempo completo, no admite a tiempo parcial, porque la propia LOU así lo afirma. Sin embargo, en este caso tiene menos justificación tal previsión, por cuanto la dimensión formativa estricta aquí pierde intensidad para proyectarse más como un período de experiencia docente y de investigación tras acceder a la condición de doctor –la Resolución relativa a los criterios de evaluación de la ANECA enfatiza estos aspectos formativos, aunque no descarta la valoración de «experiencia» en caso de que la haya–. De ahí que entendamos posible, pese al tenor literal, que por vía de negociación colectiva, o incluso por vía de contrato, se pueda establecer una modalidad reducida.

El resto de condiciones habrá de remitirse a la legislación laboral cuanto a la negociación colectiva, si bien ha de insistirse en las disfuncionalidades y peculiaridades que presenta este régimen de empleo público. Así, por ejemplo, la posibilidad de incluir un período de prueba en una figura que requiere evaluación positiva nos plantea aun mayores problemas que los vistos respecto de la figura de ayudante «a secas», dado el efecto que genera: resolución a secas sin esgrimir causa alguna (STS 27-03-1991). Ciertamente es que una cosa es la Evaluación de su «calidad» docente e investigadora y otra la de su adecuación concreta al puesto específico y en la Universidad de contratación, por lo que no cabría descartarlo, si bien entendemos igualmente más respetuoso con el principio de igualdad el que se establezca con carácter general, en su caso. La negociación es la que debe asumir el protagonismo, como aparece en el artículo 14 LET, cuya regulación subsidiaria en ausencia de negociación es en este ámbito absolutamente disfuncional –debería fijarse por cuatrimestres o, según hipótesis más recomendable, por cursos académicos– <sup>51</sup>.

<sup>49</sup> A saber: estar en posesión del título de doctor; período de ausencia o de desvinculación con la Universidad, cualquiera que sea la modalidad de prestación de servicios en los 2 años anteriores; acreditar la realización durante ese período de tareas docentes o investigadoras en otros centros no vinculados a la Universidad que se contrata –no dice universitarios, se pueden suponer pero también podrían ser otros centros de investigación o docentes; acreditar una evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia de Evaluación de la Calidad y Acreditación competente según cada Comunidad Autónoma.

<sup>50</sup> Algunas Comunidades Autónomas proponen un cambio de nombre, y lo denominan «profesor lector» (art. 49 Ley catalana).

<sup>51</sup> La finalidad del período de prueba es la experimentación «sobre el terreno» de la relación individual de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, durante un tiempo limitado en la fase inicial de dicha relación, por lo que atiende principalmente a los intereses del empleador. En este sentido, nace para cubrir o superar las insuficiencias de los instrumentos de derecho común para corregir los errores del consentimiento contractual: de no existir período de prueba los errores de selección no sólo acarrea los inconvenientes de una decisión equivocada sino también otras consecuencias negativas de la eventual decisión *extintiva ante tempus*.

## 6.2. El contrato de «profesores contratados doctores» (art. 52): ¿nueva modalidad contractual y/o nueva categoría profesional?

La fase que culmina lo que la propia LOU llama carrera académica coherente es el acceso a un contrato de profesor doctor. Precisamente por ello, y pese al silencio legal, parece que la opción interpretativa más coherente es la que lo presume indefinido y a tiempo completo, si bien es obvio que cabrá la modalidad a tiempo parcial cuando así se decida contractualmente o por convenio colectivo <sup>52</sup>. Precisamente, por no distinguir la LOU, a diferencia de otros donde lo precisa, entendemos que ha de considerarse que caben ambas opciones, por lo que aquellas normas autonómicas que excluyen la modalidad de trabajo a tiempo parcial –ej. art. 40 Ley Andaluza– se revelan de dudosa legalidad, al margen de evidenciar un factor que bien puede considerarse discriminatorio en cuanto que tal posibilidad sí se permite al profesorado funcionario.

En este caso el régimen legal es aún más parco que en las otras modalidades, pues sólo se preocupa de fijar los requisitos subjetivos que dan acceso al contrato <sup>53</sup>, despreocupándose absolutamente de cualquier otra condición de empleo. Ante esta parquedad extrema muchas son las cuestiones que suscita la actual regulación, pero sin duda tres son las más significativas:

- 1.º ¿El contrato es de duración indefinida o de duración limitada o temporal?
- 2.º ¿Permite su desarrollo a través de las modalidades de contrato a tiempo parcial o requiere tiempo completo?
- 3.º ¿Es posible crear submodalidades específicas dentro de esta figura contractual?

Por lo que refiere a la primera cuestión, aunque parece haber un cierto consenso en torno al carácter indefinido de esta relación –porque actuaría la presunción de indefinición al no existir referencia expresa y por el carácter habitual y permanente de la actividad–, la cuestión no es tan sencilla. En efecto, retomando una argumentación que ya pusimos de relieve al analizar las cláusulas de autolimitación de la LOU, pensamos que al no fijar nada sobre la temporalidad realmente lo que está haciendo es remitir al principio de causalidad, esto es, si la actividad que va a realizar el contratado es permanente tal será el carácter del contrato, pero si no lo es podrá ser una figura temporal.

En este sentido, cuando se contrate «*para desarrollar las tareas habituales de docencia e investigación propias de la actividad universitaria*» –art. 38 letra c) Ley Andaluza– es claro que la relación debe ser indefinida. Ahora bien, cuando se contrate para el desarrollo de actividades «de docencia o investigación de naturaleza singular o especializada», no cabe duda de que en tal caso estamos ante una actividad que autoriza la contratación temporal, porque es de carácter no habitual

<sup>52</sup> De diferente opinión es M. ÁLVAREZ. *La contratación laboral del profesorado en la LOU*. La Laguna. 2002, pág. 30.

<sup>53</sup> A saber: tener el título de doctor; acreditar al menos 3 años de actividad docente e investigadora, o preferentemente investigadora postdoctoral; evaluación positiva.

o presenta una cierta autonomía. El problema que se suscita entonces es diferenciar esta modalidad contractual de la prevista en el artículo 48.3 LOU, si bien parece claro que esta figura se limita única y exclusivamente a actividades de investigación mediante proyectos específicos.

Así, confirmando este planteamiento dual, aunque la mayor parte de las normas autonómicas fija su carácter de contrato fijo o indefinido (ej. art. 7.2 Decreto gallego), no faltan las que autorizan, al menos en ciertas modalidades, su carácter temporal (art. 19 Decreto 85/2002, Castilla y León: «2. La contratación de estos **profesores podrá ser con carácter temporal o fijo, con dedicación, preferentemente, a tiempo completo, si bien podrán contratarse a tiempo parcial de seis horas de tareas docentes...**»).

Ahora bien, cuando se trate de actividades habituales, lo que el Proyecto de Ley Andaluza cataloga como «contratados doctores ordinarios», la configuración por la normativa autonómica como contrato de duración determinada suscita notables problemas e, incluso, abre muchas dudas de legalidad. Sólo la legislación estatal, y aun aquí con muchas reservas a la luz del principio de jerarquía normativa, o la negociación colectiva, también aquí con dudas dado el principio de legalidad que rige esta cuestión, podrían establecer limitaciones a este respecto. En realidad, **creemos que la tesis más segura es la que configura como contrato de duración indefinida** todo aquel que, dentro de esta modalidad, tenga por objeto el desarrollo de actividad docente y/o investigadora «habitual» o normal en la empresa –Universidad–. Ni la legislación autonómica –en realidad tampoco la estatal– ni la negociación podrían establecer un período de duración temporal inicial y someterlo a nuevas evaluaciones para acceder al carácter indefinido, salvo que pueda encontrar encaje en los supuestos previstos por el Estatuto de los Trabajadores. Estas evaluaciones determinarían su régimen retributivo, incluso pueden determinar un rendimiento cuyo incumplimiento pueda ser objeto de sanción, pero no pueden ser condición de acceso a la fijeza, pues ya han pasado un proceso selectivo y diversas Evaluaciones.

Por lo que respecta a la duración de la jornada, la ausencia de una regulación específica nos remite a la legislación laboral común, de modo que se abre la posibilidad de establecer una relación de este tipo a tiempo parcial. A nuestro juicio, si bien es posible que la negociación colectiva –no la legislación autonómica o estatutaria– establezca limitaciones o restricciones a esta modalidad, entendemos igualmente que una prohibición absoluta por la autonomía colectiva de estas posibilidades carecería de fundamento legal, por lo que supondría una restricción extrema o desproporcionada de derechos individuales (art. 12 LET). Por lo que refiere al argumento de experiencia, de nuevo encontramos ejemplos para todos los gustos, pues unas Universidades aceptan el tiempo parcial sin matices, mientras que otras lo excepcionalmente, remitiendo a los Estatutos (art. 6.2 de Decreto valenciano), si bien entendemos que la remisión correcta sería a la negociación colectiva.

Finalmente, por lo que respecta a la marcada tendencia de las normas autonómicas a diferenciar submodalidades o «categorías», consideramos que, en cuanto materia de «clasificación profesional», ésta es materia más propia de la negociación colectiva que de la legislación autonómica y de la estatutaria. No obstante, cuando tales diferencias no supongan una reconfiguración de su estructura contractual ni regule directamente las condiciones de empleo, con la salvedad de las retributivas en los términos legalmente fijados, sí es posible reconocer un margen de actuación mayor a dicha legislación.

En este sentido, el análisis de la legislación autonómica arroja un balance muy desigual. Así ciertas normas reconocen, utilizando el criterio normativo anterior, la figura del profesor contratado doctor **tipo 1** y el **tipo 2**, exigiendo especiales requisitos de méritos investigadores y de desvinculación a Universidades que los contrata durante un período elevado [art. 4.2 b) Decreto canario]. Por su parte ciertas normas prevén la categoría de solo investigador (art. 6.4 del Decreto Valenciano, remitiendo a los Estatutos) y otras lo configuran como una figura excepcional por su formación o especialización [art. 38.1 c) Ley Andaluza de Universidades]. No obstante, a nuestro juicio, en este caso no tiene demasiado sentido configurar la figura como indefinida, por lo que entendemos que es claramente temporal, incluso podría encontrar cobijo bajo la fórmula del artículo 15 LET (contrato de obra o servicio determinado).

La máxima expresión de este efecto diversificador lo encontramos en la Ley de Universidades de Cataluña –Ley 1/2003, de 19 de febrero–, que con más que dudoso fundamento jurídico –que ha llevado a plantear un Recurso de Inconstitucionalidad contra la misma–, por la injustificada confusión que crea entre categorías jurídicas de profesor contratado y profesor funcionario, diferencia, dentro de la tipología de personal académico (art. 42), contratado (art. 44), permanente doctor (art. 46):

- a) Catedrático/a: supone una carrera docente-investigadora consolidada.
- b) Profesorado agregado: probada capacidad docente-investigadora.

Respecto a las condiciones de trabajo la remisión a la legislación ordinaria será amplia, si bien hay algunas cuestiones que plantean problemas específicos como, una vez más, las modificaciones sustanciales o **el período de prueba**. Las consecuencias son bien conocidas:

- Concretas obligaciones durante la duración de la prueba (realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba).
- Facultad de «desestimiento» de la relación o resolución.

De nuevo un comentario especial nos suscita esta figura, en la medida en que bien pudiera utilizarse como alternativa a la configuración como temporal de esta relación, al menos en una fase inicial. Ahora bien, además de las precauciones o cautelas realizadas más arriba, debe tenerse en cuenta que el artículo 14.1 LET prohíbe establecer este pacto cuando se trate de «experimentar» sobre las mismas funciones desempeñadas con anterioridad en la empresa, cualquiera que sea la modalidad de contratación. Por lo tanto, entendemos que si el contratado procede de una modalidad anterior de profesor ayudante doctor con dedicación a actividades docentes e investigadoras tal pacto carecería de sentido.

No obstante, si ya con carácter general el recurso a esta vía es discutible en relación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, todavía lo será más, a nuestro juicio, para esta relación laboral especial, en la medida en que la práctica totalidad de las figuras precisan no ya el acceso mediante pruebas objetivas que permiten verificar su capacidad –si bien *a priori*– sino tam-

bién evaluaciones concretas. Además, abre la vía de una resolución sin causa que puede quebrar el principio de interdicción de la arbitrariedad, o reconoce un margen de discrecionalidad demasiado elevado.

Ahora bien, entendemos necesario poner de relieve que **la práctica totalidad de los convenios colectivos reguladores de las relaciones de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas prevé un período de prueba**. Por tanto, siguiendo esta práctica generalizada es claro que todas las modalidades contractuales de la LOU –temporales o indefinidas– pueden ser sometidas a prueba. Ahora bien, es igualmente claro que la legitimidad de esta regulación pasa por varias condiciones. Primero porque cuenta con la suficiente transparencia, en el sentido de establecer la obligación de la Universidad de hacerlo constar, para conocimiento general de la oferta, en cada convocatoria (*cfr. art. 33.2 RD 364/1995, de 10 de marzo*). Segundo, y consecuentemente, para que tal condición se aplique por igual a todos los que accedan por esta vía –ha de tenerse en cuenta que en todos los casos estaremos ante profesionales cualificados, incluso cuando se trate de ayudantes–, por lo que no puede dejarse al arbitrio de la Universidad para cada caso. En tercer lugar, que se motive expresamente la razón por la cual no se supera, en su caso, el período de prueba.

La duración será la establecida por convenio colectivo, y en su defecto, serán las del artículo 14 de la LET. El pacto puede establecer un período distinto siempre que mejore lo previsto legal y/o convencionalmente. En todo caso, es claro que la posibilidad de recurrir a este pacto remite necesariamente a la negociación colectiva, con objeto de configurar un período de prueba realmente funcional para las Universidades, pues de seguir la regulación estatutaria se revela absolutamente disfuncional. Las amplias posibilidades concedidas por la ley a la negociación colectiva en este ámbito abriría las posibilidades. De nuevo encontramos ejemplos que ilustran cómo ha de verse la negociación colectiva en este colectivo como un auténtico instrumento de gestión eficiente y flexible del PDI.

### 6.3. El contrato de profesor colaborador (art. 51).

Ésta es la figura más enigmática de todas las introducidas por la LOU, sus contornos son especialmente confusos, de ahí que se preste particularmente a ciertas deformaciones o especulaciones. El único control que tiene es lo limitado de áreas que pueden beneficiarse de su uso, si bien transitoriamente el Gobierno ha dado un cierto respiro a las Universidades para que puedan acudir a esta figura en tanto se desarrolla todo el entramado normativo, institucional y negocial del nuevo sistema.

Los requisitos de acceso son:

- Subjetivos: «informe favorable» (instrumento diferente al de «Evaluación positiva»).
- Objetivos: áreas de conocimiento establecidas por el Gobierno.

Atendiendo a estos requisitos, se puede entender que frecuentemente se establezca un cierto paralelismo entre esta figura y el profesor titular de Escuela Universitaria, especialmente a efectos de retribución, sobre todo por la carencia del título de doctor y su dimensión eminentemente docente, así como por la restricción –la dicotomía sería así casi completa–, pero a nuestro juicio la regulación no es estrictamente comparable. La primera evidencia unas necesidades docentes permanentes y perfectamente regularizadas, en este caso no tiene que ser necesariamente así, al menos aparentemente, por lo que cabe decir de esta figura algo similar a lo visto en los contratos para profesores doctores. Su temporalidad o indefinición dependerá de la actividad docente para la que se contrate.

Así, aunque los escasos estudios que hasta el momento hay al respecto parecen optar por su carácter indefinido y su carácter a tiempo completo, no hay claridad al respecto del escueto tenor literal de la norma. En efecto, tanto la denominación «profesor colaborador» como el dato de que aparezca al margen de la carrera académica diseñada por la LOU, que debería desembocar a efectos de contratación permanente en el contrato de profesor doctor, sugiere el carácter temporal de la figura. Por otro lado, la propia habilitación al Gobierno para fijar qué conocimientos se impartirán con esta modalidad parece evidenciar igualmente este carácter temporal, porque tal habilitación determinará al mismo tiempo durante cuánto tiempo tal situación será posible: doble restricción, una material (ámbito de aplicación) y otra temporal (duración).

La mayor parte establece su carácter indefinido (art. 12 Decreto madrileño; art. 7 Decreto valenciano). Otras regulaciones establecen su carácter temporal. Así, se establece que se contratan por un período máximo de 4 años, pudiéndose prorrogar por otros 4, si cuenta con Informe favorable de la agencia para la Calidad del Sistema Universitario, adquiriendo carácter fijo tras la evaluación positiva de dos períodos (art. 6.2 Decreto gallego de 2002, 6 de septiembre, de contratación de profesorado universitario). Algunas normativas autonómicas no prevén nada sobre su carácter indefinido o no, sí sobre su carácter a tiempo completo o parcial (art. 5 Decreto canario). Otras abren la contratación a una modalidad u otra sin opción clara («la contratación podrá ser con carácter temporal o fijo, con dedicación a tiempo completo con la finalidad de realizar exclusivamente tareas docentes» –art. 18.2 Decreto Castilla y León, 85/2002, 27 de junio).

Por lo que refiere a la duración de la jornada, el silencio legislativo no debería ser excluyente, de modo que cabría no sólo el tiempo parcial ordinario, sino incluso su modalidad de «fijo discontinuo» (llamar al contratado en determinadas épocas del curso para que imparta unas concretas horas de enseñanza). Esta idea puede ser especialmente interesante para el desarrollo de asignaturas cuatrimestrales cuando el profesor sólo realice sus funciones en materias que tengan su impartición en estos períodos limitados y con sustantividad propia aun dentro del año académico. La otra restricción es de objeto: «para impartir enseñanzas», por lo que la investigación parece quedar relegada, si bien esta marginalidad no debe llevar a exclusión total, por cuanto también pueden ser contratados Licenciados e Ingenieros –no habla de doctor, lo que confirmaría lo secundario de la investigación–.

#### 6.4. Los profesores asociados y eméritos (art. 53).

Es sin duda la figura que permite un mayor margen de flexibilidad para la contratación por parte de las Universidades, si bien no es indiferente la legislación estatal, en la medida en que pretende garantizar un uso adecuado de una figura ya introducida por la LRU pero absolutamente vaciada de sentido o desnaturalizada. Lo que ahora se pretende es doble: vincular a la Universidad con la Sociedad a la que pretende «servir», recogiendo la capacidad formativa y sistemas de aprendizaje más prácticos, por un lado, asegurar que estos sistemas sean los más reputados fuera del ámbito universitario, por otro.

Las únicas indicaciones legales son:

- El contrato es temporal: no fija límite máximo, ni mínimo, ni prórroga alguna, lo que remitirá a la legislación común.
- A tiempo parcial.
- «Especialistas de reconocida competencia»: profesionales reputados en su ámbito (requisito sustancial). Lo cual debería objetivarse a través de la verificación técnica oportuna.
- «Que acrediten ejercer su actividad profesional fuera de la Universidad» (requisito formal).

Muchos son los problemas que presenta tan lacónica regulación. Por un lado la temporalidad, puesto que al no dar indicaciones parece que remite a la legislación autonómica, pero en la medida en que esto afecta a un núcleo esencial de la contratación es el Estado el competente, o bien la negociación colectiva, pero no ni la Ley Autonómica ni los Estatutos, al menos en teoría. Sin embargo, en la práctica tanto una como otros están estableciendo la duración. A este respecto, entendemos que hay una finalidad flexibilizadora a ultranza sin perjuicio de ciertas garantías estatutarias: el principio de causalidad. No obstante, incluso podría plantearse que no es causal, sino que obedece a otras razones: política de fomento de las relaciones Universidad-Sociedad. Ahora bien, si encubre un contrato permanente sería de aplicación las garantías del Estatuto de los Trabajadores.

Se suele establecer un período de dos años prorrogables, por lo general en los términos establecidos en los Estatutos de la Universidad, y a tiempo parcial sin más indicación (art. 8 Decreto gallego). Otras regulaciones establecen períodos más amplios y renovables («serán contratados por períodos de tres años renovables, y con dedicación a tiempo parcial máxima de seis horas semanales...» (Decreto canario). Ciertas regulaciones establecen un mínimo de experiencia profesional efectiva acreditada (ej. art. 9 Decreto madrileño: mínimo de 3 años). En ocasiones se prevé la obligación de salir a nuevo concurso público una vez vencido el plazo final (art. 12.2 Decreto madrileño).

No obstante el favor con que la legislación autonómica contempla la intervención de los Estatutos, habilitándolos expresamente para regular cuestiones como la duración y docencia, entendemos que el marco más adecuado es el de la negociación colectiva. La regulación relativa a la dura-

ción del contrato y sus prórrogas afectan a su configuración estructural por lo que es competencia normativa, bien del Estado bien de la Negociación Colectiva, ambos por determinación constitucional.

Aunque es una figura conocida ya en la anterior regulación (art. 22 RD 898/1985, 30 de abril, modificado posteriormente en dos ocasiones), pese a la remisión a los Estatutos para concretar esta figura, se precisa un desarrollo reglamentario por el Gobierno del Estado. Esta norma reglamentaria habrá de precisar la temporalidad del profesor emérito y su régimen jurídico, especialmente el régimen de compatibilidad e incompatibilidad. Hay que destacar que cualquiera que sea el origen de la figura –recuperar a personas jubiladas antes de tiempo como consecuencia de la rebaja de la edad realizada en su momento y luego modificada–, hoy tiene especial sentido ante la actual política de prolongación de la edad laboral activa.

### **6.5. Los profesores visitantes (art. 54.2).**

También conocida en la anterior regulación no admite fácil parangón (art. 21 RD 898/1985). Por lo que ni una ni otra figura podrán ponerse en marcha hasta que no exista desarrollo reglamentario: las cuestiones pendientes ni están en los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas ni en el ejercicio de la autonomía universitaria vía estatutaria.

### **6.6. Las reglas laborales «comunes» aplicables a las figuras específicas de PDI contratado.**

Como sucede en general con toda figura contractual laboral, es necesario predisponer un régimen común a todas las modalidades legalmente contempladas, en la medida en que se trate de cuestiones que aceptan tal uniformidad. Ahora bien, como ya hemos venido insistiendo, ante la ausencia de una mayor regulación legislativa se plantea el problema de determinar el denominado Derecho Supletorio, al menos en tanto en cuanto nace y se consolida el necesario entramado convencional regulador de las condiciones de trabajo de estos colectivos. No debería ser la legislación autonómica ni mucho menos la estatutaria, sin perjuicio de sus importantes competencias, la encargada de proveer tal régimen, sino la negociación.

Ahora bien, en ausencia de esta regulación hay que acudir al régimen que contempla la legislación laboral «común» que, en principio, resulta «plenamente» aplicable. Pero la regulación no puede dejar de presentar importantes peculiaridades, de modo que en su posición jurídico-laboral incidirá, más o menos matizadamente a su vez, las normas jurídico-administrativas<sup>54</sup>. A falta de una regulación específica de nuevo tendrá que ser la negociación colectiva y la jurisprudencia –no la ley autonómica ni los Estatutos–, quienes realicen estas modalizaciones.

<sup>54</sup> De todos modos, las disfuncionalidades que se originarán en la aplicación de la normativa laboral en la organización administrativo-universitaria no debe coger a esta Administración desprevenida, pues contamos con importantes precedentes al proyectarse, en términos más o menos análogos, en todo el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En todo caso, la inescusable proyección de los principios jurídicos públicos –art. 103.3 y art. 14 y 23.2 CE– a este nuevo sector del ordenamiento propio del Derecho del Trabajo sería de desear que no tuviese un resultado tan erosivo del régimen común laboral como está ocurriendo en algunos casos en relación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas en general. Otras sí serán de aplicación.

En este contexto, ciertamente complejo y confuso, quizás merezca especialmente la pena recordar que los incumplimientos de las exigencias de contratación temporal tienen aparejadas sanciones, tanto de estabilidad como administrativas (STS 31-03-2000). No obstante, resultan especialmente llamativas las peculiaridades derivadas de aquel engendro judicial que es el contrato laboral de «indefinido no fijo» (STS 03-02-1999). No obstante, en el marco de las relaciones de PDI contratado, dado que determinados contratos son temporales *ex lege*, cabría plantear tres opciones:

- a) No jugaría la presunción de indefinición porque se produciría una extinción automática *ex lege*, sin perjuicio de recibir el salario en caso de que fácticamente se prorrogue (incluso se ha dicho que la continuidad sería *contra legem* al no preverla la LOU). Sería una irregularidad formal no invalidante de la cláusula de temporalidad. A favor iría el que la plaza de contratado esté en la RPT (art. 70) y se incorpore su expresa aprobación en presupuestos (art. 81.4), a diferencia del resto del personal temporal de la Administración Pública.
- b) Relación indefinida pero no fija. En todo caso exige la cobertura por el procedimiento legal de la plaza, y por tanto, serían causas lícitas para extinguir el contrato y suficientes para reconducir la situación convocar la plaza de la misma categoría académica –de no acceder el que la ocupaba no implica derecho a indemnización según la jurisprudencia–, amortizar la plaza *ex* artículos 51 y 52 (STSJ Cataluña 09-03-1999). La amortización sería obligatoria *ex lege* si desborda el límite del 49% fijado en la LOU.
- c) Nulidad del procedimiento de selección. La extinción será por fuerza mayor impropia o causas objetivas *ex* artículo 49 de la LET (STS 05-10-1999, ar. 7761).

## 7. ESBOZO DE ALGUNOS PROBLEMAS DE LA ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DEL PDI CONTRATADO

### 7.1. Las vías de representación del personal docente e investigador: representación unitaria *versus* representación sindical

Como prácticamente todas las cuestiones relativas a este personal, dada su novedad y falta de previsión legal, la canalización de la representación de este colectivo, ahora sólo en estado embrionario pero con amplias posibilidades de crecimiento a medio y largo plazo, es harto problemática y, sin duda, resultará de aplicación conflictiva, por la potencial, o real, confrontación de intereses colectivos que implica. Naturalmente el problema se plantea a la hora de configurar la representación uni-

taria no la representación sindical, en la medida en que la regulación de esta última es común para todos los empleados públicos, pese a las resistencias que a tal fin siguen evidenciando los tribunales contencioso-administrativos.

En este sentido, la representación legal más «natural» para este colectivo es la del Comité de Empresa –en realidad Comité de Centro, entendiendo por tal, lo previsto no en el artículo 1.5 LET sino en la disposición adicional quinta de la LORAP (todas las dependencias de una Universidad en la misma provincia), sin que este ámbito pueda ser modificado ni por acuerdo sindical–, por cuanto debe recordarse su carácter de órgano legal y precisamente unitario, esto es, igual para todos los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo. Pero resulta igualmente cierto que la actual composición de este órgano de representación no permite integrar eficazmente los intereses específicos de este peculiar colectivo, como ya comprendió la anterior regulación vigente al diversificar la representación unitaria en una Junta de Personal común u ordinaria, para el PAS, y otra específica para el profesorado, la Junta de Personal Docente e Investigador. Por tanto, en este momento transitorio podría pensarse que la mejor opción es la que proviene de los sindicatos más representativos <sup>55</sup>.

Sin entrar en más profundidades, aunque útiles para comprender el funcionamiento del sistema de relaciones laborales a crear para y por este colectivo, consideramos oportuno plantear, en el plano práctico, las tres posibilidades que se abren en este momento para canalizar la representación de este personal:

1. Crear un órgano específico: el Comité de Empresa PDI contratado.

Dada la dimensión de derecho necesario absoluto precisaría una reforma legal, además de introducir demasiada complejidad organizativa para un ámbito de por sí ya demasiado complicado. Una vez más, la práctica parece seguir mayoritariamente la dirección contraria a la que apunta la representación normativa, de modo que son ya decenas las Universidades que han optado por la dualidad de Comités de Empresa. Una opción que parece contar con el favor de la doctrina judicial, si bien sobre la débil base legal que proporciona la disposición adicional quinta LORAP, en cuanto que no considera que formen parte del mismo centro de trabajo aquellos trabajadores que no estén incluidos dentro del mismo Convenio Colectivo. Precisamente, las diferencias apreciables en la experiencia convencional relativa al PAS laboral, por lo que concierne a la delimitación de su ámbito personal, ha llevado a soluciones diferentes en atención a la Universidad de referencia, con lo que de nuevo el cambio legislativo ha generado una extremada diversidad de prácticas, lo que no favorece ni la seguridad jurídica, ni la igualdad ni la racionalidad en la gestión.

2. Crear un tercer colegio electoral (art. 7.1 LET, art. 6.3 RES).

Aunque esta vía parece más adecuada, precisaría la aprobación por un Convenio Colectivo, lo que de momento es de difícil realización práctica al estar abiertas muchas Mesas de Negociación pero pocas son las que han concluido el proceso. La actual realidad tampoco parece apostar por esta vía.

---

<sup>55</sup> Así lo entiende la citada SJ Contencioso-Administrativo de 23 de enero de 2003.

3. Reestructurar los dos Colegios ahora previstos para canalizar esta participación: basta con un acuerdo entre representantes sindicales y Universidad para adaptar los Colegios a las circunstancias de cada uno.

Aunque el actual momento electoral haría especialmente viable el tercero, entendemos que lo reducido por el momento de este colectivo no dinamizará esta acción, especialmente por la legítima pretensión de las representaciones sindicales de liderar o canalizar la acción de este colectivo. Recuérdese en todo caso que esta acción no requiere de ninguna habilitación normativa en virtud del principio de autonomía sindical que gobierna este sistema, al tiempo que la presencia sindical en los centros de trabajo garantiza la posibilidad de que encuentren adecuados canales de expresión, especialmente en el seno de la mayor representatividad sindical.

## 7.2. El sistema de negociación colectiva para el PDI contratado: ¿un paradigma de negociación articulada?

Al igual que sucede respecto de la representación, se plantea el problema de identificar, no ya el convenio colectivo aplicable a este colectivo, que es obvio que no podrá ser el actual del personal laboral de las Universidades dado que no contempló –no podía hacerlo– esta figura, dotada de evidentes singularidades respecto del PAS laboral, sino articular la mejor estrategia de negociación colectiva para este colectivo. En juego está, para el más inmediato futuro, la posibilidad de configurar, ante la deficiencia y desidia legislativas, un eficaz y coherente estatuto convencional para un colectivo cuyo régimen ha quedado a la absoluta discrecionalidad de legislación autonómica y estatutaria. El propio «olvido» del artículo 55 de la LOU, que a la hora de determinar el régimen retributivo remite *in toto* a las Comunidades Autónomas, sin referencia alguna a la negociación colectiva, es un buen ejemplo de lo que se dice.

En esta materia como en la mayoría de las atinentes a sus condiciones de trabajo y empleo este colectivo tiene garantizado, por imperativo constitucional y legal ordinario, y al margen de lo que establezca la LOU y la legislación de desarrollo, su derecho a la negociación colectiva. De nuevo el problema será, sin embargo, determinar cuál es la mejor estrategia y técnica de negociación. En todo caso, lo que sí es importante retener es que dada la complejidad del sistema de fuentes y la intensa participación de la regulación autonómica, lo más conveniente es convertir este ámbito en una **experiencia singular de negociación colectiva articulada**, que al tiempo que esté dotada de racionalidad y coherencia se impregne de la inexcusable flexibilidad que exige la existencia de diferentes circunstancias para cada concreta Universidad, incluso de las de una misma Comunidad Autónoma <sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Para la evolución, ciertamente no unívoca y conflictiva, de esta cuestión, con análisis de las principales experiencias desde 1997, *vid.* MERINO SEGOVIA, A. La estructura legal y convencional de la negociación colectiva. Madrid. 2000; MERCADER UGUINA, J.R. *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Madrid. 1994.

La regulación de las relaciones laborales del PDI va a exigir una racionalización del sistema de negociación colectiva para este colectivo de trabajadores, tanto más necesaria en el proceso «constituyente» actual de aplicación de las previsiones de la LOU. Partimos de que la regulación de las condiciones de trabajo del personal contratado no es, en general, materia propia de los Estatutos.

En este sentido, y aun partiendo de la pluralidad de posibilidades, teóricas y prácticas, entendemos que un esquema negociador básico pero arquetípico –quizás demasiado para la pobre experiencia práctica actual– podría ser:

a) Nivel general de *Acuerdo Marco «socio-sindical»*: entre el organismo de gobierno de las Comunidades Autónomas, las Universidades y los Sindicatos más representativos de Comunidad (opción elegida, por ejemplo, en la Comunidad Andaluza).

Esta posibilidad no deja de plantear problemas técnicos, pues sabido es que los Acuerdos Marco estatutarios excluyen cualquier intervención formal de un tercero que no sean los sujetos legitimados conforme al artículo 83 LET, esto es, organizaciones empresariales y sindicales más representativas. No obstante, la importancia que tiene la Comunidad Autónoma en la fijación del sistema universitario de cada ámbito territorial, con sus decisivas influencias en la ordenación de las políticas y estrategias de profesorado, hace plausible, quizás necesario, crear espacios de Diálogo Social y Concertación en los que se impliquen todas las partes, incluido el Gobierno autonómico correspondiente.

b) Nivel Convenio Colectivo: el Convenio Franja «autonómico» o «supraempresarial».

Tras la senda de los grandes Acuerdos, llamados a racionalizar el proceso negociador en todo el ámbito de la Comunidad Autónoma, se situaría la *negociación de franja* o de grupo de trabajadores. Conocida es la aversión sindical, salvo en el ámbito del denominado «sindicalismo profesional-corporativo» o «sindicalismo profesional autónomo», por los Convenios Colectivos Franja, no obstante la legitimidad asumida en el vigente Estatuto de los Trabajadores. No obstante, una vez más la práctica parece darnos la pauta correctora de planteamientos tradicionales, de modo que los propios sindicatos más representativos han terminado aceptando que esta vía de negociación específica es la más adecuada para el nuevo colectivo. También ciertas normas autonómicas, quizás con exceso competencial, apuestan claramente por esta negociación diferenciadora entre colectivos de personal laboral al servicio de las Universidades. Así, el artículo 2.7 del Decreto balear y la disposición adicional segunda de la Ley catalana de Universidades establecen, respectivamente, la posibilidad de negociar convenios franja para el profesorado y la consideración como centro de trabajo diferenciado del PDI y el PAS.

A nuestro juicio, las notables diferencias entre el PAS y el PDI puede hacer muy difícil proponer un único convenio colectivo aplicable conjuntamente, sin perjuicio de fijar condiciones particulares para este último. Sin embargo, esta posibilidad puede ser factible respecto a ciertas materias susceptibles de tratamiento común, y utilizando el instrumental negocial apropiado <sup>57</sup>.

<sup>57</sup> La opción de las Universidades de Madrid, en el Código Civil «supraempresarial» –Convenio Plural de Empresas– firmado entre los Rectores y los Sindicatos más representativos (2002-2006), se orienta en distinta dirección.

c) El nivel específico de Universidad –ámbito específico de «empresa laboral»–.

Este ámbito puede ser especialmente idóneo para buscar la mayor proximidad entre el instrumento negocial y las exigencias concretas de cada Universidad implicadas en la regulación de las materias objeto del convenio de franja o de grupo de trabajadores (determinación específica de la retribución, contenido dinámico de la prestación laboral, régimen de sanciones o su concreción, regulación de las relaciones colectivas, etc.). Sin embargo, más que espacio para el «convenio colectivo» se seguirá revelando como marco o ámbito propicio para el acuerdo o pacto de empresa, para la negociación colectiva informal, de carácter más organizativo y gestional que propiamente regulador.

Aunque muy deseable, incluso ausplicable, no parece probable el desarrollo de espacios de negociación conjunta entre el personal docente laboral y el funcionario, salvo en materias muy concretas –ej. acuerdos sobre complementos autonómicos de retribución–. Primero, porque la negociación mixta o conjunta en las Administraciones Públicas es problemática en sí respecto a las dificultades –que no la imposibilidad en la experiencia jurídica– de su celebración en un sistema legal que acusa una clara fractura entre la negociación laboral y la negociación funcional. Lo que ocurre es que las mismas exigencias de gestión racionalizada del trabajo en la Administración ha determinado que se realice la negociación mixta tratando de superar por vía autónoma las deficiencias del marco legal actualmente disponible o existente. En segundo lugar, porque existe una gran diversidad de situaciones jurídicas dentro del empleo público, funcional y laboral que hace muy difícil establecer en un instrumento único una regulación de condiciones de trabajo para ambos tipos de personal de la administración universitaria.

De cualquier modo, puede ser aconsejable experimentar una negociación colectiva mixta para determinadas materias, que pudieran ser susceptibles de un tratamiento mínimamente homogéneo y que no friccionen con el marco legal existente y con las razones determinantes de la singularidad del tratamiento de dichos colectivos.

Éste puede ser el caso de la materia relativa a la retribución complementaria adicional o de incentivo que prevé el artículo 69.3 de la LOU. Pero también en materias de formación y adaptación profesional y tratamiento de la información tecnológica e informática, o cuestiones relativas a la prevención de riesgos laborales, o la protección social complementaria...

## **8. REFLEXIONES FINALES: ¿HACIA UN DERECHO DE LA «ACTIVIDAD PROFESIONAL» DEL PDI UNIVERSITARIO, FUNCIONARIAL Y LABORAL?**

Paradójicamente, lo que ni las Comunidades Autónomas ni las Universidades pudieron conseguir, durante la vigencia de la LRU, respecto de la regulación del profesorado funcional, lo han conseguido, al menos parcialmente, en lo que concierne al profesorado contratado, a partir de la entrada en vigor de la LOU. Así, el reforzamiento del carácter «nacional» de los cuerpos de funcio-

narios docentes –*vid.* «sistema de habilitación» como presupuesto para el acceso a la función pública docente universitaria–, con la consiguiente acentuación del carácter centralizado de su régimen jurídico, plenamente avalado incluso impulsado por la jurisprudencia constitucional (STCo. 235/1991), se ha visto acompañado, quién sabe si compensado, por un paralelo y opuesto movimiento de descentralización de las competencias reguladoras del régimen del PDI contratado. A este respecto, es inequívoca la voluntad de la LOU de atribuir –delegar– el desarrollo de esta competencia, con claro alcance normativo, a las Comunidades Autónomas, pese al carácter exclusivo de la misma a favor del Estado (art. 149.1.7.<sup>a</sup> CE) y no obstante la inexistencia de una correcta formalización expresa de esta «transferencia».

Ante esta equívoca situación, ya se han abierto dos posibilidades interpretativas. Una de ellas, la más seguida por la doctrina iuslaboralista y también más ortodoxa, es la de proclamar la inconstitucionalidad de la LOU por atribuir a las Comunidades Autónomas una competencia estatal exclusiva, lo que, consecuentemente, significa predicar el mismo vicio de las normas que se han sucedido con fundamento en esta «habilitación-delegación». Otra lectura, con especial seguimiento en la doctrina iusadministrativista, si bien, como en la anterior, también encontramos excepciones, lleva a ensayar elaboradas y sugerentes operaciones de ingeniería jurídica para salvar tanto la opción descentralizadora de la LOU como la legitimidad de los desarrollos autonómicos. Salvo en el caso de Cataluña, el anterior Gobierno de la Nación, al desarrollar a principios de este año el régimen del profesorado de la UNED habría confirmado esta opción.

Cualquiera que sea la opinión que se sustente, que en todo caso ha de partir de que ninguna de las dos interpretaciones carece de sólidos fundamentos por lo que la solución será cualquier cosa menos fácil, ya por la complejidad del entramado normativo a manejar, donde se entrecruzan diversos títulos competenciales, pero también por efecto del imponente desarrollo normativo efectuado al respecto por las Comunidades Autónomas y, en menor medida pero sí relevante, los Estatutos de Autonomía. El campo queda especialmente abonado para la intervención jurisprudencial, sin duda del Tribunal Constitucional que ya tiene varios recursos que resolver –no cabe descartar eventuales Cuestiones de Inconstitucionalidad–, pero también de los Tribunales Ordinarios, tanto del orden social como del contencioso-administrativo. No dudamos que aquí volveremos a encontrar desmentida aquella opinión puramente formal y académica que mantiene a la jurisprudencia, conforme a la vieja y trasnochada concepción positivista decimonónica, al margen del sistema de fuentes del Derecho.

Ahora bien, quien también, incluso principalmente, tiene abierta una inaudita e insospechada vía de intervención reguladora es la autonomía colectiva que, por lo común, había quedado bien al margen del colectivo de profesorado en lo que respecta a la regulación de sus condiciones de trabajo, a diferencia de lo que ha sucedido respecto del PAS laboral. Por eso, harían bien los interlocutores sociales en comprender el alcance verdaderamente histórico de esta situación, que abre sin dudar un capítulo enormemente prometedor en el progreso de la regulación jurídico-laboral en el ámbito del servicio público universitario en general y de la «actividad profesional», en este caso la de docencia e investigación universitaria, en particular.

No creo que el movimiento más adecuado deba dirigirse en la dirección de expandir hacia el PDI contratado la experiencia convencional del PAS laboral, sin perjuicio de identificar significati-

vos espacios de regulación convencional común –el estatuto mínimo de la actividad profesional–. En realidad, y como acaba de suceder respecto del PAS funcional, que ha visto cómo ha quedado afectado por esta fuerza irresistible que es la negociación colectiva de condiciones de trabajo de todo colectivo profesional que preste servicios en el seno de una organización, cualquiera que sea la modalidad que asuma el vínculo profesional formalizado, la dirección correcta será la de abrir y consolidar un espacio conjunto de negociación para un colectivo de trabajadores vinculado a una Administración Pública mediante una *incuestionable relación especial de prestación de servicios profesionales: el profesorado universitario*, siendo luego indiferente, en el plano material, que sea funcionario o que sea laboral, por cuanto lo que importa es garantizar su profesionalidad.

En efecto, si queda definido un mismo trabajo para una misma organización es difícil mantener, desde un sentido racional de la regulación de condiciones y de planificación de «recursos humanos», una diversidad de regímenes jurídicos, sin más diferenciación que la naturaleza jurídico-formal de su vínculo. Puesto que la anunciada reforma legislativa no parece atender, de momento, a este ineludible requerimiento, que tendrá que llegar antes o después, tendrá que ser la negociación colectiva, cualquiera que sea la senda, más o menos formalizada, que tome la que, una vez más, emprenda esta labor de racionalización.

Del éxito de este proceso penderá no sólo la capacidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de este importantísimo colectivo de empleados públicos, que es cualquier cosa menos «secundario», tanto en el plano cuantitativo –más de 100.000 profesionales– cuanto cualitativo, sino también la posibilidad de hacer de la calidad o la excelencia la bandera del Servicio Público Universitario. Conceptos tales como la «planificación estratégica», el «desarrollo profesional», la «calidad del servicio», la «formación permanente»..., tan ausentes de las políticas actuales de profesorado universitario, sin adjetivos, que ahora acaban de formalizarse legislativamente en otro ámbito tan o más relevante de actividad profesional, la del personal estatutario de los Servicios Públicos de Salud, deben tener también cabida para nosotros. La apuesta, pues, no es nada corporativa sino enteramente social. Permaneceremos atentos a la evolución, que confío no se difiera *ad calendas graecas*.